

REVISTA AVANT

N°4 Vol. 2



UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA



REVISTA AVANT

Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v.4 n.2

REVISTA AVANT
Volume 4, nº2 - 2020

Periódico Científico da Graduação em Direito da UFSC
Publicação Semestral

ISSN 2526-9879

Endereço: Universidade Federal de Santa Catarina -
Campus Reitor João David Ferreira Lima -
Centro de Ciências Jurídicas - Trindade - Florianópolis
Santa Catarina - Brasil. CEP: 88040-900

Contato:
http://revistaavant.paginas.ufsc.br/
revistaavant.ufsc@gmail.com

Redes Sociais:
YouTube
Facebook
Instagram

Os trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores e não expressam a opinião da Equipe Editorial da Revista Avant ou da UFSC.

Coordenadora Científica
Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe
Carolina Pelegrino de Marcantonio

Subeditor-Chefe
Leonardo Cristovam de Jesus

Corpo Editorial
Alice Felisbino Miottello
Bruna Bessi Pereira
Eloísa Loch de Souza
Gabriela Pinheiro
Gabriela Tavares Virtuoso
Géssica Carolina Goulart Pinto
Guilherme Cidade Soares
Iara Maria Machado Lopes
Luiz Augusto Nagel Hülse
Luiza Schenkel do Amaral e Silva Beber
Pietra Lima Inácio
Rafael Henrique Mendes dos Reis
Sacha Danielski
Taisi Copetti
Vitória Emilia Santiago Pastro

Conselho Científico
André Soares Oliveira – UFSC
Alexandre Morais da Rosa – UFSC
Carolina Medeiros Bahia – UFSC
Daniel Amaral Carnaúba – UFJF
Edson Kiyoshi Nacata Junior – UFMG
Gustavo Silveira Siqueira – UERJ
José Rubens Morato Leite – UFSC
José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC
Vera Regina Pereira de Andrade - UFSC
Talden Queiroz Farias – UFPB

Projeto Gráfico e Diagramação
Thales Pinheiro Cruz

Caro(a) Leitor(a),

É com grande alegria e orgulho que o Corpo Editorial da Revista Avant apresenta a sétima edição da revista acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Esta edição vem seguida de grande prestígio, uma vez que é a edição com mais trabalhos recebidos em toda nossa história! Foram-nos submetidos 94 trabalhos, das mais variadas modalidades e de diversos estados brasileiros. A revista, assim, conta com 72 trabalhos científicos, produções artísticas e comunicações de práticas de pesquisa e extensão publicados nesse volume!

Em tempos de incertezas e adaptações em virtude da pandemia de COVID-19, aproveitamos este espaço para reafirmar a importância dos pesquisadores, cuja produção permite e instiga o debate e o conhecimento em nossa sociedade. Além do atravessamento por problemas de nível global, também vivemos no Brasil um momento de crescente desvalorização e falta de incentivos à pesquisa acadêmica, que vem afetando principalmente a área das ciências humanas e sociais. É nesse cenário repleto de desafios, ataques à produção de conhecimento e à própria Universidade Pública, que a Revista Avant reafirma seu compromisso com a produção científica qualificada e consistente e com o desenvolvimento e incentivo à pesquisa no âmbito da graduação.

Manteremos sempre o espaço aberto para o pensar crítico e científico sobre o Direito através de nosso periódico como espaço à publicação, mas também por meio de nossos eventos e minicursos, atualmente apenas em nossas redes sociais, para que continuemos incentivando o desenvolvimento dos pesquisadores acadêmicos por todo país!

A concretização de mais uma edição é fruto do trabalho conjunto e intenso de nosso Corpo Editorial, nosso Corpo de Avaliadores, nosso Conselho Científico e, especialmente, vocês, nossos Autores e Leitores! Agradecemos imensamente a todos aqueles que fazem a existência desse projeto ser possível e que sempre nos acompanham.

Uma excelente leitura a todos,

CORPO EDITORIAL DA REVISTA AVANT

SUMÁRIO

CULTURAL

CHARGE

14 - O FOLCLORE BRASILEIRO EM ÉPOCA DE PANDEMIA
Otavio Luiz Vieira Souza

FOTOGRAFIA

15 - ALERTA PARA REPRODUÇÃO DE SISTEMAS
Gabriela Fortunato Castro

16 - QUARENTENA TRESLOUCADA
Patrick Alencastro Pinheiro

17 - REFLEXOS DA EDUCAÇÃO PIAUIENSE: DESAFIOS PARA ALÉM DA SALA DE AULA
Aline Maria Silva Sousa

POEMA/POESIA

18 - A VIDA ENSINA
Bruna Batista Rubia
Otavio Luiz Vieira Souza

19 - A VOLTA DO SR. DIREITOS HUMANOS DA QUARENTENA
Leticia Diniz

20 - ALGARISMOS EM MEMÓRIA
Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

21 - DA INVISIBILIDADE DESASTROSA À ESPERANÇA FORMOSA: UM BRADO ÀS CIDADANIAS MUTILADAS
Moisés Dos Santos Nogueira

23 - OLHOS QUE FORAM.
Ramiro

24 - QUE DIREITO TEM O HOMEM
Isabella Lopes Vaz

25 - RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL PARA-FRASEADA
Dias Rosa

27 - SE LIGA JUSTIÇA!
Gustavo Ferlin da Silva

28 - SEM NOME, SEM ENDEREÇO. PRESO!
Ruan Conrado Guilherme

PROSA

29 - JOÃO NINGUÉM: UMA REPRESENTAÇÃO DOS ESQUECIDOS
Ruteh Ribeiro Oliveira de Lima

RESENHA DE FILME

33 - A BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL EM PRODUÇÕES CULTURAIS
Lísia Emanuelle Rodrigues Almeida

38 - SEM PENA: UM DOCUMENTÁRIO SOBRE CAIXAS SUPERLOTADAS
Gabriel Rodrigues Soares

RESENHA DE OBRA LITERÁRIA

40 - O CONDE DE MONTE CRISTO E O IMAGINÁRIO DA VINGANÇA
Vinícius Gomes da Silva Oliveira

COMUNICAÇÃO

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE EXTENSÃO

50 - DIÁLOGOS EXTENSIONISTAS ENTRE CINEMA, LITERATURA E DIREITO NA AMAZÔNIA BRASILEIRA
Bárbara Elizabeth de Oliveira Fontinele
Manoela Carolina da Silva e Silva
Jeissyane Furtado da Silva

54 - PROMOTORAS LEGAIS POPULARES: EDUCAÇÃO POPULAR, FEMINISMO E DIREITO EM MOVIMENTO NO CONTEXTO CURITIBANO
Lizz Ester Segala
Mariana Melli

COMUNICAÇÃO DE PRÁTICA DE PESQUISA

58 - A PANDEMIA NAS PRISÕES DO RIO GRANDE DO SUL
Anayara Fantinel Pedroso
Júlia Sleifer Alonso

63 - CARTOGRAFIA JURÍDICA: ANÁLISE DAS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULARAM A ESCRAVIZAÇÃO DE PESSOAS NEGRAS NOS PERÍODOS COLONIAL E IMPERIAL BRASILEIROS
Ana Karoline Pereira de Sousa

68 - DIREITO EM AÇÃO: ANÁLISE DE UM CASO TRABALHISTA, SOB A ÓTICA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA
Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

73 - LITERAR: GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO E LITERATURA E EXPOSIÇÃO ARTÍSTICA VIRTUAL “DISTOPIAS DE HOJE - 1984”
Rafael Caus Smentkoski
Sacha Danielski da Silva

78 - O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E PANDEMIA DA COVID-19 EM 2020 NO BRASIL: PRIMEIRAS REFLEXÕES
Júlia Sleifer Alonso

82 - PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS POR ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI
Ruan Conrado Guilherme

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

90 - A SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA E FUTURO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS
Daniela Kojiio Nobre
Taynara Fernandes Vitorino

102 - “OUTRAGE CULTURE” E A SUPEREXPOSIÇÃO DO RÉU NAS MÍDIAS SOCIAIS EM CONFLITO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO
Caio José Arruda Amarante de Oliveira
Beatriz Siqueira Coutinho Suassuna

120 - A DIGNIDADE DA PESSOA ENCARCERADA EM TEMPOS DE PANDEMIA: A INCONGRUÊNCIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ANTE À RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA
Juliana Chechi

134 - A EXCEÇÃO PERMANENTE E O RACISMO ESTRUTURAL NO CONTROLE PENAL BRASILEIRO
André Luiz de Rezende Junior
Ícaro Melo dos Santos

150 - A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL E AS ABORDAGENS COLABORATIVAS ENTRE AS CORTES INTERNACIONAIS
Carlos Henrique Jesus de Souza

169 - A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL: IMPACTOS DO RESP Nº 1.340.553/RS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO
Giovana Olivato Rodrigues
Leonardo Milani Amara

189 - ADOÇÃO NO BRASIL: CONTORNOS DESSE INSTITUTO FRENTE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DO INFANTE
Letícia Alves Fernandes

205 - AS DIFERENTES FORMAS DE PROSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DE SEU REGIME JURÍDICO E PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO
Tamara dos Santos Ramos

223 - AS FAKE NEWS E AS SUAS REPERCUSSÕES NA AMBIÊNCIA DA INTERNET: OS IMPACTOS NEFASTOS NAS ELEIÇÕES
Alicia Alves Correia dos Santos
João Victor de Castro Chaves
Kerolly Keicy de Albuquerque Nascimento
Rafael Silva dos Santos
Ylanna Maria da Silva Cavalcante

237 - AS FORÇAS ARMADAS NO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS PARÂMETROS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-88: A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO MILITAR
Camila Rodrigues e Silva

250 - ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR POLIAFETIVA NO DIREITO CIVIL CONTEMPOR NEO: A DECISÃO DO CNJ DE SUSPENSÃO DO REGISTRO DE NOVAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MAIS DE DUAS PESSOAS
Karina Cofferri
Lisandra Taís Amorim

273 - CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL EM TEMPOS DE COVID-19: AS POSSIBILIDADES DOS CONTRATANTES DE EVITAR O INADIMPLEMENTO
Lucas Dallagnol Carlin

290 - DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS A EMPRESAS: ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL MUDANÇA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DOS CLUBES DE FUTEBOL NO BRASIL.
Bruno Fernandes de Paula

302 - DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA FIXAÇÃO DE ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL: UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Bárbara Trevizani Dutra
Carolina Andrade Melo Guedes
Júlia Vingren Ferreira Oliveira
Keylla Thalita Araújo

SUMÁRIO

323 - DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICAS DE BEM-ESTAR SOCIAL: REFLEXÕES DE JÜRGEN HABERMAS EM TORNO DA CRISE
Felipe Vinícius Capareli
Giulia Athayde

339 - DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO JUDICIÁRIA
Maria Antônia Melo Beraldo

356 - DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL
Carolina Aparecida de Lima Preto

377 - DIREITO COMPARADO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RECONHECIMENTO FACIAL NA LGPD
Daniela Kojiio Nobre

390 - ENCARCERAMENTO SELETIVO: ESTRATÉGIA DE CONTROLE DOS INDESEJÁVEIS NO ESTADO BRASILEIRO
Ana Clara Fernandes de Souza
Isabela Alves de Jesus Iraçabal

405 - FACES DO ANALFABETISMO: POSSÍVEIS INTERAÇÕES ENTRE EDUCAÇÃO E CIDADANIA
Daniel Lima de Almeida
Pedro Henrique Oliveira e Silva
Rebeca Ramos dos Santos

418 - *FAKE NEWS* E DEMOCRACIA: UMA INVESTIGAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA DESINFORMAÇÃO NO BRASIL
Poliane Carvalho Almeida

436 - FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS ANTE A PANDEMIA DE COVID-19
Danilo Cancelli Romero
Gabriel Alves Souza

457 - HISTÓRIA, POLÍTICA E DIREITO NA CRISE DO LIBERALISMO: A CONTENDA ENTRE A AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E O GOVERNO VARGAS (1934-1939)
Guilherme Cidade Soares

478 - MULHERES CURDAS: A BUSCA PELO DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO E A LUTA POLÍTICA NO ROJAVA
Daniel Gualberto
Pâmela Nascimento

495 - O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO: CASO VON RICHTHOFEN
Glícia Édeni de Lima Teixeira

515 - O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E A (DES)PROTEÇÃO DAS MULHERES ENCARCERADAS FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19
Anayara Fantinel Pedroso
Júlia Sleifer Alonso

538 - O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO A PARTIR DA ADPF 347
Arlete Leite Sousa Neta
Daniel Alves Alvarenga
Karla Vitória Silva de Santana

556 - O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO SEU ABUSO
Milka Myrelle Vieira Ramos
Beatriz Siqueira Coutinho Suassuna

573 - O FEMININO PROFANO: COMO A SOCIEDADE E A HISTÓRIA CONTRIBUÍRAM PARA A REPRESSÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DAS MULHERES
Camila Pineze Martins

590 - O IMPULSO DA "BATALHA DE SEATTLE": A GLOBALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS ANTIGLOBALIZAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS
Gabriela Pinheiro

603 - O PROCESSO DE TRANSIÇÃO PÓS-DITADURA CIVIL-MILITAR (1964-1985) NO BRASIL NA ERA DA NOSTALGIA: O DIREITO À MEMÓRIA COMO PILAR DE FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA
Carlos Luan Lima Maciel

619 - OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NA ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DOS RESPIRADORES DE SANTA CATARINA
Vinícius Schulz Nardes

636 - PANDEMIA DO COVID-19: O DESAFIO DA GESTÃO MUNICIPAL NO IMPLEMENTO DE MEDIDAS PREVENTIVAS/PRECAUTÓRIAS DIANTE DA VULNERABILIDADE DIGITAL PRESENTE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA
Diogo Calazans Ferreira Heilbuth
Marcelo Henrique de Sousa Estevam

658 - PELO DIREITO A TER DIREITOS: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO PLANO INTERNACIONAL E O PAPEL DO ACNUR
Kamilla Oliveira de Jesus
Victoria Gabriela Brito Salgado

673 - RACISMO ESTRUTURAL NO DIREITO REPUBLICANO E OS DIFERENTES NGULOS DO GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL
Ícaro de Jesus Rodrigues
Mayne Coelho dos Santos
Rafaella Santos Reis
Maria Eduarda Silva Vieira

694 - REFLEXÕES SOBRE O DIREITO COLONIAL BRASILEIRO: AS OBRAS DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA E SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA
Hélio Pinto da Silva Junior

711 - REFLEXÕES SOBRE O DIREITO E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL HOJE: NOTAS INTRODUTÓRIAS
Alexia de Melo Miguel
Layane Leans Cardoso
Rafael Luiz da Silva

731 - TRADICIONALISMO E (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE O FORMALISMO E A RUPTURA EMANCIPADORA DO UNIVERSALISMO ABSTRATO
Evaristo Tomasoni Neto
João Paulo Derbli Marcowicz

746 - UMA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: REFLEXÕES SOBRE PREVISIBILIDADE E ARBITRARIEDADE DOS PODERES PUNITIVOS ESTATAL E PARALELO
Leonardo Cristovam de Jesus

CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA

759 - CONTROVÉRSIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM ÉPOCA DA PANDEMIA DA COVID-19
Maria Luisa Machado Porath

RESUMO CRÍTICO DE LIVRO ACADÊMICO

768 - A CONTRIBUIÇÃO DE PAOLO GROSSI À INICIAÇÃO DO ESTUDO DA CIÊNCIA JURÍDICA EM “PRIMEIRA LIÇÃO SOBRE DIREITO”
Vitor Espíndola Ribeiro

774 - CRÍTICA DE FRIEDRICH ENGELS E KARL KAUTSKY AO SOCIALISMO JURÍDICO
Lucas Christian de Oliveira Nascimento

778 - MARIA DA PENHA E A DENÚNCIA CONTRA A MOROSIDADE DA JUSTIÇA.
Ana Clarissa Santos Araújo

785 - OS REJEITADOS URBANOS: A RELAÇÃO ENTRE O CONTROLE SOCIAL E A SEGREGAÇÃO DOS GUETOS
Iasmin Alves Ferreira Melo

RESUMO DE MONOGRAFIA

790 - AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DAS MULHERES PRESAS PELO ESTADO BRASILEIRO POR INCUMPRIMENTO ÀS REGRAS DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS.
Cássia de Fátima Borges

794 - CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Kevin de Carvalho Rozza

801 - PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS: ENTRE O LIVRE MERCADO E A FIXAÇÃO DE PREÇOS MÍNIMOS DE FRETE
Maria Carolina Rezende Vera

CULTURAL

O FOLCLORE BRASILEIRO EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Otavio Luiz Vieira Souza*



* Graduando em Psicologia pela Faculdade Brasileira Multivix Vitória. Atualmente atuando na área da Psicologia e com intervenções em análise do comportamento aplicada. Endereço eletrônico: otaviolvs@hotmail.com

Justificativa: Em tempos de pandemia, o artigo 5º da Constituição de 1988 não está sendo cumprido. Há uma falsa sensação de normalização e que está tudo sobre controle. Pois, como o folclore, trata-se de uma história inexistente para conforto e entretenimento. Em um momento delicado, a transparência e seriedade deveriam ser cumpridas. Assim como os direitos humanos e a constituição.

ALERTA PARA REPRODUÇÃO DE SISTEMAS

Gabriela Fortunato Castro*



* Acadêmica da 6ª fase do curso de Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: gabifortcastro@hotmail.com

Justificativa: Em um Brasil profundamente desigual, o encontro com a dissimetria é constante. A precarização do trabalho realiza a manutenção das disparidades sócio-econômicas, ainda assim não há como emudecer o eco da luta de classes, que permanece ressoando.

QUARENTENA TRESLOUCADA

Patrick Alencastro Pinheiro*



* Acadêmico da 8ª fase do curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3956719484696708
E-mail: patrickpinheiro@hotmail.com , telefone: (48) 99175-0522

Justificativa: Nesta fotografia, turistas reúnem-se em uma sorveteria em frente ao Coliseu no dia 20/02/2020, duas semanas após a confirmação do primeiro infectado por COVID-19 na Itália e há apenas um dia da primeira morte por COVID-19 na Itália. A imposição do isolamento social e fechamento do comércio através de decretos levantou questões acerca do impacto econômico e da sua efetividade, ora considerada tardia, ora precoce ou desnecessária. No dia 27 de fevereiro, o prefeito de Milão pediu que a cidade não paralisasse as suas atividades, desprezando as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e arrependendo-se após um mês, quando sua cidade totalizava mais de 4 mil mortos por COVID-19 e o país já havia se tornado o epicentro da pandemia no ocidente.

REFLEXOS DA EDUCAÇÃO PIAUIENSE: DESAFIOS PARA ALÉM DA SALA DE AULA

Aline Maria Silva Sousa*



* Acadêmica do 5° período do curso de graduação em Jornalismo da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Extensionista no projeto Humanismo Caboclo do Programa Institucional de Bolsas em Extensão Universitária - PIBEU/UESPI. Endereço eletrônico: sousaalinex@gmail.com

Justificativa: Greve dos profissionais da educação municipal de Teresina (Piauí), no dia 10 de março de 2020. À direita, professores e representantes sindicais com cartazes, momentos antes de ocupar a Câmara do Municipal da capital. À esquerda, o vereador conhecido como "Joaquim do Arroz", em um misto de confusão e espanto. A ocupação durou cinco dias (12/03/2020 - 17-03-2020). Os professores exigiam o reajuste salarial de 12,84%, não parcelado, garantido pelo Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica). Nos dias citados, a Prefeitura e o Legislativo tentavam aprovar um projeto de parcelamento da dívida com os profissionais. Com as manifestações e a ocupação, o projeto não seguiu adiante. O registro é sobre a luta, dor e resistência de centenas de educadores contra a precarização dos seus trabalhos na educação pública piauiense.

A VIDA ENSINA

Bruna Batista Rubia*
Otavio Luiz Vieira Souza**

Ensino de qualidade
Era tudo que Maria queria
Guilherme era filho de prefeito
Maria filha de flanelinha
Seus livros um esconderijo de sua realidade.

Escola sem estrutura
Com reforma atrasada
Maria não podia usar a quadra
Guilherme usava quadra
Para treinos e aulas

Ensino concluído
Para Guilherme
Prefeito não paga mais mensalidade
Seu filho passou em uma universidade
Maria conseguiu um desconto em uma faculdade
Seu pai não sabe o que fazer
O que recebe como flanelinha não sobra dinheiro nem pra comer

* Graduanda em Pedagogia pela Faculdade Espírito-santense. Atuando na área de educação. Endereço eletrônico: brunarubia26@hotmail.com
** Graduando em Psicologia pela Faculdade Brasileira Multivix Vitória. Atualmente atuando na área da Psicologia e com intervenções em análise do comportamento aplicada. Endereço eletrônico: otaviolvs@hotmail.com

Justificativa: O poema surgiu perante as reflexões dos autores acerca das desigualdades que são comuns no Brasil, principalmente a desigualdade que é evidenciada no sistema educacional do Brasil. O poema aponta a diferença de como a desigualdade de oportunidades pode interferir na qualidade de vida e formação do cidadão.

A VOLTA DO SR. DIREITOS HUMANOS DA QUARENTENA

Leticia Diniz*

Opa! tudo bem, Sr. Direitos Humanos?! Ouvi dizer que ficaste doente nestes dias,
ainda bem que foi apenas uma gripezinha.
Não queria o senhor no caminhão refrigerador!
É sei, eu sei, sinto muito, o senhor mal chegou e já tem essa pilha de trabalho na mesa, imagino seu amargor.

Mandei buscar dona Reciprocidade para ajudar, mas coitada, anda muita atarantada com uns povos colonos para auxiliar!
Opa! Sr. Direitos Humanos, me desculpe já chegar assim, há na mesa relatórios para dar e não tem fim.

São reclamações dos privilegiados sobre a economia, o lucro e estar numa cela domiciliar, sem seu ir e vir.
Ainda que, na prática, seja o favelado negro miserável em séculos, escravizado e aprisionado nessa posição, sem remediação.
Critérios prisionais da sua culpabilidade: é ser tipificado, marginalizado e chicoteado, lembrado da sua exclusão.

Todavia, Sr.Direitos Humanos, sua volta acalenta o meu coração,
que com a demanda entrou em descompasso, pedindo sua elucidação!
Entretanto, vamos usando máscaras para a respiração.
Vai que com graça, essa gripezinha volta e o paralisa de vez.
Isso certamente não queremos, não!

* Leticia Nascimento Dinis, estudante do 4º período de Direito na Universidade Unicarioca, no Rio de Janeiro, com o endereço eletrônico e celular de contato, letleticia2013@gmail.com, celular: (21) 98389-6070.

Justificativa: Esse Poema alude os Direitos Humanos como se este fosse uma persona. Segmentando sua volta, após o período da necessidade de uma quarentena.

ALGARISMOS EM MEMÓRIA

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira*

Cravejadas cruzes em covas rasas,
Ousaram destruir.
Respeitáveis valores, acabam de ruir
Onde encontrar forças, para resistir?
Nenhuma despedida, apenas lembranças
Alguém vê a minha dor?
Vento, leva e eleva meu pensamento
Interioriza tua paz, junto a mim.
Reluz o sol, há esperanças, tua ausência não será em vão
Urge lutar, um dia irão florear, todas as
Sementes enterradas ao chão.

.

* Graduanda da terceira fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: franrupolo@gmail.com.

Justificativa: O poema foi escrito com base no episódio em que cem covas rasas foram abertas na areia da praia de Copacabana para lembrar as vítimas da Covid-19 pela ONG Rio de Paz. E da qual um homem, que ao passar pelo local começou a derrubá-las, alegando que o espaço é público. Após, um senhor começou a reerguer as mesmas, em memória de seu filho morto, exigindo respeito pela sua dor e de todas as famílias em luto pelo ocorrido. A escrita do poema na vertical remete à palavra "Coronavírus".

DA INVISIBILIDADE DESASTROSA À ESPERANÇA FORMOSA: UM BRADO ÀS CIDADANIAS MUTILADAS

Moisés Dos Santos Nogueira*

Minha Terra tem quebradas cujo choro é de cortar,
Lá nos guetos muita fome e a polícia a matar;
Minha pátria encarcerando muitos negros sem olhar,
A justiça é tão tardia que parece debochar!

A política é tão falha que parece se arrastar,
Enquanto isso minha gente, dando mole pra apanhar;
A polícia temerária, sua imagem é a farda,
O negro só de chinelo e no fio da navalha.

Em tempos de pandemia a agressão se acelera,
O Negro usando máscara é visto como uma fera;
A negritude tem a sua inquietude, um passo dado errado e te tratam de forma rude,
A máscara preserva a saúde, mas se entrares na lotérica já mudam de atitude!

Entrar no banco é motivo de olhares,
Onde está a democracia para firmar os seus pilares?
O poder é: executivo, legislativo e judiciário,
O negro num banco usando máscara é um candidato a presidiário!

O ano era 1888, ali falou-se em abolição,
Mas o cerne da política, nunca foi da inclusão;
Hoje se fala em justiça e democracia Racial,
O negro, sorri e canta, tentando ser tão cordial!

* Graduando do sétimo período do Curso de Direito e ex-pesquisador/monitor do projeto de extensão: Educação e Cultura Afro-Brasileira: Direito Dos Quilombolas, vinculado ao grupo de pesquisa, extensão e ensino (PAIDEIA), da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais (ECJS) - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) – Campus: Balneário Camboriú. E-mail: moisesfr1998@gmail.com. LATTES: http://lattes.cnpq.br/6640849957008752.

Justificativa: Ser cidadão [...] é ser como o Estado, é ser um indivíduo dotado de direitos que lhe permitam não só se defrontar com o Estado, mas afrontar o Estado. O cidadão seria tão forte quanto o Estado. O indivíduo completo é aquele que tem a capacidade de entender o mundo, a sua situação no mundo e que, se ainda não é cidadão, sabe o que poderiam ser os seus direitos (SANTOS, Milton. 1997. p. 133). Nesse diapasão, o trabalho se compila à epistemologia do Direito, pois elucida o debate sobre a discriminação racial no Brasil e como ela mitiga a cidadania, os Direitos Humanos e os princípios da CRFB/88, tais como o Princípio da Dignidade Humana e o da Igualdade. Paralelamente, a Constituição afirma em seu artigo 4°, VIII que repudia o racismo. Tal afirmação, enseja um convite ao combate perene da discriminação racial, como forma de efetivação da justiça e da solidificação da própria democracia nacional.

Poema

Milton Santos já dizia, os negros são indulgentes,
Me admiro que sorriam, triste será quando rangerem os dentes;
Nessa senda tão perversa, o lema é “Vidas negras importam”,
Muitos postam fotos para a mídia e ao mesmo tempo não nos suportam.

A hipocrisia é tão grande, a mentira é acachapante,
Logo vem o grupo repugnante, gritando que toda vida é importante;
Uma gleba é aplaudida e a vida negra preterida,
Mesmo não havendo fôlego, a resistência jamais será exaurida!

Nesse grande diapasão, difícil é ver a revolução,
Sei que uma é a condição! Viver aqui calado ou lutar como leão;
Nunca houve inserção, apenas mitigação,
É preciso a construção da consciência da redemocratização.

Nessa grande tirania, há muita lágrima e agonia,
Logo o capitão do mato grita que é muita “histeria”;
Ó “abelha rainha”, me livra desse fardo e dessa melancolia,
De pensar meu corpo treme e causa disritmia!

Sei que o Estado quer me deferir um tiro, mas o tempo não é perdido!
O meu povo é polido, faz barulho se for preciso, mesmo estando abatido;
Aqui se cantará que houve um povo de luta e remido,
Mesmo em meio aos escombros, sempre terão resistido.

Minha terra tem Marias, Mahins, Marielles e Malês,
Tem Milton Santos, Luiz Gama, Cruz e Souza, todos de uma vez;
Tem Conceição Evaristo e Djamila Ribeiro, muito firmes pela luta se desdobram em mais de três,
Tem Beatriz do Nascimento, tem Joaquim Barbosa!
E nos embalos dessa gente, eu vivo a Esperança Formosa! Que é firme, mas graciosa!
A luta não acabou, pois a estrada é estreita e tortuosa!

OLHOS QUE FORAM

Ramiro*

Toda a minha fé terrena esvaiu-se

Com a conformidade de um charuto
Sento-me à janela, pensando perscruto

Da primeira fumaça emerge a realidade
Os indesejáveis sociais - sem maldade
Na clausura do manicômio da modernidade

Dignidade? Rasguei toda declaração sobre
Porque não sou senão um nobre pobre
Igualdade? Essa é resolvida no eletrochoque
Não gosta? Há cem mil corpos no estoque

Tenho alguém no subconsciente que grita
No caminho do meu Estado, é uma brita
Entretanto e se, e se, e se eu deixasse o "e se"
Erguendo essa voz e buscando justiça
Mas com menos caricia à onça atiça a cobiça

Não tenho canudo, nem caneta, nem cobre
Porém só quero Direito valendo não só ao nobre
É esse meu direito mesmo fora do forte ocre
Levanto-me, para lutar contra o Sistema sem limites
Contudo, dois homens da patrulha vêm à blitz
E só me ergui novamente para entrar no trem rumo a.... Barbacena

* Acadêmico da primeira fase do curso de Direito da UFSC.

Justificativa: O poema tece uma crítica ao Direito/Normas enquanto algo comum a todos e da sua efetividade, além de trazer uma reflexão sobre o resultado de um levante contra a situação.

QUE DIREITO TEM O HOMEM

Isabella Lopes Vaz*

que direito tem o homem de escrever o direito
que direito tem o Homem de confundir o homem com a letra obtusa da Lei
que direito tem o Homem de dominar a lei como moeda de troca
que homem tem direito de ser Homem na Lei em que a lei existe para poucos
que homem é Homem sem ter Lei nem ter direito
que direito que a mulher tem de dominar sua própria história
que História tem a mulher que não domina a si mesma e a seu passado
que história sem mulher é essa nos livros e nos jornais
que mulher sem história é essa reproduzida aos montes nas cirurgias plásticas
que plástica cirurgia é essa que retira a história da Mulher e a mulher da Histó-
ria
quem é a mãe da história se não existe mulher
perguntas soltas na vida presa de quem não tem voz no código
e de quem tem como código o grito substituto da voz
o grito agudo que clama
- aceitem minha vida em troca do Direito e da História, por favor.

* Estudante de Direito na Universidade Federal do Piauí (UFPI) e de História no Centro Universitário Internacional (UNINTER).

Justificativa: O poema busca estabelecer um diálogo entre a história, o direito e aqueles que não os possuem. É uma representação do preconceito e da falácia que é afirmar que todos são sujeitos de direito e/ou detentores de sua história. Assim, relaciona-se à diferença entre o texto legal que sustenta a isonomia e a realidade que desafia as noções de igualdade.

RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL PARA-FRASEADA

Dias Rosa*

> Era um prazo fatal, que provocou um episódio burlesco na noite de 21 para 22 de janeiro. Estava chegando a meia-noite e a votação do projeto ainda não tinha terminado. Faltando um minuto para terminar o prazo fatal, o Presidente do Congresso, Senador Auro de Moura Andrade, de-terminou que fossem parados todos os relógios do recinto do Congresso Nacional para que, pelos relógios da Casa, não se esgotasse o tempo enquanto não se encerrasse a votação da matéria, com o argumento – um tanto ridículo – de que o tempo do Congresso se marcava pelos seus relógios... E assim, concluída a votação, já na manhã do dia seguinte, ele mandou reativar os relógios. E tudo ficou como se tivesse sido feito dentro do prazo. (SILVA, J., 2011, p. 79)

Nós mudamos os relógios
Para que eles batessem em consonante ritmo
Para que as horas do mundo estivessem em conforme acordo
Com as nossas reviravoltas cabrestas

Fizemos do papel, pano
Do pano, pão
Do pão, a perfeita patifaria
Que poderia ser feita com o pesado pasto

Do todo, o nosso
Do diverso, o raso
Do prazo fatal, o projeto completo
A votação constituinte

Para se entender o presente
É preciso proceder
A limpo e a seco

* Dias Rosa é graduanda em Direito e integrante do Programa de Educação Tutorial do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, na condição de não-bolsista. Publicou seu primeiro livro de poemas ao ano de 2019, tendo como título “Pronto Final”, com a Editora Letramento.

Justificativa: O presente poema foi construído a partir de fato concreto apresentado pelo jurista José Afonso da Silva, como parte essencial para compreensão da realidade constitucional brasileira em meio à ditadura militar, e tem por intuito propor a reflexão que possamos não estar tão distantes do que considera-se passado, sendo sempre necessária a cautela para que não se banalize o absurdo e o potencial mal nas esferas políticas e de Direito. (SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro:** evolução institucional. Malheiros: São Paulo, 2011.)

Poema

Com o perfilhar, atento, das contas do passado

E quando o tempo, enfim, parou
Quando o vento assim processou
E o sol e a terra se esquentou
O poder bravio se postergou

Por ora, passado é paráfrase patente
Com aprovação da autoridade competente
E alienação de parcelas condizentes

SE LIGA, JUSTIÇA!

Gustavo Ferlin da Silva*

Hoje!
Está tudo mais falso do que unha postiça.
Homens corrompidos, mulheres submissas.
Demônios escondidos na santa missa.
Anjos ancorados na esquecida surdina.

Hoje!
A pessoa mais cega é aquela que não quer ver.
A pessoa mais confiante é aquela que não quer nem saber.
A pessoa mais vazia é aquela que não aguenta mais comer.
A pessoa mais louca é aquela que acha que vale a pena viver.

Hoje!
Viver pelo digital é mais importante do que o real.
O ser humano é menos amado que o animal.
As relações se tornaram um desgostoso mingau.
Nada é feito e tudo permanece igual.

Hoje!
Nós temos que lutar.
Por tudo. Por atenção e por amor, para não surtar.
Perdemos amigos e ganhamos contatos tão intocáveis quanto o ar.
Hoje não tem como não desistir e se deixar levar.

Hoje!
Direito é desejo.
Dever? Só se tiver ensejo.
Seguir a lei virou gracejo.
E infringi-la? Nem gera muito pestanejo.

* Gustavo Ferlin da Silva tem 23 anos, é natural de Florianópolis e estudante no Curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), 10° Período.

Justificativa: Trata-se de uma poesia que critica superficialmente o sistema jurídico, social, virtual, espiritual. Que busca nos fazer pensar se a atualidade está mais próxima ou mais distante dos dias melhores que queríamos no passado. O elemento objetivo que se relaciona com a área jurídica é explícita no último parágrafo, onde as pessoas confundem direito com vontades e anseios, onde elas não ligam para os deveres, onde desvalorizam suas próprias leis e que a lei é contornada com uma quebradiça facilidade se for de seu interesse.

SEM NOME, SEM ENDEREÇO. PRESO!

Ruan Conrado Guilherme*

É, fui enquadrado,
Aconteceu, acontece sempre,
Fui enquadrado.

O motivo?
Ah, o motivo!
Precisa de motivo?

Perguntaram o meu nome, e endereço!
Eu tenho nome? Tenho endereço?
O que eu tenho?

Qual a minha cor?
Tens dúvidas sobre a minha cor?
Pressinta!

Além desse poema preso, no meu peito,
Além de estar preso nesse tormento,
Me vejo preso, muito preso,
Encadeado.

* Graduando em Direito; Universidade Regional do Cariri – URCA; ruanconrado@outlook.com . Orientador: Prof. Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva Professor em Direito; Universidade Regional do Cariri – Urca; http://lattes.cnpq.br/3792000060961001.

Justificativa: O poema é fruto do projeto de pesquisa intitulado “Práticas restaurativas no cumprimento de medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a lei”, que busca promover a discussão sobre os conflitos sociais em que os adolescentes são participes e a sua relação jurídica, devido a sua atual relevância para o direito e a sociedade que compomos, tendo em vista o progresso e as mudanças paradigmáticas que almejamos, presente na transformadora modalidade educacional que é a poesia.

JOÃO NINGUÉM: UMA REPRESENTAÇÃO DOS ESQUECIDOS

Ruteh Ribeiro Oliveira de Lima*

João é um homem com seus 45 anos e é morador de rua. Entretanto, ele nem sempre foi morador de rua. Tinha uma família, uma mulher, filhos, uma boa casa e um bom emprego. Era o que a sociedade chamaria de "bom homem".

Mas isso agora não importa, ficou no passado. Hoje, a sociedade chama João de vagabundo, imprestável e o tratam feito cachorro. Aquele "bom homem" não existe mais, morreu.

Morreu quando João perdeu o emprego, quando abraçou o álcool como um amigo, quando sua família o abandonou, quando fez das ruas sua morada. No dia em que foi expulso de casa, os vizinhos correram para ver. Todos bradavam suas teorias e hipóteses, mas ninguém se importou com João, com sua esposa ou com seus filhos.

João foi expulso de casa com seus trinta e poucos anos. Seus pais, irmãos e outros familiares moravam em outro estado; os amigos o abandonaram desde que tinha começado com o vício no álcool. Não tinha para onde ir, como viver. A rua o acolheu e agora essa era sua vida.

Mas ele acreditava que isso passaria, seria temporário até se ajeitar. Conseguiria um emprego, alugaria uma casa no centro da cidade, poderia rever os filhos e sua vida voltaria a ser como antes. E assim passaram os dias, semanas, meses e depois anos. João ficou pelas ruas. Morava ali, se alimentava ali. [Sobre]Vivia ali.

A esposa de João arranjou um novo alguém para chamar de companheiro e que servisse de pai para seus filhos. Ela já tinha superado o ocorrido e estava novamente feliz. E já pensava em ter outro filho.

Os vizinhos, raras vezes, ainda lembram do João. Se perguntam se ele ainda está vivo, onde foi parar. Até hoje não sabem o que aconteceu, porém ainda acreditam em suas teorias sobre traição e abuso de drogas. Julgavam a mulher do João, mas ninguém sabia que, por muito tempo, ela chorou por ele. E os filhos, bem, choram de saudades até hoje.

* Graduanda do sexto semestre de Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Endereço eletrônico: ruteh-ribeiro@hotmail.com.

Justificativa: A presente obra surgiu a partir da observação de como esses sujeitos são negligenciados pelo Estado e pelo Direito, ao passo em que são ignorados pela sociedade. Não bastasse a situação em que vivem, ainda são vítimas de diversas formas de violência, alguns casos chegando a morte. Assim, o texto nasceu em um momento onde percebi que os moradores de rua, ainda que detentores de direitos e membros da nossa comunidade, não têm suas garantias devidamente asseguradas. Por isso, o texto tem a intenção de chamar a atenção para essas pessoas, como vivem e a possibilidade de nossa ordem jurídica enxerga-los e fazer cumprir o Direito.

Muitas vezes o João pensou em voltar para casa, pedir ajuda, mas ele já não lembrava o caminho. Tinha esquecido dos rostos dos filhos e apagou da memória o nome de solteira da esposa. Já não se lembrava da vida que tinha antes. Durante todos esses anos andou tanto, por tantas ruas, que já se achava perdido, não sabia onde estava. A cada dia dormia em um novo lugar, buscando abrigo e fugindo dos perigos que as ruas guardam à noite.

Quando criança, João tinha muitos sonhos. Queria ser médico, ajudar as pessoas, viajar pelo mundo. Tentou diversas vezes cursar medicina, mas sempre falhava. Se casou aos 21 anos. Teve dois filhos, um menino e uma menina. Precisou trabalhar para sustentar a família. Foram morar em um bairro periférico, mas viviam bem. O trabalho dele permitia cuidar de sua esposa e dos dois filhos. Era um bom homem, respeitável e admirado por muitos.

Tudo isso ficou para trás. Agora todos chamam João de louco, vagabundo, um bêbado. Sem emprego, sem família e vivendo na rua, o que ele seria afinal? Não podemos culpar o João. Ele procurou emprego, tentou encontrar uma casa, mas não conseguiu nada. Precisava de dinheiro para pagar o aluguel e precisava ter um endereço e documentos para um trabalho. Toda experiência e saberes que tinha eram inválidos. Ninguém confiava em um sem-teto.

O João era um homem inteligente, tinha muita qualificação. Era bom de cálculo e sabia escrever muito bem. Se destacava nas aulas de Química e sempre tinha as melhores notas em História. Era um funcionário exemplar na empresa em que trabalhava antes de ser demitido... A situação econômica não estava favorável, o patrão tinha que demitir alguém. Entre o sobrinho do sócio e um simples funcionário, o João não tinha como continuar lá.

Às vezes antes de dormir, encarando a lua e o céu estrelado, ele puxava do fundo da memória tudo o que lhe ocorreu desde o dia em que sua mulher o expulsou de casa. João lembrava-se de tudo, cada momento. Até porque, como uma pessoa pode se esquecer de tantas humilhações, tantas noites dormindo próximo a ratos e até mesmo os dias em que sentiu sua barriga mais funda que um poço. Essas coisas nunca são esquecidas. Bem, pelo menos o João não esqueceu. Ele sabe o que são esses momentos, sabe o que é viver dessa maneira.

Ele também se lembrava das vezes em que uma simples gripe parecia uma maldita tuberculose. Os suores frios, a cabeça latejando, o corpo quente, o mundo girando em volta, a tosse seca e o nariz congestionado. Muitas vezes mal conseguia respirar. Numa dessas vezes em que esteve doente, foi a um hospital. Não foi muito bem atendido. E por um momento ele pensou se o certo era ter ido a um hospital ou a uma clínica veterinária. E ele pensou que o certo era tratarem-no como gente, pois era isso o que ele era.

E de todas as outras vezes em que ele ficou doente, preferiu ficar na rua mesmo. Afinal, do que adiantaria ir para um local onde seria tratado feito bicho? Isso já acontecia na rua, não precisava mais disso. Já bastavam os cuspes, os palavrões, as pedras e os tapas que ele tomava por aí.

E apesar de ser chamado de vagabundo, João trabalhava. Não em uma empresa, fábrica ou qualquer coisa do tipo. Trabalhava na rua, onde era sua casa. Trabalhava em várias áreas, assim por dizer. O João sempre foi o tipo de pessoa que se vira, seja pelo o que for. Não eram trabalhos formais nem respeitados, nem valorizados, mas eram os que permitiam-no passar a noite com alguma coisa no estômago.

Ele trabalhava com o que aparecia. Limpava carros, ajudava a carregar e descarregar caminhões, guardavas vagas. Ganhava o suficiente para não passar fome. Mas nem sempre foi assim.

Às vezes sua mente é invadida pelas lembranças de um tempo ruim. Um tempo em que ele já teve que brigar com um gato por um pedaço de frango. Ele lembra com perfeição esse dia: era um domingo à tarde e já tinha mais de 24 horas desde a última vez que tinha comido alguma coisa. Então foi aí que viu um gato passando em sua frente com uma enorme coxa de frango na boca. Talvez alguém se compadeceu pelo pobre gato morador de rua e deu-lhe aquela grande coxa de frango. Assim pensou João. E, sem hesitar, agarrou o gato pelo rabo e roubou-lhe a coxa que carregava entre os dentes. Naquele momento ele descobriu que nunca comeu uma coxa de frango tão gostosa como aquela. Mas me pergunto se o que estava gostosa era a coxa ou a sensação que sentia no estômago.

Ele se lembrava de todos esses momentos com um gosto amargo na boca e uma dor no coração. Foram, e ainda são, tempos difíceis. Mas para uma pessoa que nunca viveu isso, nunca se compadeceu por alguém em semelhante situação, fica impossível imaginar tal sofrimento.

A única coisa que conforta João, apesar dos pesares, é saber que sua família está bem. Seus filhos, sua esposa, sua mãe, seu pai, seus irmãos, estão todos bem. Porém, João se pergunta se eles ainda pensam nele. Será?

De vez em quando ele se pega lembrando da família. Da convivência ruim com o irmão mais velho, do seu pai que era um grosso, da sua irmã mais nova que estava grávida, de um tio que estava preso e de sua mãe... Ele a amava e ela também o amava. Era uma família difícil, complicada e até incoerente. Mas família é família, não é mesmo?

Lembranças o João tem demais – é a única coisa que ele possui, afinal.

Agora, sentado embaixo de uma passarela, ele observa os carros em movimento, as pessoas com seus passos largos, as crianças com seus brinquedos, os casais com seus sorrisos bobos e os velhinhos em bancos observando o tempo. E por um instante, naquele rosto cansando e sujo, formou-se um sorriso, um sorriso amarelo. E seu corpo maltrapilho tremeu com aquilo. Era felicidade ou ele estava ficando louco? Nem ele sabe. Apenas sorriu e depois deixou as lágrimas lavarem seu rosto imundo.

Passaram-se uns dias, mais algumas semanas e, quando o João percebeu, já era Natal. Ele sempre gostou dessa época. Era um tempo bom, quando todas as pessoas se amavam e ele sentia uma paz interna e um pouco feliz.

Era também um bom tempo nas ruas. Todos pareciam melhores e mais bondosos no Natal. Sempre tinha aquelas pessoas que distribuíam sopa com pão e ele sabia que não teria fome. Ao menos teria a possibilidade de começar um novo ano com algo quente no estômago. Para ele isso era uma maravilha!

Essa era uma noite fria, de congelar a alma. O João batia o queixo, frenético. Tremia o corpo e tentava aquecer as mãos. Ele até tinha um cobertor, mas nesse dia mais cedo alguém jogou água nele e seria uma estupidez se enrolar com aquilo encharcado.

Enquanto ele olhava a cidade, as luzes e as pessoas, sentiu algo escorrer por seu rosto. O que era aquilo? Era algo nojento, pegajoso.

E enquanto limpava o rosto, ouviu gritos, risadas e palavrões. Três jovens tinham cuspido na cara de João. Sem perguntar por nada, apenas chegaram e, vendo ali um morador de rua infeliz que estragava a imagem da cidade, cuspiram em sua cara. Acharam que isso era o certo a se fazer. Mas ninguém perguntou ao João o que ele achava disso. Mas não era necessário, não é mesmo? Afinal, quem é o João? Nada além de um morador de rua, um mendigo maltrapilho, um vagabundo bêbado.

E naquela noite ele não aguentou aquilo e se irritou. Levantou bradando e pediu por paz e respeito. E o que os jovens fizeram? Riram do João.

Riram com escárnio e graça. Cuspiram no seu prato, rasgaram o papelão que cobria o corpo dele e lhe chutaram, socaram, empurraram. O João sempre apanhou na rua, mas naquela noite foi diferente.

Bateram muito no João. Primeiro espancaram-no até sangrar, depois o fizeram chorar como criança. Puxaram seu cabelo, queimaram seus dedos e, por fim, o João parou de respirar. Parou de ver, de sentir, de lembrar. Mas quem iria se importar com a morte de um morador de rua? Ninguém. É melhor encher os jornais com famosos e crianças bonitinhas, do que com uma história infeliz como essa. Talvez ganhe apenas um espaço 4x5 em um jornalzinho qualquer. Até porque o João era um qualquer também, não é mesmo? E, além disso, não foi o primeiro, apenas mais um selvagem na cidade. Sua morte não interessa.

E os três jovens? Os três jovens, bem, foram para casa terminar seu dia de Natal. Foram ceiar com suas famílias e trocar presentes. Não é esse o significado do Natal? Deve ser.

No outro dia, quando já era tarde, alguém encontrou o corpo do João. Frio, só e sujo. Chamaram a polícia e levaram-no para a autópsia – só porque era necessário.

Ele, o João, estava quebrado, com manchas de sangue, sem dente, com o rosto inchado e marcas roxas. Foi assim que o encontraram e assim estava escrito no documento de sua morte. Foi enterrado como indigente, sem nenhuma identificação ou com a família. Por falar nisso, a família não sabia de sua morte, ninguém fez questão de procurar algum parente. João foi enterrado sem pêsames e sem choros, sem um nome ou alguma coisa. Viveu, morreu e foi enterrado como ninguém.

A BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL EM PRODUÇÕES CULTURAIS

Lísia Emanuelle Rodrigues Almeida*

DESCRIÇÃO DO FILME: *"365 Dias Com Você"*[1]

O filme foi dirigido por Barbara Białowąs, com roteiro de Blanka Lipinska, Barbara Białowąs, Tomasz Mandes e Tomasz Klimala e as informações de lançamento são de 7 de fevereiro de 2020, Polônia. O material pertence à categoria de Romance/Drama na Netflix e atualmente está com 81% de avaliação positiva na plataforma.

ANÁLISE DA OBRA

A obra ficou conhecido pelo conteúdo sexual de sua história e inicia o aspecto problemático quando a personagem principal é sequestrada, dopada e mantida em cativeiro durante viagem de férias. O responsável é um chefe de máfia que diz ter paixão antiga por ela. No primeiro contato dos dois, entre ameaças e contensão física, ele a agride sexualmente, em ato sem penetração. O perfil do macho alfa como amante inconsequente, transmitido através da romantização de abuso sexual, é consolidado quando, após extremas violências, o autor afirma que "jamais faria nada sem permissão".

Outro aspecto relevante sobre a obra é a análise comportamental da personagem. Antes de encontrar com o seu sequestrador, demonstra ser uma mulher decidida, forte e independente. Após ser vítima do sequestro, passa a exercer sua sexualidade para provocar seu próprio abusador. Essas questões podem estar relacionadas à ideia de que mulheres precisam de um homem para conter suas personalidades. Com o passar do tempo, o sentimento de desejo patológico que ele demonstra por ela se torna aparentemente recíproco e o que ela parece sentir pode ser Síndrome de Estocolmo.

O CONTEÚDO PORNOGRÁFICO

Para Cynthia Perovano Camargo Baumel, o historiador Miodrag Popović Mio-

* Graduanda em Direito por Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR) e Graduanda em Ciências Econômicas por Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB); lialmeida61@gmail.com;

[1] A produção foi baseado no livro polonês de Blanka Lipińska, "Kolejne 365 dni", conta a história de uma jovem sequestrada por um mafioso dominador que usa de seu poder e influência para tentar "conquistá-la" em 365 dias. O material é juridicamente relevante quando consideradas as contribuições da pornografia para construção de um perfil sexual problemático relacionado, inclusive, a violências sexuais, agravado ainda pela história romantizar as situações de sequestro e estupro

drag Popović traz um recorte histórico sobre o termo pornografia, onde informa que inicialmente era depreciativo referir-se a elementos associados à prostituição (BAUMEL, pag. 28, 2019). Segundo Rafael Araújo Saldanha, Douglas Harper concluiu que o termo pornografia difere-se do conceito de erotismo, pois no século XVI, erótico estava associado a "ter amor, paixão ou desejo intenso" (BAUMEL, pag. 28, 2019) (SALDANHA, 2017).

O sentimento não é um elemento da pornografia, mas a obscenidade, a violência e a objetificação do outro e de si fazem parte do contexto pornográfico. O roteiro do filme apresenta referências a ambas as classificações, mas o destaque é para o elemento pornográfico, pois apesar do efeito que tal material teve para o público (incluindo mulheres) fantasiar experiências sexuais, o elemento fundamental da trama consiste na objetificação da mulher, que foi sequestrada e forçada a ceder aos desejos do seu algoz.

EFEITOS DA PORNOGRAFIA

Diante da resistência da sociedade em tratar da educação sexual com todas as faixas etárias, principalmente menores, o assunto sexo é internalizado de forma absolutamente problemática. Isso resulta na naturalização de conteúdos violentos e reprodução de uma performance sexual baseada em abuso. Inclusive por esse motivo, o filme não sofreu as críticas que deveriam abordar enfaticamente a reprodução da cultura do estupro (ONU, 2016) e o conteúdo violento (ONU, 2016).

Nenhum dos materiais pornográficos trata do consentimento, ainda mais problemático é quando o ato violento é romantizado, faz os homens reforçarem as personalidades socialmente violentas e as mulheres fantasiarem um relacionamento abusivo que anula suas personalidades e seu respeito por elas próprias. Para evidenciar os problemas desses conteúdos, existem categorias como "pornô de estupro" e homens justificando morte de suas parceiras como acidente de jogo sexual (BBC-News, 2015).

A pesquisadora Gail Dines avaliou em depoimento pessoal a publicação do hospital infantil Children's Mercy Hospital, no Kansas e do SANE Nurses que divulgou informações sobre o índice de violência sexual cometida por menores, entre as idades de 11 e 15 anos, contra outros menores, entre 4 e 8 anos. As enfermeiras indicaram que os agressores relataram contato com pornografia. O fato confirma os indícios trazidos por cientistas feministas há tempos, a pornografia está efetivamente relacionada com a ocorrência de violência sexual (Gail Dines, Medium, 2018).

QUEM PRODUZ OS FILMES

A diretora e cineasta italiana Asia Argento, foi uma das primeiras mulheres a denunciar violências sofridas por parte do criminoso sexual Harvey Weinstein. Em 2020 ele foi condenado por violência sexual, recebendo a pena de 23 anos de prisão (BBC-News, 2020). Mais de 80 mulheres, incluindo famosas, denunciaram o produtor de cinema por violência, as denúncias viraram mobilizações virtuais e subiram a #MeToo, onde mulheres revelavam experiências de abuso (Veja, 2019). É importante analisar

o perfil por traz dos materiais que exploram a sexualidade de mulheres e naturalizam abusos na vida real e cinema.

BANALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA SEXUAL

No ano de 2013, foi lançado o filme "Azul é a Cor Mais Quente", trata-se da história de duas jovens descobrindo sua sexualidade. Em 2013, a atriz Léa Seydoux compartilhou parte dos momentos que viveu nas gravações, ela relatou que ambas as protagonistas foram obrigadas a usar prótese de vagina e gravar por horas até dormência e sangramento na região, além das violências sexuais mais assustadoras. Curioso que a versão para o cinema contou com apenas 7 minutos de sexo. Anos depois (2018), o diretor do filme, Abdellatif Kechiche, foi indiciado por abuso sexual contra uma jovem atriz que não teve seu nome revelado (G1, 2018).

Em todos os materiais nacionais encontrados tratando do caso, o nome do acusado é seguido por sua qualificação profissional e reforçando a conquista do Palma de Ouro com o filme de 2013, o mesmo que carrega tantos depoimentos de abuso, demonstrando a banalização da violência.

A HISTÓRIA REAL

Em 2017, a modelo Chloe Ayling, então com 20 anos, viajou a Milão com a promessa de trabalho. Chegando lá, foi dopada, sequestrada, mantida em cativeiro e ameaçada de ser vendida como escrava sexual. Com o passar dos dias, ela percebeu que sua única saída seria fingir estar apaixonada pelo sequestrador, a fim de conseguir oportunidade para fugir ou retardar as supostas negociações (BBCNews, 2018).

Ayling foi alvo de duras críticas e desconfianças sobre as suas denúncias, em depoimento, o próprio criminoso questionou sobre a mulher estar usando a oportunidade para ajudar a divulgar a sua imagem e carreira. Para aproximar o caso ainda mais da história do filme, o criminoso alegou como defesa já ter conhecido a modelo em momento anterior e se apaixonado por ela (BBCNews, 2018).

Em 2020, uma década após se afastar da carreira, a cantora Duffy disse ter se sentido preparada para falar sobre sua experiência com sequestro e estupro, que mudou a sua vida drasticamente desde 2010. A cantora compartilha em relato pessoal a angustia de não se sentir segura em lugar nenhum e de viver em medo constante (Rollingstones, 2020).

Após o lançamento do filme "365 dias com você", Duffy se posicionou trazendo críticas muito fortes à trama, ela diz que se sentiu violentada por ver sua história sendo desenvolvida como entretenimento romântico. Mulheres são sequestradas, estupradas e traficadas por todo o mundo, e retratar isso como entretenimento é uma violência (Rollingstones, 2020).

CONCLUSÃO

Quem se apropria dos corpos e da sexualidade de mulheres para lucrar na produção de entretenimento, oportunamente não veem problema com a produção de

materiais que naturalizam violência sexual e moral que afeta todas as mulheres no mundo.

Considerando a necessidade de uma abordagem saldável para a construção do perfil sexual, a conclusão é sobre a necessidade de naturalizar o assunto SEXO, e não a pornografia, esta, deve ser problematizada.

Vale ressaltar que o estupro não pode ser tratado como sexo, essa violência e outras agressões sexuais devem ser vistas como formas de controle e violência socialmente aprendidas, não tendo imediata relação com o prazer. O filme reproduz tais violências e naturaliza o comportamento sexual considerado problemático, o homem é retratado como ser desejante e, a mulher, o seu objeto de desejo que deve ser possuída e controlada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

365 DIAS Com Você. Direção de Barbara Białowąs. Polônia: Netflix, 2020. (1h e 56 min)

SALDANHA Rafael Araújo. *VOCÊ SÓ PRECISA CLICAR: SEXO VIRTUAL E MASCULINIDADES REFLETIDAS PELAS WEBCAMS*. Tese submetida ao Programa de PósGraduação Interdisciplinar em Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Ciências Humanas. Disponível em: <file:///D:/Downloads/PICH0187-T.pdf> acessado em 03 de agosto de 2020.

BAUMEL, Cynthia Perovano Camargo. DOUTORADO EM PSICOLOGIA- *USO DE PORNOGRAFIA E SUA INFLUÊNCIA NA SATISFAÇÃO COM OS RELACIONAMENTOS AMOROSOS*. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11206/1/tese_10196_CynthiaPCBaumel-TeseDoutorado-v.Final.pdf> acessado em 03 de agosto de 2020

Qual é a diferença entre pornografia e erotismo?. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/sobre-palavras/qual-e-a-diferenca-entre-pornografia-e-erotismo/> acessado em 10 de julho de 2020

A história oculta do abuso contra atrizes de "Azul é a Cor Mais Quente". Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tive-que-fazer-meu-sequestrador-se-apaixonar-por-mim.ghtml> acessado em 10 de julho de 2020

Diretor de 'Azul é a cor mais quente' é investigado por agressão sexual. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/cinema/noticia/2018/10/31/diretor-de-azul-e-a-cor-mais-quente-e-investigado-por-agressao-sexual.ghtml> acessado em 10 de julho de 2020

BBC News. Harvey Weinstein é condenado a 23 anos de prisão; entenda o caso em 7 questões. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/geral-51553491> acessado em 10 de julho de 2020

'Tive que fazer meu sequestrador se apaixonar por mim'. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/tive-que-fazer-meu-sequestrador-se-apaixonar-por-mim.

ghtml> acessado em 09 de julho de 2020

Modelo sequestrada e encontrada em mala: 'Tive que fazer meu sequestrador se apaixonar por mim'. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44845642> acessado em 09 de agosto de 2020

Entenda a história de Duffy: cantora que foi violentada e mantida em cativeiro há dez anos. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/entenda-historia-de-duffy-cantora-que-foi-violentada-e-mantida-em-cativeiro-ha-dez-anos/> acessado em 10 de julho de 2020

Pornô e o comportamento masculino com a feminista e ativista antipornografia Gail Dines. Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/tpm/a-feminista-e-ativista-antipornografia-gail-dines-fala-porno-e-comportamento-masculino> acessado em 09 de junho de 2020

Preocupação com o vício em pornografia' entre 10 e 13 anos. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/education-32115162> acessado em 10 de junho de 2020.

Por que falamos de cultura do estupro? Disponível em: <https://nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/> acessado em 05 de abril de 2020

Duffy critica Netflix por filme 365 Dias: 'Glamoriza tráfico sexual, sequestro e estupro'. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/duffy-critica-netflix-por-filme-365-dias-glamouriza-trafico-sexual-sequestro-estupro/> acessado em 03 de agosto de 2020

Você sabe o que é o movimento #MeToo?. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/videos/veja-explica/voce-sabe-o-que-e-o-movimento-metoo-veja-explica/> acessado em 03 de agosto de 2020

SEM PENA: UM DOCUMENTÁRIO SOBRE CAIXAS SUPERLOTADAS

Maria Luisa Machado Porath*

Nesse filme, Eugenio Puppo, aborda, já na ressignificação da expressão *sem pena,* a real função da cadeia: atitudes que não têm amparo na lei; atitudes sem dó. Puppo é ator, cineasta, produtor e pesquisador. O seu documentário (2014) foi ganhador e merecedor de diversos prêmios, como: Melhor filme no 47º Festival de Brasília do Cinema Brasileiro; Melhor Documentário pela Crítica no 41º Sesc Melhores Filmes; Menção Honrosa no 7º FESTin – Lisboa e Melhor Filme, Direção e Fotografia no 38º Festival Guarnicê de Cinema.

Quase uma hora e meia de agonia, denúncia, injustiça, realidade. Infelizmente, uma dura realidade. Estamos acostumados a fechar os olhos, contudo o filme nos força a encarar algo que desejamos empurrar para debaixo do tapete e fingir que não é conosco.

Já nos dois minutos iniciais, somos encarcerados: com a tela preta, ouvimos ruídos que nos lembram o abrir e fechar dos portões prisionais. Aos poucos, a imagem surge: uma caixa metálica capaz de conduzir uma quantidade de pessoas para diversos andares, mas que, costumeiramente, quando transporta mais, trava.

Com tantos sons metálicos ao longo do documentário, as sensações de gosto férrico e seu toque gélido surgem. As imagens são compartimentadas, sendo quase imperceptível encontrar uma brecha, e trêmulas; uma verdadeira sensação de tontura e enjoo. Seria isso que a população carcerária sente? Esse questionamento vai ao encontro de uma das falas de um detento: “Coloca um cavalo aqui dentro para ver quanto tempo ele dura. Ele morre. Fica louco”.

O produtor, através de símbolos e analogias, explora os diversos discursos de detentos, juízes e demais entrevistados. As falas nos transportam para os lugares em que cada discursador está: desde caixas superlotadas, sem qualquer tipo de dignidade, a salas amplas, intocáveis.

Ao longo do filme, queremos saber quem são essas pessoas, seus passados e seus futuros, mas Puppo nos privou disso: a intenção do produtor de evitar rostos nos leva a crer que se trata de um número indeterminado de pessoas. Ressalta-se que o único depoimento a que temos acesso à corporificação é o último: um caso de uma

* Estagiária do escritório Schiefler Advocacia. Graduanda, atualmente, da sétima fase em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Licenciatura e Bacharelado em Teatro na Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) - 2015. E-mail: malu.mporath@gmail.com

Justificativa: Em meio a um Brasil que só assume a sua pluralidade quando lhe é conveniente, a resenha acerca do documentário *Sem Pena* tem o objetivo de expor a realidade do sistema carcerário: uma dentre tantas camadas tidas como indignas de luta.

senhora de 53 anos acusada de tráfico de drogas, porque foi encontrada uma determinada quantidade de droga em seu quintal.

Sem a materialização, o objetivo do documentário se concretiza: de casos pessoais a universais. Do pobre a qualquer pobre. Da única injustiça num processo a qualquer injustiça em inúmeros processos. Puppo nos tira a venda de que o Direito está a serviço da sociedade. "Que sociedade?", perguntamos.

Sem Pena retrata um sistema carcerário falho, um Brasil falho, uma sociedade falha, um Direito falho. Inclusive, é o que se extrai da fala de uma das detentas: "[...] são coisas que você deixou de fazer para não ser despejada e para não ser presa, que no final você acabou sendo presa sem ter feito nada". Por meio desse discurso, é perceptível que o propósito nunca foi ressocializar e sim, proteger o *suposto* cidadão de bem, aquele que ignora qualquer problema que não seja de seu próprio interesse.

Além de todas as duras informações, a morosidade processual também é realçada através da progressão de regime. Comenta-se que até o juiz analisar o caso, a pessoa já cumpriu integralmente a pena em regime fechado. Ademais, a visita é uma tortura psicológica para a família, como se ela fosse cumpridora da pena junto com o parente. Nos relatos, percebemos que o amparo legal inexiste na prática. Por exemplo, numa semana, é permitida a entrada com determinado estilo de roupa; na semana seguinte, não. Isso serve para alimentos, produtos de higiene pessoal e tantos outros itens que deveriam assegurar a dignidade do ser humano.

Por fim, o documentário possui uma linguagem reflexiva, um verdadeiro *soco no estômago* de que o "encarceramento em massa não deu certo", conforme um dos depoimentos aduz. Afinal, como acreditam que sairão desse sistema após a pena?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SEM Pena. Direção de Eugenio Puppo. Coordenação de Matheus Sundfeld. Música: John Cage. [s.i]: Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e Heco Produções, 2014. (87 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NcuCPkp8SHY>. Acesso em: 02 jun. 2020.

O CONDE DE MONTE CRISTO E O IMAGINÁRIO DA VINGANÇA

Vinícius Gomes da Silva Oliveira*

REFERÊNCIA DA OBRA: DUMAS, Alexandre. *O conde de Monte Cristo. Edição comentada e ilustrada.* Tradução, apresentação e notas de André Telles e Rodrigo Lacerda. 3 ed.. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2020.

"O conde de Monte Cristo" foi escrito por Alexandre Dumas em colaboração com Auguste Maquet, com sua publicação ocorrendo através de folhetins, no período compreendido entre 1844 e 1846. É um dos romances que marcaram o Século XIX e que foi consagrado no imaginário popular através da grande difusão da obra, a qual chegou no Brasil em 1845, poucos meses após o início da divulgação na França (LACERDA, 2020).

No texto há três cenários principais: Marselha, Roma e Paris. Cada um pode ser associado com períodos da vida da personagem principal. Sua juventude e prisão em Marselha, o retorno como Conde de Monte Cristo em Roma e a concretização de seu plano de vingança em Paris, esta última como o ambiente que ocupa a maior parte do livro.

O livro conta a história de Edmond Dantès, apresentado inicialmente como marinheiro honesto e dedicado a seu pai, Louis Dantès, e a sua noiva, a catalã Mercedes. É o ano de 1815, com o protagonista possuindo dezenove anos e a promessa de se tornar capitão do navio em que trabalha, uma vez que Leclère, o ocupante anterior do cargo, teria adoecido e morreu durante última viagem que acabara de ocorrer. Como último pedido, o antigo capitão solicitou que o navio passasse pela Ilha de Elba e estivesse à disposição do ex-imperador francês, Napoleão Bonaparte, de modo que este entregou a Edmond uma carta endereçada a Paris.

Por conta da situação de felicidade em que o rapaz se encontrava, com a possibilidade de ascensão na carreira, ainda que jovem, bem como de amor com a companhia de Mercedes, o descontentamento de seus inimigos foi grande. A retaliação é efetuada por Danglars, contador do navio em que Edmond trabalhava, e por Fernand

* Bacharelando em Direito; Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS
Endereço Eletrônico: vgomesuefs@gmail.com

Justificativa: Esta resenha cítrica do livro "O Conde de Monte Cristo" busca analisar a retratação da sociedade parisiense da Restauração, na qual Dumas expõe as suas mazelas. A obra utiliza do tema da vingança para denunciar os vícios das esferas jurídica, militar e financeira da França do século XIX. Nesse sentido, o livro possibilita a reflexão sobre características complexas de uma sociedade que vivia contradições entre velhas formas de relações sociais e as conquistas civilizatórias da Revolução Francesa, num movimento comparável aos debates atuais sobre as garantias individuais.

Mondego, pescador catalão que estava apaixonado por Mercedes. A cobiça pela posição de Dantès leva seus opositores à o acusarem de bonapartismo, denúncia que é apurada com a prisão provisória do protagonista no dia de seu casamento.

Se a ambição dos homens fez Edmond ser acusado injustamente, o mesmo sentimento o impediu de ter um julgamento correto. Quando levado ao Procurador do Rei para esclarecimentos, Dantès encontra Gérard de Villefort, o substituto do magistrado, o qual o interroga e constata a participação menor do protagonista, de forma que o assegura de que terá sua liberdade devolvida. Entretanto, ao ter contato com a carta enviada da Ilha de Elba, Villefort percebe que o escrito estava endereçado a Noirtier de Villefort, seu pai, incidente que poderia prejudicar seu cargo. Logo, o substituto compreende uma possibilidade de proteção de sua carreira, mas também de ascensão, uma vez que o conteúdo do texto dizia respeito à volta de Napoleão à França, fato que se concretiza posteriormente com o Governo de Cem Dias.

Para garantir a situação de vantagem, Villefort determina o encaminhamento de Edmond para o Castelo de If, prisão que será seu lar durante quatorze anos. Ressalta-se a ausência de explicações ou de julgamento ao protagonista, fato contrário ao entendimento de um Estado de Direito, sobretudo no cenário que é França pós-revolucionária, com a consolidação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a qual trazia em seu art. 7º que:

> Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. (FRANÇA, 1789)

Percebe-se então como que o representante da justiça, favorecido pela burocracia e desorganização institucional (TEIXEIRA, 2018), aproveita-se de manobras ilegais para ascender na carreira, mesmo que essas representem graves agressões aos direitos individuais. A prisão de Edmond é assegurada, com ele alheio aos motivos de sua privação de liberdade, bem como à ação de seus inimigos. Deixa de ser Dantès e passa a ser chamado de número 34. Durante o período em que o protagonista fica preso, seu pai morre de fome, sua noiva se casa com Fernand e seu cargo de capitão é tomado por Danglars.

Sendo assim, configura-se a tríade de inimigos que Edmond possui, com cada um representando um aspecto de sua existência: Danglars retira a sua vida profissional; Fernand toma a sua vida amorosa; Villefort aparta a sua liberdade, sem a qual Dantès não pode retomar aquilo que perdeu. Os anos se passam e o protagonista decide abandonar a esperança e a vida, com a rejeição das refeições.

Entretanto, como que por um milagre, no momento em que Edmond estava fraco pela privação de alimentos, percebe o som de uma escavação ocorrendo próxima a sua cela. Essa empreitada resulta num túnel entre as celas de número 27 e 34.

O prisioneiro que construiu tal buraco era o Abade Faria, personagem que modificará o futuro de Dantès, o qual já possuía seis anos de prisão e via pela primeira vez outro indivíduo que não os carcereiros.

O padre, que era tomado por louco na prisão, uma vez que oferecia aos guardas uma fortuna caso o ajudassem a escapar, percebe o erro de seus cálculos, pois tinha como foco cavar até o pátio da prisão. Contudo, vê-se na cela 34 e começa a dialogar com Edmond sobre a possibilidade e uma fuga, o que o dá esperança. Inicia-se então um novo plano de escavação, ao passo que o Abade esclarece sobre o passado do protagonista, com a investigação e determinação das causas que o levaram a ser preso, o que resultou na constatação da traição. Faria também se compadece da falta de instrução de Dantès e o ensina diversas ciências e línguas.

Com o desenrolar do tempo, o Abade adoece e, como um último presente ao seu companheiro de privação, informa Edmond sobre uma riqueza escondida na Ilha de Monte Cristo, de modo que o obriga a memorizar as condições de acesso ao tesouro. Faria vem a falecer, e como possibilidade de fuga, Dantès coloca o corpo do padre em sua cela e se disfarça de morto, com o intuito de ser enterrado e então empreender uma fuga. Contudo, o protagonista não contava com o fato de que no Castelo de If os mortos são amarrados a bolas de canhão e lançados ao mar.

Todavia, Edmond consegue se desvencilhar do peso e escapa da prisão nadando no completo escuro. Destaca-se o papel da natureza no Romantismo, o qual recebe ênfase em conjunto com as ações da personagem (TEIXEIRA, 2018), de modo que a luta do indivíduo contra ela é expressa na obra. Para sobreviver, Dantès se disfarça de contrabandista, o que dá início à sua liberdade. Constata posteriormente a morte do seu pai e a partida de Mercedes, o que o livra de qualquer vínculo com os que amou e o torna sozinho.

Com o decorrer do tempo, o protagonista consegue explorar a Ilha de Monte Cristo. Momentos antes de encontrar o tesouro, Edmond se encontra em cima dos rochedos da ilha, em seu ponto mais elevado. Tal instante é compreendido por Antônio Candido (1971) como um divisor de águas, pois a personagem se situa a meio caminho de obter os "recursos que permitirão o desdobramento final do seu ser" (CANDIDO, p. 5, 1971).

Ainda nessa cena, Candido (1971) destaca o papel simbólico da altura no Romantismo, na qual as personagens encontram os seus sonhos de liberdade e poder. Contudo, assim como do subterrâneo surgiu o Abade Faria, que permitiu a Dantès acessar as habilidades intelectuais, também do baixo nível é que virá a força do protagonista, traduzida na noção de riqueza. Tais faculdades serão essenciais no projeto de vingança de Edmond.

Após mais de quatorze anos, Dantès busca informações sobre os seus algozes através de Caderousse, antigo vizinho do protagonista que acompanhou a ação de Danglars e Fernand, bem como o fim trágico do pai de Edmond. Contudo, para não ser identificado, a personagem faz uso de um disfarce, dessa vez como o Abade Giácomo Busoni. Se a vida do herói foi composta pela privação de ser preso, a dos

responsáveis pelo seu infortúnio foi abundante. Danglars se tornou um banqueiro bem-sucedido, com o título de Barão, ao passo que Mondego cumpre uma carreira militar, e se transforma em Conde Morcef.

Por último, Villefort cresce na carreira como Procurador do Rei, com a promoção à comarca de Paris. Edmond compreende que seus inimigos não são apenas homens, mas representações da imoralidade na esfera jurídica, financeira e militar da alta sociedade francesa (TEIXEIRA, 2018). Dantès sai então pelo mundo, com o objetivo de se preparar e criar um disfarce mais elaborado e concretizar seus anseios de vingança.

Cerca de dez anos após, Edmond ressurge em Roma, na segunda parte do livro, porém não mais como o antigo marinheiro ou preso, e sim como a figura extravagante do Conde de Monte Cristo. Tal face tem como objetivo se alçar não como mero humano, mas sim como divindade, incompreensível para os demais homens. O Conde se apresenta como um indivíduo rico, inteligente, mas com hábitos que destoam do esperado pela elite europeia, uma vez que orientalismo, entre outros, é um dos traços marcantes em sua constituição (CANDIDO, 1971).

Monte Cristo trafega entre príncipes muçulmanos, possui uma escrava grega, Haydée, e um servo núbio, Ali, expõe ostensivamente decorações luxuosas em suas propriedades e faz uso recreativo do haxixe. Esses aspectos, somados com o de uma figura misteriosa, sobre a qual não se sabe a sua origem ou do seu dinheiro, vão demarcar traços distantes da cultura europeia, com o intuito de impressionar a todos (TEIXEIRA, 2018).

Formado o disfarce, Monte Cristo trata de adentrar na elite parisiense, e, para tanto, utiliza dos jovens Franz d'Épinay e Albert Morcef, filho de Mercedes com Fernand, os quais conhecem o Conde durante o carnaval em Roma. Para consagrar sua posição de homem misterioso, porém amigável, o protagonista salva Albert das mãos do bandido Luigi Vampa, o qual possuía uma relação de subordinação para com Monte Cristo.

Tal episódio retrata um dos elementos fundamentais para que Edmond possa alcançar a sua vitória, compreendido na noção de mobilidade. O protagonista, que vai de marinheiro a prisioneiro, para após se tornar um milionário excêntrico, emprega seus conhecimentos e riquezas para transitar entre as classes sociais, com a manutenção de relações desde criminosos até o próprio Papa. Para tanto, o emprego de seus disfarces será uma peça chave, pois lhe permite se locomover sob variadas faces e articular diferentes estratégias para concretizar seu plano de vingança.

Após a parte em Roma, a história prossegue com a entrada de Monte Cristo em Paris, com a devida recepção realizada pela juventude parisiense rica, os chamados "leões". Com eles, Edmond poderá se aproximar das três famílias que ele pretende atingir: os Danglars; os Morcef e os Villefort. Com a presença em óperas e demais encontros sociais, o Conde se apresenta como uma figura emblemática, o que o torna assunto relevante na cidade e gera convites de visitas das referidas parentelas.

Ao entrar em contato com os seus inimigos, os quais não desconfiam que estão

diante do marinheiro que aprisionaram há mais de 24 anos, Monte Cristo coloca-se numa situação de superioridade moral, na qual demonstra a hipocrisia de seus opositores com críticas diretas:

> — É ao sr. de Monte Cristo que tenho a honra de falar?
> — E eu — respondeu o conde — ao senhor barão Danglars, cavaleiro da Legião de Honra, membro da Câmara dos Deputados?
> Monte Cristo repetia todos os títulos que vira no cartão do barão. Danglars sentiu a estocada e mordeu os lábios.
> — Desculpe-me, cavalheiro — disse ele —, por não ter me referido de saída ao título com o qual o senhor me foi anunciado; porém, como sabe, vivemos sob um governo popular e sou um representante dos interesses do povo.
> — Ou seja — espicaçou Monte Cristo —, ao mesmo tempo em que preservou o hábito de ser chamado de barão, perdeu o de chamar os outros de conde.
> — Ah, tampouco faço questão do meu, senhor — respondeu displicentemente Danglars. — Eles me nomearam barão e fizeram-me cavaleiro da Legião de Honra por alguns serviços prestados, mas...
> — Mas o senhor abdicou dos seus títulos, como fizeram outrora os srs. de Montmorency e de La Fayette? É um belo exemplo a ser seguido, senhor.
> — Não completamente, entretanto — disse Danglars, embaraçado. — Para os criados, o senhor entende...
> — Sim, para o seu pessoal, o senhor é fidalgo; para os jornalistas, senhor; e para os eleitores, cidadão. São nuances que combinam bem com o governo constitucional. Compreendo perfeitamente. (DUMAS, 2020, p. 584-586)

Para executar seu plano de vingança, o Conde emprega, além das suas riquezas e contatos, lícitos e ilícitos, as vontades obscuras dos indivíduos. Com a descoberta dos segredos das famílias, Monte Cristo consegue manipula-las, como ocorre com o caso extraconjugal da Baronesa Danglars com Lucien Debray, secretário do Ministério do Interior. Nesse evento, o protagonista compreende que a riqueza especulativa do Barão Danglars provinha do acesso às informações confidenciais do governo, obtidas por sua esposa com o amante.

Com o intuito de atingir a riqueza de Danglars, Monte Cristo passa uma notícia falsa pelo telégrafo, a qual resulta na venda de ações espanholas pelo banqueiro, que perde cerca de um milhão de libras. Essa, associada com outras perdas, minará todo o patrimônio do Barão, que fugirá dos seus credores. Em Roma, ao tentar sacar uma ordem de pagamento dada pelo Conde de Monte Cristo, Danglars acaba raptado pelo grupo de Luigi Vampa, o que resulta na perda de todo o seu dinheiro. Por fim, o Barão terminará na miséria e implorando por comida.

Sobre o Conde Morcef, Dantès descobre o seu passado de traição, no qual ele entregou a cidade de Janina aos turcos, e assassinou o vizir Ali Tebelin, sob o qual

trabalhava como general-governador, por uma recompensa monetária. A revelação dos fatos ocorreu na Câmara dos Pares, espécie de Câmara dos Lordes francesa, episódio em que Haydée, a escrava de Monte Cristo, revela os detalhes da cilada empregada por Morcef, uma vez que ela era a filha de Ali Tebelin e presenciou os fatos.

Em seguida, Haydée relata como ela e sua mãe foram escravizadas por Morcef, o qual as vendeu para um mercador, que posteriormente transferiu a filha para Monte Cristo. Como prova de sua identidade, Haydée apresenta suas certidões de nascimento e batismo, bem como a escritura de venda lavrada com o nome de Fernand Mondego. Fernand aceita a derrota e abandona a Câmara, sem qualquer tentativa de defesa. Os Pares decidem em uma votação unânime a cassação do Conde. Com a infâmia, sua esposa Mercedes e o seu filho Albert o abandonam. Como consequência, Morcef não suporta a perda da imagem e de sua família, e comete suicídio.

Por fim, Villefort é o que sofre a vingança mais emblemática. Monte Cristo, ao descobrir o caso que o Procurador do Rei teve com a Baronesa Danglars, o que resultou em um filho que foi enterrado vivo, localiza a prole viva e a reintroduz na sociedade parisiense. O descendente é apresentado sob o nome falso de Andrea Cavalcanti, proveniente de uma das famílias mais ricas da Itália. Por outro lado, Edmond compreende os anseios obscuros da Sra.Villefort, a qual, por ter uma origem sem riqueza, busca eliminar os demais membros da família para prover seu filho, Édouard, de uma herança volumosa.

Para executar sua vingança, Monte Cristo instrui a Sra. Villefort sobre a utilização de veneno, o qual é empregado por ela para assassinar os pais e a filha da primeira esposa de Villefort. Ao descobrir sobre os ardis de sua companheira, o Procurador do Rei determina que ela cometa suicídio, ou então ele teria que prendê-la, o que mancharia a imagem da família. Em paralelo, o Procurador seguia para o julgamento de Andrea Cavalcanti, acusado de ser na verdade um fugitivo que teria realizado um assassinato.

A tragédia das mortes foi complementada com a revelação de que Andrea era o filho abandonado do homem que o acusava, fato que fez Villefort sair da tribuna com vergonha. No momento derradeiro, o Procurador encontra sua esposa cometendo suicídio com a ingestão de veneno, morte que foi acompanhada com o envenenamento de seu próprio filho. Com todo esse cenário de aniquilamento profissional e moral, Villefort enlouquece.

A vingança buscada pelo protagonista, própria de uma postura burguesa egocêntrica, apartada de preocupações com o coletivo, (TEIXEIRA, 2018), é a ferramenta essencial para o desenvolvimento da história. É por meio dela que Dantès encontrará motivação para conduzir sua busca pela punição dos seus inimigos. Contudo, a personagem não acredita que sua jornada é uma mera vontade individual, mas sim o anseio da própria divindade, com Monte Cristo atuando como um agente dela:

> Eu também, como acontece com todo homem uma vez na vida, fui levado por Satã até a mais alta montanha da Terra; lá chegando, ele me apontou o mundo inteiro e, como dissera outrora a Cristo, disse a mim: “Pronto, filho dos homens, o que queres para

> me adorar?" Refleti então longamente, pois havia muito tempo uma terrível ambição de fato devorava o meu coração; em seguida, respondi-lhe: "Escuta, sempre ouvi falar da Providência, entretanto nunca a vi, nem nada que a ela se assemelhe; quero ser a Providência, pois o que sei de mais belo, de maior e de mais sublime no mundo é recompensar e punir. Mas Satã abaixou a cabeça e soltou um suspiro: "Estás enganado" disse ele, "a Providência existe; não a vês porque, filha de Deus, ela é invisível como o pai. Não viste nada que se lhe assemelhe porque ela procede por desígnios ocultos e caminha por sendas obscuras; tudo que posso fazer por ti é tornar-te um agente dessa Providência." O negócio foi fechado, e nele talvez eu perca minha alma, mas não importa — disse Monte Cristo. — Se tivesse que fazer de novo, eu faria (DUMAS, 2020, p. 610, grifo nosso).

A ideia de Providência cumpre na obra o papel de projeção pelo qual o arbítrio do protagonista é disfarçado como racionalização da justiça divina. Nesse sentido, a visão de Monte Cristo como um agente de Deus retira dele a responsabilidade que tem pelos infortúnios causados, os quais não foram restritos aos seus inimigos, uma vez que inocentes foram prejudicadas, inclusive com a morte.

Concluída a sua vingança, cabe ao Conde de Monte Cristo partir de Paris com a noção de que cumpriu a sua missão divina, junto a possibilidade de uma nova vida ao lado de Haydée, escrava que é elevada à categoria de amante. Destaca-se o caráter irônico dos infortúnios que atingiram os inimigos de Edmond. O rico banqueiro tornou-se miserável, o militar corajoso preferiu suicídio do que encarar a opinião pública e o meticuloso e exemplar magistrado perdeu a sua capacidade racional.

Com toda a construção da obra, Antonio Candido (1971) considerou O Conde de Monte Cristo como o Tratado da vingança por excelência do Romantismo. Ainda que outras obras tratem sobre o tema, é nesse livro em que os ideais da burguesia de individualidade, de poder traduzido como riqueza e do homem enquanto uma autoconstrução, são representados com o simplório ato de vingar.

O livro cumpre seu papel de indicar as contradições de uma sociedade pós-revolucionária, com a consagração de uma visão universal sobre os direitos, mas que é deturpada através da ganância dos indivíduos, o que resultou em uma privação de liberdade injusta durante quatorze anos. Dentre as incoerências, destaca-se a do sistema de justiça, o qual convalidou o infortúnio de Edmond sem a observação das garantias individuais. Embora as ações de vingança sejam condenáveis, não há como o leitor não compreender a busca do protagonista por uma reparação contra os seus inimigos. Ainda que escrito há mais de 250 anos, O Conde de Monte Cristo nos mostra como a sociedade pode ser vil com as camadas mais pobres, o que reforça a necessidade de atenção aos Princípios do Direito, como o do devido processo legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDIDO, Antonio. *Da vingança*. In: _____. Tese e antítese. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1971.

TEIXEIRA, M. L. B. *Sob a égide da revolta – O Conde de Monte Cristo e a crítica de Antonio Candido*. Revista do GELNE, v. 20, n. 1, p. 273-284, 31 ago. 2018.

LACERDA, Rodrigo. A grande ficção e o bom gosto. In: DUMAS, Alexandre. *O conde de Monte Cristo*. Edição comentada e ilustrada. Tradução, apresentação e notas de André Telles e Rodrigo Lacerda. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2020. p. 7-15.

FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. [200-]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l- Homme-et-du-Citoyen-de-1789. Acesso em: 16 jul. 2020.

COMUNICAÇÃO

DIÁLOGOS EXTENSIONISTAS ENTRE CINEMA, LITERATURA E DIREITO NA AMAZÔNIA BRASILEIRA

Bárbara Elizabeth de Oliveira Fontinele*
Manoela Carolina da Silva e Silva**

A indissociabilidade universitária, permeada pela tríade ensino, pesquisa e extensão, imprime sentidos ainda nos primeiros períodos, quando a vivência entre a teoria e a prática é permitida nas atividades que extrapolam os muros da Universidade:

> Todo ato de pensar exige um sujeito que pensa, um objeto pensado, que mediatiza o primeiro sujeito do segundo, e a comunicação entre ambos, que se dá através de signos linguísticos. O mundo humano é, desta forma, um mundo de comunicação. Corpo consciente (consciência intencionada ao mundo, à realidade), o homem atua, pensa e fala sobre esta realidade, que é a mediação entre ele e outros homens, que também atuam, pensam e falam (FREIRE, 2013, p. 57).

No diálogo com a sociedade e a consciência social que permeia os cursos de Ciências Humanas, em um contexto amazônico, pelas realidades e necessidades que suporta, o Grupo PET-Letras, na Universidade Federal do Acre, realiza diversas atividades de ensino, pesquisa e extensão. Dentre as quais, citamos a ação *CinePET,* que através de sua quinta edição, estabelece diálogos entre Cinema, Literatura e Direito, em temas transdisciplinares à essas áreas.

A extensão visa proporcionar o acesso à sétima arte, de forma gratuita, aos componentes da comunidade acadêmica e da comunidade externa, atendendo uma demanda do próprio estado, que conta com um cinema particular, no shopping *Via Verde,* um cinema popular e um cineclube, que também propõe o acesso à arte cinematográfica. É comum, na capital acreana, o evento *Pachamama*, que divulga produções locais e de outros lugares da América Latina, como Bolívia, Peru e Colômbia, por exemplo. No entanto, essas permissões são visualizadas, somente, em Rio Branco, a capital do estado do Acre.

Nos municípios interioranos, como Tarauacá, onde realizamos a atividade, o acesso à produções cinematográficas assume, por vezes, uma face utópica. O cinema é um sonho não alcançado pela longitude e as regularidades da floresta ama-

* Graduanda do 3º período de Letras Português, na Universidade Federal do Acre, e do 7º período do curso de Direito, no Centro Universitário Uninorte. Bolsista do Grupo PET-Letras, da Universidade Federal do Acre. barbara.fontinele81@gmail.com
** Graduanda do 3º período de Letras Inglês, na Universidade Federal do Acre. Bolsista do Grupo PET-Letras, da Universidade Federal do Acre. carolinamanoela10@gmail.com
Orientadora: Graduanda do 3º período do curso de Direito, na Universidade Federal do Acre. Mestre em Letras Português, pela Universidade Federal do Acre. Professora colaboradora do Grupo PET-Letras, da Universidade Federal do Acre. jeissyfurtados@gmail.com

zônica. Através do Programa Nacional de Formação de Professores da Educação Básica (PARFOR), conseguimos levar a ação, trabalhando com produções locais que versam sobre aspectos da brasilidade, consoante à disciplina *Fundamentos da Cultura Literária Brasileira.* Enquanto projeto regular, o *CinePET* permite a promoção do cinema, enquanto direito artístico da sociedade, e a possibilidade de discutir direitos, discursos e sociedades.

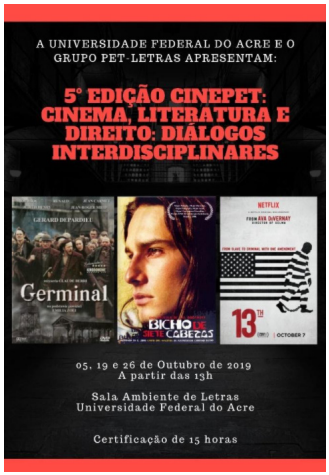


Figura 1: Cartaz de divulgação da 5º Edição CinePET: Cinema, Literatura e Direito

Em 2019, promovemos a 5º edição, intitulada *Cinema, Literatura e Direito: diálogos interdisciplinares,* com a parceria do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas – CCJSA, da Universidade Federal do Acre. O evento aconteceu durante três semanas, no sábado à tarde, a partir das 13h. No dia 5 de outubro, propomos uma reflexão sobre *Direito do Trabalho*, a partir da leitura de *Germinal* (1885), de Émile Zolá, e de sua adaptação cinematográfica (1933), de Claude Berri, com comentários e considerações pelo professor do curso de Direito, o Dr. Francisco Pereira da Costa. Dentre os seus debates, discorremos sobre um panorama das conquistas dos direitos trabalhistas e a importância dos sindicatos, em seu processo histórico, e a necessária luta pela permanência desses direitos.

No dia 19 de outubro, propomos uma reflexão sobre a *Luta antimanicomial,* a partir da leitura de *Diário do Hospício* (1920), de Lima Barreto, e o filme *Bicho de sete cabeças* (2001), de Laís Bodanzky, que com a ausência da professora convidada, a discussão foi permeada pela coordenadora da extensão, Jeissyane Furtado da Silva, então professora substituta do Centro de Educação, Letras e Artes e graduanda do curso de Direito. Em um diálogo a partir dos textos literários, apontamos uma reflexão sobre os procedimentos de encarceramento da população negra pós-abolição, enquanto mecanismo de controle social.

E, por fim, no dia 26 de outubro, propomos uma reflexão sobre *Encarceramento* em massa, através da leitura de *Memórias de um cárcere* (1953), de Graciliano Ramos, e da exposição do documentário *A 13º emenda* (2016), de Ava Duvernay, com um intenso debate encabeçado pelo professor do curso de Direito, o Dr. Francisco Raimundo Alves Neto. Em um comparativo entre Estados Unidos e Brasil, a partir dos

postulados teóricos de Juliana Borges (2019) e Michelle Alexander (2017), em sua disposição sobre a crise do sistema penitenciária e o condicionamento do corpo negro a uma vulnerabilidade social que, em virtude de uma sociedade estruturalmente racista e misógina, os leva a uma datação, retirando a sua subjetividade.



Figura 1: Apresentação do Prof. Dr. Francisco Raimundo Alves Neto

Considerando o contexto pelo qual a Universidade passava no referido mês, na disputa da 5º Organização dos Jogos Inter Atléticas (ORJIA), e o horário no qual o evento era realizado, consideramos que o evento teve as suas expectativas almejadas, com um público-alvo de vinte pessoas, um dos maiores públicos desde a sua criação e aplicabilidade, em 2016. Os temas transversais nas três áreas, haja vista que os participantes eram de diferenciados cursos, permitiram um diálogo sobre os papéis que ocupamos na sociedade e como, alguns temas, nos parecem silenciados, como o processo de encarceramento em massa e a luta manicomial, processos advindos desde o século passado.

Considerando os objetivos e as metas traçadas, bem como levar a arte cinematográfica, para fins de desenvolver o conhecimento crítico, a partir de debates e discussões no final da exposição, e a sua devida articulação com as outras áreas, entendemos que nossas expectativas, além de supridas, foram superadas. Proporcionar debates transdisciplinares que versem temáticas sóciojurídicas, através de composições linguísticas, nos permitem, também, um diálogo que atravessa nossas formações, haja vista que duas componentes do grupo de trabalho cursam Direito e Letras, na mesma medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação:* racismo e encarceramento em massa. trad. Pedro Davoglio e Silvio Luiz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Polén, 2019.

FREIRE, Paulo. *Extensão ou comunicação?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. *recurso eletrônico.*

PROMOTORAS LEGAIS POPULARES: EDUCAÇÃO POPULAR, FEMINISMO E DIREITO EM MOVIMENTO NO CONTEXTO CURITIBANO

Lizz Ester Segala*
Mariana Melli**

Nome do projeto: Promotoras Legais Populares.
Local em que ocorre: Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.
Quando ocorre: desde o ano de 2012, com encontros semanais.
Participantes: 14 mulheres na coordenação e em média 45 cursistas.

O presente trabalho se destina a apresentar, de modo geral, o histórico e as frentes de atuação perpetrados pelo projeto de extensão Promotoras Legais Populares (PLP), vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) no contexto curitibano, no Estado do Paraná. Neste momento, damos ênfase nas atividades desenvolvidas ao longo do ano de 2019, bem como na estrutura do projeto, nos seus princípios e nos principais desafios enfrentados ao longo dessa conjuntura.

Em um breve resgate, cabe relembrar que as PLP, enquanto movimento nacional, nasceram no ano de 1994 a partir dos esforços de feministas da União de Mulheres de São Paulo e do Grupo Themis que buscavam a implementação de um debate organizado e horizontal sobre direito das mulheres no Brasil. Com influência do engajamento do movimento feminista brasileiro na escrita da Constituição de 88 e na construção da redemocratização do país anteriormente, a necessidade de organização das PLP é fomentada também no Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM) em 1992, pela troca entre brasileiras e companheiras da América Latina e do Caribe que haviam organizado um curso sobre legislação para mulheres (TELES, 2019).

No ano passado, as PLP completaram 25 anos de formação e de movimento no Brasil, em uma rede que foi se espalhando por diversos estados do nosso país. O projeto, que tem como atividade principal a oferta de um curso de formação política e jurídica, é fundamentado por princípios compartilhados em todas as coordenações, mas concebe-se institucionalmente de acordo com as possibilidades e contextos de cada localidade. No caso do Paraná, a primeira turma do curso nasceu na capital já como projeto de extensão vinculado à UFPR no ano de 2012. Nesse sentido, é importante pontuar que a presença do movimento dentro da universidade pública afirma o compromisso da extensão de promover a integração dos saberes acadêmicos e

* Graduanda do 4º ano do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná e Promotora Legal e Popular. E-mail: lizzesters@gmail.com
** Graduanda do 5º período do curso de Psicologia da Universidade Federal do Paraná, estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Promotora Legal Popular.
E-mail: marianamelli2808@gmail.com

populares para construção de um pensamento que enfrente as barreiras de acesso à educação.

A experiência curitibana das PLP, que não foge do que é defendido em nível nacional e latino-americano, tem por objetivo se colocar como uma ferramenta para emancipação de mulheres na promoção dos Direitos Humanos, combate à violência de gênero, raça e LBT, bem como para contribuir para uma sociedade mais justa e igualitária. Isso tudo apoiado em três eixos principais: a **educação popular,** o f**eminismo** e o **Direito.** A partir deste enfoque, passamos a compartilhar os trabalhos desenvolvidos durante o ano de 2019, todavia pontuamos que as movimentações não se encerraram no referido período, mas reinventam-se constantemente.

Tratando-se da **educação popular** e fugindo de uma lógica de educação bancária ou formal com o conceito de "aula", valoriza-se o compartilhamento de conhecimentos populares e de experiências trazidas pelas participantes, que são exclusivamente mulheres cis e trans, e que prioritariamente advém de espaços marginalizados e/ou que integram uma dita minoria. Com a participação, portanto, de mulheres negras, LBTs, com deficiência e periféricas, o protagonismo dentro das PLP fica nas mãos daquelas que estruturalmente e estrategicamente têm seus saberes deslegitimados. Todavia, acredita-se que estas mulheres carregam verdadeiras práticas de luta e potencial de reafirmação de suas (r)existências como sujeitas transformadoras da realidade excludente em que vivemos.

No que tange às questões práticas, a turma "Marielle Franco" ao longo do ano de 2019, estruturou-se em 24 encontros semanais com duas horas de duração para abordar temáticas envolvendo história, direito e luta política das mulheres. Apoiando-se na pedagogia freiriana, esses encontros contavam com a facilitação - ou mediação - de uma ou duas convidadas. A coordenação do projeto dedicou-se a trazer mulheres com saberes dentro da temática proposta do dia e também a orientá-las de acordo com uma ementa previamente organizada. Tudo isso foi logrado conforme as experiências adquiridas de turmas anteriores, bem como de acordo com novas demandas que iam surgindo. Deste modo, incentiva-se o diálogo horizontal entre as mulheres presentes a fim de possibilitar a construção coletiva dos encontros, uma vez que nas palavras de Paulo Freire (2005, p.33),

> o conhecimento emerge apenas através da invenção e da reinvenção, através da inquietante, impaciente, contínua e esperançosa investigação que os seres humanos buscam no mundo, com o mundo e uns com os outros.

Pontua-se, considerando a citação acima, que há preocupação em levar sentido e demonstrar como o assunto abordado em cada encontro interfere na vida das participantes, tanto objetiva quanto subjetivamente. Para tanto, utiliza-se da promoção de "místicas", antes ou após o início das conversas, que podem ser definidas em termos de recursos lúdicos a fim de tornar prático os aspectos teóricos discutidos. Durante o ano de 2019, foram utilizadas apresentação de teatro surdo, experiência de economia solidária, aula de movimentação corporal, entre outras dinâmicas. Para mensurar a significação das experiências durante o curso, no final de cada encontro, é solicitado

que cada participante faça uma avaliação do encontro, de modo anônimo e por escrito, para que assim exponham suas demandas, críticas e sugestões, que então são lidas e, semanalmente, discutidas pela coordenação do projeto.

Pensando em tornar o curso possível e acessível, a coordenação atenta-se em oferecer vale-transporte, intérprete de libras em todos os encontros, como também um espaço chamado de "ciranda", para que haja espaço para os filhos e/ou crianças que dependem dos cuidados das cursistas. Não obstante, trinta minutos antes do encontro, o vínculo afetivo é estimulado com a preparação coletiva de um lanche a fim de que as cursistas, em especial as que vão diretamente do trabalho ao curso, possam se alimentar, conversar e trocar as suas vivências. Ademais, ao longo do encontro, uma pessoa da coordenação fica responsável pelo "acolhimento" que é a denominação de uma prática de escuta individualizada para as mulheres que queiram ou precisem falar sobre quaisquer assuntos ou demandas que possam surgir durante os encontros.

O segundo eixo ideológico das PLP, assim compreendido não pelo seu grau de importância, é o **feminismo**, este interseccional e popular, de forma que se legitimam as lutas empreendidas pelas mulheres nos mais diversos campos de combate às opressões que nos atravessam; o que coloca em pauta a batalha contra o racismo, contra a LBTfobia e contra o capitalismo. Abordar a interseccionalidade durante a formação das PLP é promover um debate sobre condições de privilégios que colocam mulheres em situações desiguais dentro de uma mesma identidade de gênero.

Nesse sentido, importante pontuar que na turma de 2019, durante dois encontros intitulados como "Mito da Democracia Racial" e "Mulheres Negras", a questão da interseccionalidade provocou desentendimentos entre as cursistas. A discussão sobre os relacionamentos interraciais levantou argumentos racistas sobre uma falsa igualdade entre as mulheres. Diante disso, foi acrescido, no cronograma, um encontro intitulado "Colorismo" para ampliar a compreensão acerca do racismo e para fomentar a participação de mulheres negras nos debates. Evidentemente, o acréscimo de um encontro não esgotou a questão, e sim articulou um debate permanente ao longo do ano. De mesmo modo, tal episódio explicitou a necessidade do combate constante ao racismo estrutural vigente em uma sociedade colonizada como a brasileira, visto também que os reflexos disso não escapam mesmo em um espaço como as PLP.

Para tanto, a coordenação do projeto - que, diga-se de passagem, é composta exclusivamente por mulheres vinculadas ou não a UFPR e em sua maioria advindas dos mais diversos espaços de articulação, como sindicatos, movimentos sociais e estudantis - empenha-se em constantemente compreender a realidade concreta que determina a vida das mulheres e por isso promoveu estudos para aprimoramento das leituras metodológicas do curso, a exemplo do feminismo popular, e que dialogassem com as lutas e as necessidades das cursistas para que o curso gerasse sentido para cada uma.

Por último, o terceiro aspecto ao qual as Promotoras Legais Populares se ancoram é o **Direito** sob uma visão emancipadora, anticapitalista, e como mecanismo a favor dos Direitos Humanos dentro de uma lógica decolonial. Deste modo, é através primeiramente da denúncia das dificuldades enfrentadas pelas mulheres que se

percebe então as demandas resultantes das diversas experiências de violações de direitos. Entre as inúmeras violações, as principais condizem com a violência doméstica, com a injusta divisão sexual do trabalho, com o racismo e a LBTfobia nos mais diversos espaços, a dificuldade do acesso e de uma vida segura na cidade, os obstáculos ao alcance de uma alimentação segura e de qualidade, entre outros. Deste modo, o compromisso das PLP é não só facilitar o acesso das mulheres a uma certa formação jurídica, mas também facilitar a capacidade de articulação entre as mulheres a fim de defender seus direitos sob um aspecto tanto individual quanto coletivo e estrutural.

Neste sentido, busca-se o diálogo com entidades judiciais, tais como a Casa da Mulher Brasileira, o Ministério Público e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mas cabe enfatizar que há um contato muito importante e próximo com diversos movimentos sociais. Sendo assim, é interessante mencionar que no ano de 2019 foi feita uma parceria das PLP com o movimento e festival "Pela Vida das Mulheres" em somatória a outros movimentos sociais de mulheres que resultou na participação ativa do projeto de extensão em uma oficina na comunidade periférica do Parolin com a temática dos direitos sexuais e reprodutivos. Para além do curso e condizente com a ideia de expansão de atividades que ultrapassam as paredes da universidade, apoiamos as cursistas a assistirem à peça "Para não morrer" em uma parceria com o elenco da peça e o teatro SESI. Ademais, a coordenação, buscando ampliar a rede de saberes populares, se envolveu no fortalecimento de eventos construídos por outros movimentos, tais como a 18ª Jornada de Agroecologia, a Semana da Justiça pela Paz em Casa realizada no município de Colombo, o Julho das Pretas e a II Conferência Extraordinária Municipal de Políticas para Mulheres no Município de Curitiba.

Em conclusão, percebe-se que as Promotoras Legais Populares não se resumem a um curso, pois busca-se não apenas o compartilhamento de saberes para além de uma lógica de acumulação, mas também a criação de redes entre as cursistas. Esse contato de mulheres atua como ferramenta de organização na luta por direitos que são constantemente atacados nos mais diversos âmbitos pela estrutura patriarcal, colonial e capitalista em que nos encontramos. Não obstante, é encorajada a criação de laços afetivos entre as mulheres, a fim de afastar uma lógica de competição que sistematicamente é atribuído a elas. Tudo isso pode ser resumido então no grito de guerra que em todo o final de encontro entoamos: *"mulheres que ousam lutar constroem o poder popular!"*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TELES, M. A. de A. 25 anos de Promotoras Legais populares. In: SOUSA JÚNIOR, J. G. S.; FONSECA, L. G. D. da F.; BAQUEIRO, P. de A (Org). *Promotoras Legais Populares Movimentando Mulheres pelo Brasil: análises de experiência.* Brasília: Universidade de Brasília, 2019. p. 233-249.

FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido.* 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

A PANDEMIA NAS PRISÕES DO RIO GRANDE DO SUL

Anayara Fantinel Pedroso*
Júlia Sleifer Alonso**

Do Projeto de Pesquisa: O presente estudo intitulado "A pandemia nas prisões" faz parte do Núcleo do Pampa de Criminologia, no contexto do Projeto Especial de Pesquisa da Universidade Federal do Pampa, curso de Direito, campus Santana do Livramento. Sob coordenação do Professor Marcelo Mayora Alves, a pesquisa está em andamento e ocorre na região da campanha do Rio Grande do Sul, compreendendo as cidades de Santana do Livramento, Alegrete, Bagé, Dom Pedrito, Itaqui, Lavras do Sul, Quaraí, Rosário do Sul, São Borja, São Gabriel e Uruguaiana. Conta com a participação de 14 pesquisadores da graduação.

Do relato: O projeto especial de pesquisa pretende observar a dinâmica da pandemia da COVID-19 nas prisões da Região da Campanha - Rio Grande do Sul, bem como inventariar a política criminal e penitenciária adotada, as normas editadas, as portarias sanitárias da administração prisional e as decisões judiciais já proferidas acerca do sistema carcerário brasileiro diante da questão.

As condições de superlotação e de insalubridade das prisões no Brasil, no Rio Grande do Sul, e na região em que se encontra a Universidade Federal do Pampa, constituem um enorme risco à saúde e à vida das pessoas privadas de liberdade, diante da pandemia da COVID-19 em curso. Em razão deste quadro, o Ministério da Justiça, a Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul, as administrações das casas prisionais e o Poder Judiciário, vêm tomando medidas legais e administrativas relativas ao problema.

É notório que o único caminho capaz de minimizar os riscos é a produção de um choque de desencarceramento, no mínimo por meio do cumprimento rigoroso, por parte do Poder Judiciário, das sugestões previstas na Recomendação n. 62, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referendadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No entanto, Ministério da Justiça e da Segurança Pública, na gestão recentemente finda e na atual, não apoiou a política de descarcerização proposta pelo CNJ. A atual visão punitivista do Ministério e do Governo Federal em geral pode produzir uma situação catastrófica, na medida em que as Portarias exa-

* Estudante do 10º período do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. anayarafantinelpedroso@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4931636737843628

** Estudante do 9º período do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. juliasleiferalonso@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5003007476742764

Orientador: Marcelo Mayora Alves: docente do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. marceloalves@unipampa.edu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4677068855065531

radas para prevenção do contágio entre os presos, bem como as demais soluções propostas, como a segregação dos presos em contêineres, são absolutamente insuficientes e violadoras dos direitos humanos. Nesta situação, o projeto especial de pesquisa pretende observar e analisar as medidas que os poderes estatais estão tomando quanto à questão carcerária diante da pandemia, com foco na região que se situa a Universidade Federal do Pampa - UNIPAMPA.

Diagnóstico preliminar sobre o encarceramento na Região da Campanha

Inicialmente, foram compilados os dados relativos aos presídios da região, disponibilizados pelo sistema Geopresídios, do Conselho Nacional de Justiça, e pela SUSEPE/RS. O sistema Geopresídios é alimentado pelo juízo responsável pela execução criminal em cada comarca e apresenta informações detalhadas (perfil dos presos, se são provisórios ou definitivos, regime de cumprimento de pena, condições do estabelecimento penal, quantidade de agentes penitenciários, se possuem enfermaria e unidade materno-infantil, etc). No entanto, no Geopresídios constam dados atualizados – do ano de 2020 – de apenas seis das onze cidades da região, o que nos impede de produzir um relatório geral com os elementos detalhados, em razão da disparidade entre as datas das informações prestadas. Já na SUSEPE encontramos apenas o número de presos e o de vagas de cada estabelecimento penitenciário.

Portanto, os dados gerais foram extraídos da SUSEPE. No Geopresídios foram encontradas as especificidades de cada cidade. Em relação ao número geral de presos e de vagas na Região da Campanha, apresenta-se da seguinte maneira:

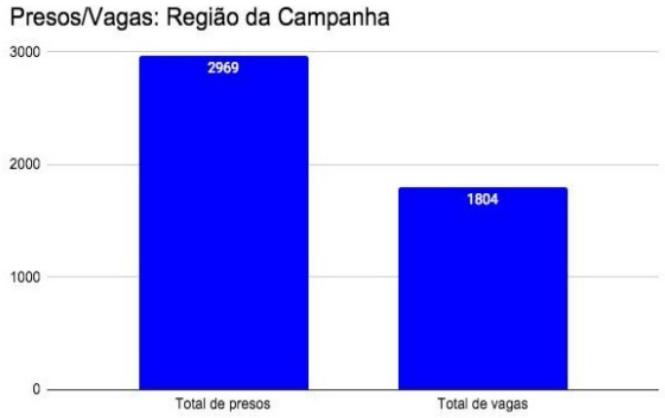


Figura 1: Totalidade de presos e números de vagas que os presídios analisados comportam.
Fonte: SUSEPE/RS

Tabela 1: Déficit de vagas nas unidades prisionais analisadas na pesquisa.

CIDADE	PRESOS	VAGAS	DÉFICIT DE VAGAS
ALEGRETE	170	81	89
BAGÉ	617	336	281
DOM PEDRITO	235	167	68
ITAQUI	159	118	41
LAVRAS DO SUL	50	28	22
QUARAÍ	71	32	39
ROSÁRIO DO SUL	150	88	62
SANTANA DO LIVRAMENTO	235	152	83
SÃO BORJA	386	130	256
SÃO GABRIEL	264	160	104
URUGUAIANA - PENITENCIÁRIA	612	360	252
URUGUAIANA - INSTITUTO PENAL	170	152	18

Fonte: SUSEPE/RS

Possível notar que todas as cidades apresentam déficit de vagas, com destaque para Bagé, São Borja e Uruguaiana. Os juízes responsáveis pela fiscalização dos estabelecimentos prisionais atestaram no sistema Geopresídios que estão "PÉSSIMAS" as condições em Alegrete, Bagé, Itaqui e Rosário do Sul. Em Santana do Livramento, Uruguaiana, Quaraí e São Borja as condições foram consideradas "REGULARES". E em Dom Pedrito, Lavras e São Gabriel foram consideradas "BOAS". E apenas os estabelecimentos de Bagé, Santana do Livramento, São Borja e Uruguaiana possuem enfermaria. Nenhuma possui unidade materno-infantil.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as prisões e a pandemia

Diante da pandemia e da Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, diversos cidadãos presos preventivamente ou cumprindo pena privativa de liberdade postularam a saída da prisão, nas formas da liberdade provisória, da substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas e da concessão de prisão domiciliar. Estes pedidos são realizados inicialmente em primeiro grau, nos juízos do processo em andamento ou da execução da pena. Quando são negados, chegam ao Tribunal de Justiça, principalmente pela via do Habeas Corpus.

Portanto, a imperativa diminuição da população e da superlotação carcerária depende, em grande parte, da atuação do Poder Judiciário. Em razão deste fato, está sendo analisado a atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no contexto da pandemia nas prisões e aqui constam alguns resultados preliminares.

A coleta dos julgados ocorreu no dia 06 de maio de 2020, a partir da expressão "coronavírus". Foi delimitado recortar apenas os Habeas Corpus Criminais, motivo pelo qual foi excluído do corpus documental os Agravos Regimentais em Matéria Criminal, os Habeas Corpus cíveis (prisão civil por dívida de alimentos) e os recursos relativos a medidas socioeducativas. Assim, foi possível a compilação de um universo de 231 decisões, tomadas entre os dias 24 de março e 05 de maio de 2020. A maior parte das decisões é colegiada, mas algumas são monocráticas, nos casos em que os Habeas Corpus não foram conhecidos por razões de ordem formal. O material empírico é extenso e permite diversas abordagens quantitativas e qualitativas. Neste trabalho, apresentamos os primeiros resultados.

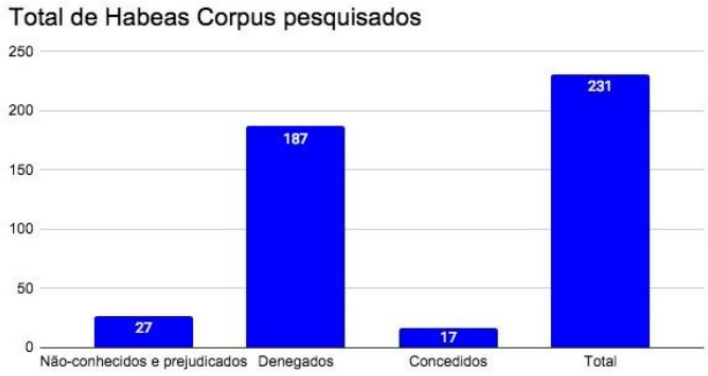


Figura 2: Totalidade de Habeas Corpus pesquisados e o número total de Habeas Corpus Concedidos, Denegados e Não-conhecidos e assim prejudicados

Também foram divididos os casos por crimes, e foi adotada a classificação do próprio TJRS, disposta no campo "Assunto CNJ", mas excluídos as referências às qualificadoras e majorantes. Além disso, foi unificado os delitos de furto, receptação, estelionato e adulteração de sinal de veículo automotor na categoria "crimes patrimoniais não-violentos"; os delitos de estupro, atentado violento ao pudor e estupro de vulnerável na categoria "crimes contra a liberdade sexual"; na categoria "violência doméstica", além da lesão corporal, também foi incluso delitos de ameaça, cometidos no contexto da violência doméstica. Por fim, consideramos apenas o delito principal, sem referência a concurso de crimes.

Em uma primeira análise é interessante ressaltar que há dados muito semelhantes aos relativos ao encarceramento no Brasil, com a maioria de casos referentes aos crimes de tráfico, roubo, homicídio e furto. É sabido que os delitos de colarinho branco, praticados pela elite e pela alta classe média, em geral são da competência da Justiça Federal, mas de qualquer forma vale frisar a completa ausência deste tipo de crime dentre os julgados analisados. O segundo dado a comentar refere-se à preponderância dos casos de tráfico de drogas, cuja quantidade é maior que o dobro do segundo e do terceiro crimes com mais pedidos, homicídio e roubo, respectivamente. E o que salta aos olhos é a pequeníssima parcela de concessões de Habeas Corpus nos casos de tráfico: apenas 4,76% de concessões, índice menor do que o relativo ao delito de roubo, ao dos crimes contra a liberdade sexual e muito menor do que o relativo aos crimes patrimoniais não-violentos.

Os resultados parciais supracitados, obtidos através de pesquisas jurisprudenciais, de acesso às informações fornecidas pelos órgãos responsáveis, SUSEPE e CNJ, bem como por entrevistas com estudiosos, servidores públicos e leitura de livros, estão sendo divulgados através de boletins informativos. Considera-se esta a maneira mais célere para acompanhar a velocidade com que as pesquisas são realizadas, buscando entregar à sociedade a produção de conhecimento de forma clara, coesa e de qualidade, conforme o ritmo das situações a serem enfrentadas pelo sistema carcerário no decorrer da crise pandêmica. Pretende-se ainda, através do desmembramento das inúmeras questões que estão sendo abordadas no projeto, desenvolver artigos científicos com maior profundidade de algumas temáticas, conforme o interesse dos pesquisadores.

Os boletins informativos levam o nome "Desgarrado" pois assim caracterizam-se as gaúchas e os gaúchos que vivem às margens da sociedade, em situação de extrema pobreza, descritos na canção homônima de Mário Barbará e no retrato sociológico investigado e descrito pelo escritor Cyro Martins, através da trilogia do "gaúcho a pé". Os desgarrados dos dias atuais, completam a árvore genealógica do "gaúcho a pé", "fazendo biscates, pelos mercados, pelas esquinas, carregando lixos, vendendo revistas e juntando baganas" quando não fazem parte do sistema prisional fronteiriço.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais GEOPRESÍDIOS*. Disponivel em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 03 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, r*esolução n° 62 de 17 de março de 2020*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2020.

MARTINS, Cyro; AGUIAR, Flávio. *Trilogia do gaúcho a pé: Porteira fechada*. Território das Artes, 2008.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS, *Presídios - Delegacias Penitenciárias*. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=7>. Acesso em: 03 mai. 2020.

CARTOGRAFIA JURÍDICA: ANÁLISE DAS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULARAM A ESCRAVIZAÇÃO DE PESSOAS NEGRAS NOS PERÍODOS COLONIAL E IMPERIAL BRASILEIROS

Ana Karoline Pereira de Sousa*

A pesquisa desenvolvida pelo projeto inquieta-se em saber como as normas jurídicas regularam as relações sociais que envolviam a prática da escravização de africanos no território brasileiro no período colonial e imperial.

O entendimento da formação do direito no Brasil, nos primórdios da ocupação portuguesa e após a formação do insipiente império brasileiro, é essencial para compreender a estrutura das relações sociais na atualidade, bem como a relação das normas jurídicas como produto e produtor da dinâmica cultural. Há nuanças das relações sociais que precisam ser investigadas para além daquilo que oficialmente ficou documentada, como pode-se verificar nos estudos de Slenes (2011) sobre as relações familiares, instituição essencial para a sobrevivência dos escravizados e, ao mesmo tempo, auxílio indispensável para o domínio dos senhores.

Ao tratar especificamente da escravização no território brasileiro, especialmente de africanos, o projeto concentra-se no modelo de produção econômico fundante das relações sociais do Estado-nação. O modo de escravidão praticado no território brasileiro era diferente das outras formas praticadas pelos próprios portugueses, segundo Fonseca (2014), antes baseada no domínio territorial, assume uma feição predominantemente econômica.

É possível, com tal investigação, lançar luz sobre o passado histórico-jurídico do Brasil, recolocando o estudo do direito em um contexto mais amplo, o que permite uma visão mais abrangente e totalizante dos fenômenos jurídicos, tais como o status jurídico que envolvia os negros escravizados ou não no território brasileiro. Segundo Quijano (2014), o colonialismo europeu na América teve um elemento racista-econômico característico do mercantilismo da época, o que serviu de fundamento para produção das normas jurídicas internacionais de estrutura e controle do trabalho.

* Graduanda em Direito; 4º Semestre; Universidade Regional do Cariri – URCA; Bolsista pelo PIBIC FUNCAP no projeto de pesquisa "CARTOGRAFIA JURÍDICA: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras no período colonial e imperial brasileiros"; karolsousa2220@gmail.com; http://lattes.cnpq.br/1601743135306851

Orientador: Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva: Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB; Professor Auxiliar do Departamento de Direito; Universidade Regional do Cariri – URCA; Orientador do trabalho e do projeto de pesquisa "Cartografia Jurídica: análise das normas jurídicas que regularam a escravização de pessoas negras nos períodos colonial e imperial brasileiros"; cristovao.teixeira@urca.br; http://lattes.cnpq.br/3792000060961001

A escravização de pessoas, na atualidade, é prática violadora da mais elementar dignidade que se atribua ao ser humano, do ponto de vista da defesa dos direitos humanos, violação universal da condição básica e natural de liberdade e existência. Conforme Campello (2018), a grande característica do direito produzido e aplicado no período colonial e imperial era a exclusão dos escravizados de qualquer noção de cidadania, sem paralelo com as normas aplicadas aos estrangeiros ou aos apátridas. Isso ressalta a importância do projeto aqui proposto, por imbricar-se nos rizomas submersos pelas normas formais.

Ao tomar a escravização como prática de formação da sociedade brasileira, o fenômeno ganha novo contexto, pois é capaz de revelar de onde viemos e qual o rumo que hoje se constrói, especialmente se tomarmos a centralidade que as normas jurídicas têm ganhado na sociedade moderna, da qual a brasileira é fruto. Pesquisas sociológicas, como as de Jesse Souza (2017), ou historiográficas, como as de Laurentino Gomes (2019), revelam a necessidade de se criar o liame que remonte à construção histórica brasileira sem linearidades. As pesquisas jurídicas precisam, pois, complexificar o objeto investigado, assumindo outra perspectiva, para além da reprodução e interpretação literal de textos jurídicos, como fica claro em Wolkmer (2015).

Duas questões daí mostram-se evidentes: primeiro, o aspecto paradoxal do direito, pois as práticas concretas de violação de dignidade da pessoa humana tiveram, e ainda hoje têm, amparo em normas jurídicas, centrais no exercício do poder social a partir, pelo menos, do surgimento do Estado moderno, período que coincide com a ocupação do território brasileiro pelos portugueses e sua posterior sociabilidade; segundo, o processo de formação do direito nacional é fruto das transformações culturais no exercício do poder social, sendo, pois, indispensável analisar as práticas pretéritas juridicamente possíveis para compreender a estrutura das normas jurídicas na atualidade, por mais distância que aparentem uma das outras do ponto de vista dos paradigmas éticos que as legitimam.

Esses conflitos sistêmicos, sempre sazonais e cíclicos, têm uma ligação com a ideia atual de cidadania, construção moderna dos direitos humanos e da teoria política contemporânea, que parte da noção de participação e pertencimento para sustentar a ligação social do grupo político (COVRE, 1993; MARTINS, 2000). Merece atenção dos pesquisadores jurídicos esses paradoxos, os quais revelam os limites das normas jurídicas, sua intersecção com os demais componentes de poder social e a possibilidade de convivência entre normas de caráter liberal com outras que negam esse direito para parcela significativa da sociedade.

Elaborar um mapeamento, com análise crítica, das normas jurídicas que legalizaram a prática da escravidão areja as pesquisas acadêmicas, especialmente no campo do direito. O projeto cumpre o papel de desvelar as relações jurídicas, com o rigor acadêmico necessário à construção de conhecimento socialmente relevante. De outro modo, o problema posto "como as normas jurídicas regularam as relações sociais que envolviam a prática da escravização no território brasileiro, durante o período colonial e imperial? ", poderia ser formulada de outro modo, mas como sentido: como as normas jurídicas no período colonial e imperial brasileiros legitimaram a negação da cidadania – a escravidão? Na perspectiva de Santos e Martins (2017) ao tratarem da cidadania da comunidade negra no Brasil durante o período da escravi-

dão.

O projeto, que conta, atualmente, com 13 integrantes, dos quais uma é bolsista, será realizado por meio de uma pesquisa descritiva, pois tem uma natureza de investigação para descrição das normas jurídicas que legitimaram a escravidão no Brasil. Mas não se resume apenas à exposição sem análise do direito, tenta criar elos de ligação com os modelos sociais vigentes à época, no intuito de estabelecer alguma relação entre os valores culturais e a produção legal, aproximando-se de uma pesquisa explicativa (GIL, 2002).

Isso será feito por meio de uma abordagem qualitativa, tendo em vista que após escolher o fenômeno da escravidão como objeto de estudo, irá analisá-lo o seu contexto em vários vieses, produzindo uma interpretação dos dados encontrados na legislação da época investigada, significando as práticas a partir do contexto social. Assim, parte-se da ideia de que os fenômenos sociais só podem ser compreendidos se a investigação tomar o seu contexto como elemento central, aproxima-se, pois, do método hermenêutico de abordagem da comunicação humana. Nessa pesquisa, o ponto inicial é a noção de que as normas jurídicas sobre a escravização no Brasil são produtos de um contexto cultural específico e que deixou marcas nas relações posteriores (LAMY, 2011).

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva das relações socio jurídicas que envolviam a prática da escravidão no território brasileiro, o que será feito por meio de uma ampla revisão bibliográfica e documental, no interesse de entender como tais fenômenos sociais são retratados na literatura e na legislação, para ao final produzir uma análise da prático no contexto social da época e fazer inferências sobre a sua relação com a produção jurídica e social da atualidade (GIL, 2002; LAMY, 2011).

Por meio do projeto que agora se apresenta, o qual desenvolverá uma análise multidisciplinar sobre o fenômeno da escravidão no Brasil, será ampliada a participação dos estudantes do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri - URCA na pesquisa acadêmica, fomentando a formação de um corpo de estudantes-pesquisadores, ampliando a dinâmica das atividades acadêmicas para além do ensino, permitindo a produção de conhecimento que possa contribuir para a formação dos alunos envolvidos.

Com a pesquisa os alunos estarão mais preparados para a atividade profissional, pois terão uma perspectiva jurídica na qual as normas são vistas como produtos de interação cultural e não dados da razão abstrata. Da mesma forma, o professor envolvido desenvolverá atividades profissionais de impacto social, contribuindo para a reflexão das relações sociais e jurídicas e seu melhoramento.

Por tratar-se de pesquisa que tem como pano de fundo a formação da cidadania brasileira, a proteção e ampliação dos direitos humanos estarão fortalecidas, pois o conhecimento produzido e adquirido promoverá uma reflexão consistente sobre as práticas sociais e as produções do direito. Dessa forma, a URCA, como instituição pública de ensino gratuito e de qualidade, terá fortalecido o seu papel de produção de conhecimento relevante, de forma crítica, cumprindo, assim, o seu papel de formar juristas que sejam capazes de pensar a realidade em perspectiva, para além da repro-

dução do direito positivado.

A pesquisa permitirá a interlocução do curso de direito com outros conhecimentos, promovendo a interdisciplinaridade dentro da instituição, com a história e as ciências sociais, especialmente. Em desdobramento futuro, produzirá um olhar atento para as relações sociais locais, abrindo espaços para pesquisas jurídicas sobre as relações de poder na Comarca de Crato, por meio de revisão dos documentos jurídicos – leis e decisões administrativas e judiciais – dos séculos XVIII e XIX, que digam respeito às relações escravocratas nessa região praticadas. Com isso, a URCA, por meio do curso de direito, auxiliará a região no entendimento da sua história e formação social, fortalecendo o vínculo com a sociedade civil e as demais instituições oficiais.

O trabalho almeja propiciar, portanto, um debate mais aberto e crítico sobre o direito positivado, tendo em vista que ele foi permissor da prática escravocrata por mais de três séculos, com o propósito de o espaço acadêmico da Universidade Regional do Cariri – URCA- levar informações pertinentes para o corpo social e para a comunidade, a fim de que eles possam entender quais elementos do cotidiano são resquícios da escravização de pessoas negras, ampliando, portanto, o repertório sociocultural para compreender como o racismo estrutural e a escravidão moderna se fundamentam, por exemplo, e o que pode ser feito para evitá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPELLO, André Barreto. *Manual jurídico da escravidão:* Império do Brasil. Jundiaí, SP: Paco, 2018.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *O que é cidadania.* 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

FONSECA, Jorge. A historiografia sobre os escravos em Portugal. In: *Cultura:* Revista de História e teoria das ideias [Online], Vol. 33, 2014. Disponível em: https://journals.openedition.org/cultura/2422. Acesso em: 24 fev. 2020.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Laurentino. *Escravidão:* do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. Volume I. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

QUIJANO, Aníbal *Cuestiones y horizontes:* de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Selección a cargo de Danilo Assis Clímaco; con prólogo de Danilo Assis Clímaco. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2014.

LAMY, Marcelo. *Metodologia da pesquisa jurídica técnicas de investigação, argumentação e redação.* São Paulo: Elsevier, 2011.

MARTINS, Marcos Francisco. *Ensino técnico e globalização:* cidadania ou submissão? Campinas-SP: Autores Associados, 2000.

SANTOS, Ademir Barros dos; MARTINS, Marcos Francisco. *Apontamentos sóciohistóricos sobre aspectos legais da cidadania da comunidade negra.* 2017. Disponível em: < http://www.pordentrodaafrica.com/cultura/pesquisa-aspectos-legais-dacidadania--dacomunidade-negra>. Acesso em: 24 fev. 2020.

SLENES, Robert Wayne. *Na senzala, uma flor – esperanças e recordações na formação da família escrava:* Brasil Sudeste, século XIX. 2ª ed. corrigida. Campinas: Editora da Unicamp, 2011.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso:* da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito No Brasil.* 9. ed. São Paulo: Forense, 2015.

DIREITO EM AÇÃO: ANÁLISE DE UM CASO TRABALHISTA, SOB A ÓTICA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira*

1. DO PROJETO DE PESQUISA

A presente pesquisa compreende a observação e análise de um processo trabalhista, que foi realizado a partir de um estágio em um escritório de advocacia e acompanhado de seu início ao fim, ou seja, desde o primeiro atendimento ao cliente até à audiência conciliatória. A primeira parte deste trabalho refere-se a uma descrição da observação do caso e a segunda, a uma análise sob a ótica da Sociologia do Direito.

2. DA OBSERVAÇÃO DO CASO

Para fins de privacidade, chamaremos aqui o autor de Carlos. Este chegou ao escritório de advocacia em agosto de 2019 com uma demanda: havia sido demitido sem justa causa de seu emprego, no qual permaneceu por 5 anos, e sem ter recebido nenhum provento além do valor proporcional do seu salário correspondente à última quinzena de trabalho. Seus principais questionamentos eram em relação aos direitos que ele poderia incorrer, visto que sua carteira de trabalho nunca fora assinada e, também, sobre o trâmite processual. Após uma tentativa frustrada de acordo extrajudicial com o ex-empregador, deu-se início ao processo. Em um segundo encontro foi formalizado o contrato de prestação de serviços e assinados os documentos de procuração e a declaração de hipossuficiência, assim como entregues documentos pessoais e outros, a fim sustentar o vínculo empregatício e o pedido judicial.

A petição inicial, da qual fui responsável por compor, sob a orientação do advogado, levou cerca de 20 dias para ser formulada e protocolada, visto a complexidade dos cálculos a serem realizados e consistiu nas seguintes etapas: (i) realizar o relato do caso; (ii) conferir a legislação trabalhista geral e a específica da categoria, no caso as convenções coletivas de trabalho dos trabalhadores rurais de Santa Catarina; (iii) fazer o levantamento e cálculo das verbas rescisórias; (iv) verificar sobre as regras da insalubridade; (v) buscar demais elementos de comprovação do vínculo trabalhista, tais como a pesquisa de imagens em redes sociais, sites e trocas de mensagens de texto com seu superior; (vi) pesquisar jurisprudências relacionadas ao caso e (vii) protocolar a petição inicial.

* Acadêmica da 3ª fase do curso de Direito-UFSC. E-mail: franrupolo@gmail.com.

O presente texto é resultado de um trabalho de pesquisa de campo, realizado na disciplina de Sociologia do Direito, ministrada pela Profª. Dra. Luana Renostro Heinen, em 2019-2, na UFSC.

Cerca de 40 dias após ter sido dada a entrada do processo no sistema do Tribunal da Justiça do Trabalho, foi realizada a audiência conciliatória inaugural, no Fórum Trabalhista de Florianópolis. O prédio possui 14 pavimentos, sendo que dois deles são destinados à espera de público e salas de audiências. A mesma ocorreu no terceiro andar, no qual fica o Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas - CEJUSC-JT.

Quando cheguei ao local o advogado e o autor já estavam na sala de espera aguardando serem chamados. O réu, um sujeito bastante humilde e com vestes simples, acompanhado de seus pais, de idade avançada, donos da propriedade rural, bem como o advogado, já estavam presentes, em outra parte da sala, separada por divisórias de vidro. Passados alguns minutos, foi anunciada a entrada na sala de sessões. Todos se acomodaram em uma mesa redonda, com capacidade para 8 pessoas. A sala era ampla e no mesmo local havia cerca de 20 mesas. Várias conciliações estavam ocorrendo simultaneamente e o barulho dificultava a conversa. Uma secretária de audiências sentou-se para acompanhar e intermediar as discussões. Chamou-me bastante atenção a figura do juiz, que circulava dentre as mesas e cumprimentava a todos, um a um, observava a questão com extremo profissionalismo de ambas as partes e após justificava seu posicionamento, de forma muito empática.

Em relação ao acordo, o pedido inicial requeria o direito a um montante correspondente a 50 vezes o valor do último salário do autor. A parte ré, porém, de início ofertou a quantia correspondente a 10 vezes do salário. Por ter sido rejeitada, a negociação prosseguiu. Em determinado momento o autor exaltou-se e foi chamado para falar em particular com o advogado. Ao fim, ambas as partes acordaram pelo pagamento do valor correspondente a 20 vezes o valor do último salário do autor, acrescido da responsabilidade da parte ré em assinar a carteira de trabalho e, consequentemente, de pagar todas as parcelas em atraso referentes ao FGTS, de forma que o autor pudesse resgatar o seguro desemprego.

Chegado ao acordo, direcionamo-nos a outro ambiente, no mesmo andar, onde seria feita a ata da audiência. Nessa constou todas as informações, obrigações acordadas a serem cumpridas pelo ex-empregador, assim como a discriminação da forma de pagamento. Também foi feito o registro da CTPS, da qual fui responsável por preencher, com os dados do empregador, salário, código CBO - Classificação Brasileira de Ocupações e modalidade de dispensa (sem justa causa). Inclusive era o primeiro registro empregatício da carteira de trabalho do autor, pelo fato de que seu único emprego anterior havia sido na esfera pública. Findada a audiência e, portanto, o processo, um último contato precisou ser realizado para a parte ré, dias após, pois o autor, ao dar entrada no seguro-desemprego, não conseguiu que fossem liberadas as cinco parcelas de que tinha direito, pelo fato da parte ré ser pessoa física, tendo, portanto, conseguido resgatar apenas 3 parcelas de um salário mínimo. Portanto, essa diferença foi acordada em momento posterior, de forma extrajudicial.

3. DA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Carlos, que possui cerca de 30 anos de idade, começou a trabalhar em março de 2014 como agricultor em uma pequena propriedade rural familiar de cultivo de alimentos orgânicos. Seu expediente era de 8 horas diárias, das 8h às 18h, com duas horas de intervalo para almoço. Com o tempo, passou a agregar outras funções além daquela a que havia sido contratado, passou a realizar atividades comerciais, tais como a de atendimento a clientes, e venda e entrega de cestas orgânicas; atividades relacionadas a marketing digital: gerenciava as redes sociais da propriedade, essas em horário posterior ao seu expediente, o que lhe consumia cerca de 3 horas semanais; e também atividades de educador ambiental, por ter formação na área de geografia: geralmente aos finais de semana eram promovidos cursos e agendadas visitas guiadas, para grupos escolares ou visitantes em geral, a fim de vivenciarem uma experiência da vida rural. Carlos nunca teve sua carteira de trabalho assinada, trabalhou em todos os feriados que caíram em dias de semana durante todo período de trabalho e não desfrutava de férias remuneradas, tampouco recebeu gratificações natalinas no período. As horas extras começaram a ser frequentes e o mesmo, igualmente, não recebia a mais por elas. Passados cinco anos e três meses desde a data de início de sua atividade laboral, foi demitido, sem justa causa e aviso prévio. Embora sua relação de trabalho fosse informal, exercia atividade constante e subordinada, o que caracteriza a relação trabalhista.

A demissão foi um grande choque para Carlos, pois se via, segundo ele, como parte do negócio, uma espécie de parceiro, pois desde o início ajudou a construir várias das atividades relacionadas ao impulso comercial da propriedade. Sua conduta era motivada pelo amor ao trabalho e também pela expectativa que nutria, de um dia poder ter maior participação nos rendimentos ou formalizar certa sociedade, pois todas as conversas entre patrão e ele sempre eram direcionadas a essa ideia, mesmo que de forma subjetiva.

O estudo da sociologia, conforme Sarandy (2002), nos proporciona a compreensão de que o indivíduo é condicionado pelo contexto ao qual está inserido, seus valores e crenças são aprendidos na socialização, precedentes da ação humana e sendo assim, as relações sociais são condicionadas às pressões exteriores, pela hierarquia e por uma estrutura social de dominação. Compreender essa ciência aplicada ao direito permite compreender a própria sociedade e indivíduo enquanto agentes que interagem sob normas de direito e conduta social, colaborando na mediação de conflitos e da própria interpretação da realidade social.

Em um primeiro momento, podemos relacionar a situação de Carlos com a Teoria da Exploração de Trabalho e conceito de Mais-valia de Marx. Este oferta sua força de trabalho, em uma relação de igualdade formal, porém não percebe que está sendo explorado. Todas as horas extras trabalhadas e atividades que vai acumulando para si e que não são remuneradas representam o lucro excedente do empregador ou, a mais valia. Ou seja, toda a diferença entre o valor produzido pelo seu trabalho e o salário pago de fato. O aumento do tempo de trabalho e o uso das tecnologias para aumentar a produtividade, ampliam a mais-valia absoluta e relativa ao mesmo tempo, desencadeando no maior faturamento dos donos dos meios de produção, bem como

numa maior exploração dos proletários.

O caso analisado também remete ao texto Os despossuídos, de Marx, pela questão dos cercamentos, cujo conflito girava em torno do direito sobre o uso da terra. Ainda sobre as relações sobre o uso da terra e força de trabalho, citam-se as leituras de Polanyi acerca das mercadorias fictícias. Conforme o autor,

> "esse sistema de mercado surgiu no século XIX, com a Revolução Industrial, quando foram mercantilizados a terra (outro nome para a natureza), a mão-de-obra (outro nome para o homem) e o dinheiro (com o estabelecimento do padrão-ouro e a retirada da cunhagem da moeda das mãos do governo) que não são mercadorias, mas se tornam mercadorias fictícias: "É claro que eles não eram mercadorias de fato, pois ou não haviam sido produzidos (como a terra) ou, se haviam (como o trabalho) não visavam à venda. Essa ficção mercantil colocou o homem e a natureza sob o domínio do mercado que era movido por suas próprias leis, o que, para Polanyi (2012, p. 54-55) deturpou a própria compreensão do homem de si mesmo. Somente as motivações materiais passaram a ser vistas como reais e a sociedade passou a ser tida como determinada pelo sistema econômico."(POLANYI *apud* HEINEN, 2016, p. 130-131).

Importante destacar aqui também a abordagem de Sennett (2003), no tocante das relações flexíveis de trabalho do capitalismo moderno e como essa nova dinamicidade contribui para a construção do caráter e ética dos indivíduos, e sobre a questão de adequar-se a relações cada vez mais fluidas e de curto prazo. Conforme Sennett (2003, p.25), "as redes institucionais modernas se caracterizam pela força de laços fracos". O autor afirma ainda que a dominação baseada no flexi-tempo reproduz a alienação do trabalhador descrita por Karl Marx. Além disso, a substituição do modelo de hierarquia piramidal, onde o chefe é bem reconhecível, pelo modelo de teias, leva o trabalhador a crer que possui maior autonomia, acentuando ainda mais a falta de consciência de classe.

Por fim, outro autor que fiz relação ao caso é Bourdieu e sua abordagem do campo do direito, no qual o autor explora, de um lado, a lógica específica desse campo assim como suas práticas e discursos e de outro, de que modo e medida essa campo traduz a dominação vigente na sociedade de forma mais ampla, apresentando como objeto de disputa, o capital jurídico. Segundo ainda o autor,

> "O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que têm em comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo" (BOURDIEU *apud* SILVA & RODRIGUEZ, 2013, p. 83).

Essa relação foi possível observar, principalmente, na audiência acompanhada, seja através das vestimentas das pessoas no local, as posturas pelos profissionais de direito e procedimentos que conduziram a mesma. A relação de domínio do capital jurídico pôde ser percebido, por exemplo, nas feições das partes ré (ex-patrão e seus pais), que pareciam temer serem processados, sendo que a natureza da audiência favorecia a uma conciliação.

4. CONCLUSÃO

A relação do estudo direcionado ao caso vivenciado na prática foi uma atividade muito enriquecedora, visto que foi o primeiro processo trabalhista de que tive contato e a primeira petição da qual redigi, de forma mais autônoma. O pedido para acompanhar a audiência no Fórum e conhecer como funciona na prática também se deu exclusivamente por ocasião dessa pesquisa. Dentre os aprendizados, além do conhecimento do trâmite trabalhista, cito a análise de elementos sob a ótica da sociologia e seus reflexos na atividade jurídica, o que propiciou, sem dúvidas, uma visão mais ampla e empática da realidade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HEINEN, Luana Renostro. Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

MARX, Karl. O processo de produção do capital. In: MARX, Karl. *O Capital:* crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 97-166.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Biblioteca. Sociologia: uma apresentação pouco convencional. 2002. Disponível em: http://www.ufrgs.br/laviecs/biblioteca/arquivos/sociologia_uma_apresentacao_pouco_conven
cional.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

SENNETT, Richard. A corrosão do caráter. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2003.

LITERAR: GRUPO DE ESTUDOS EM DIREITO E LITERATURA E EXPOSIÇÃO ARTÍSTICA VIRTUAL "DISTOPIAS DE HOJE - 1984"

Rafael Caus Smentkoski*
Sacha Danielski da Silva**

1. INTRODUÇÃO

O LITERAR - Grupo de Estudos em Direito e Literatura é uma atividade de extensão que se realiza por meio de encontros de discussão de obras literárias e teve sua primeira edição em 2019. Em 2020, o Grupo propôs ler obras literárias distópicas que pudessem auxiliar a refletir sobre o presente. Foram selecionadas as obras: "1984" de George Orwell (2020-1) e "Fahrenheit 451" de Ray Bradbury (2020-2). Escolhidas porque remetem a temas muito presentes: autoritarismo, vigilância, controle de vidas e do pensamento, negação da ciência, reescrita da história, manipulação da opinião pública, banimento de livros e autores, obscurantismo e queima de livros. Além da leitura, os participantes foram instigados a selecionar trechos das obras e relacioná-los com notícias e matérias jornalísticas. A partir dos trechos e notícias selecionados seria realizada uma exposição. Tendo em vista a Pandemia do Coronavírus que impossibilitou as atividades presencialmente, tanto o grupo de estudos quanto a exposição foram realizados de forma virtual, o primeiro por meio de plataformas virtuais como o Google Meet e a segunda nas redes sociais (Instagram e Facebook) do LITERAR. A exposição, construída coletivamente pelos participantes da 2ª edição do Literar, foi publicada entre os meses de junho e julho de 2020 e permanentemente poderá ser visualizada nas redes. O Grupo de estudos contou com 32 participantes, já para a execução do projeto da exposição, foram 16 colaboradores. Ainda, para a realização das atividades, contou com apoio de uma bolsa da Secretaria de Cultura e Arte da Universidade Federal de Santa Catarina (Edital 009/2019 – Bolsa Cultura 2020 da SECARTE da UFSC).

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do Grupo Ius commune e fundador do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura. caus.smentkoski@gmail.com
** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista e fundadora do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura. sacha.sjb@hotmail.com

Coordenadora do Projeto Literar: Dra. Luana Renostro Heinen. Professora da Universidade Federal de Santa Catarina. luana.heinen@ufsc.br



Figura 1: Arte da publicação de abertura

2. SOBRE O GRUPO

O LITERAR - Grupo de Estudos em Direito e Literatura é uma atividade de extensão fundada pela iniciativa dos estudantes de Graduação em Direito (Sacha Danielski da Silva e Rafael Caus Smentkoski) e coordenada pela Profa. Luana Renostro Heinen, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. O grupo é voltado para os estudos no campo do Direito e Literatura e pretende incentivar um espaço crítico de debate e pesquisa, construindo conhecimento por meio do estudo interdisciplinar de obras fundamentais ao entendimento humanístico das questões jurídicas atuais.

3. O PROJETO

A Exposição Artística foi o resultado de uma jornada de construção de conhecimento e crítica à realidade circundante, realizada em três etapas distintas: reuniões de debate da obra literária selecionada; oficina de montagem artística e construção textual; e, por fim, as publicações da exposição on-line.

Entre os meses de abril e março de 2020 o Literar realizou reuniões on-line em que foi exposto e debatido o livro "1984" de George Orwell. O grupo, que é muito recente e tem buscado se consolidar a cada novo projeto, teve a alegria e a satisfação de contar com a participação de estudantes de vários lugares do país. Ao todo, foram feitos quatro encontros tratando das narrativas distópicas, do livro e, é claro, dos paralelos possíveis com a realidade atual. A Pandemia ascendeu ainda mais os debates sobre vigilância, controle da realidade, *fake news* etc, tornando-o, assim, mais interes-

sante e, ao mesmo tempo, necessário. Com isso, as reuniões foram bem dinâmicas, contando com a participação de membros de diferentes instituições de ensino e com diferentes níveis de formação, o que gerou um intercâmbio muito rico de experiências e pontos de vista diferentes em torno da mesma temática, levando a apontamentos de extrema importância para a construção do diálogo e, consequentemente, do conhecimento.

O encerramento dos encontros foi marcado com a organização da a "Oficina Vejo o Trecho em Direito e Literatura", que visava o estímulo à produção textual, científica e crítica, bem como sensibilidade artística através de montagens virtuais. Os participantes da oficina selecionaram trechos do livro "1984" e notícias jornalísticas da atualidade que se relacionavam com ele. Foi feita uma seleção prévia das relações mais impactantes entre a obra 1984 e o presente distópico - o que se manifestava principalmente no autoritarismo, na distopia e na realidade. Logo após, foi feita uma reunião on-line para ouvir ideias e dar encaminhamentos: os participantes foram instigados a elaborar um texto explicando o contexto do trecho na obra literária e sua relação com a notícia selecionada, além de apresentar uma imagem que pudesse ilustrar a relação. A partir da imagem e dos trechos selecionados, o grupo organizador construiu uma montagem a partir de um modelo em que aparecia a imagem ao fundo, com o trecho e a notícia em uma espécie de "papel colado" (vide figura 1). A montagem foi feita utilizando-se do programa Canva. A Oficina culminou na exposição dos trabalhos na realização da exposição artística virtual, "Distopia de Hoje - 1984".

Importante salientar que a exposição é fruto do esforço e do trabalho conjunto e da construção coletiva de todos os que participaram e produziram os textos. A construção do Projeto contou com a coordenação da Professora Luana Renostro Heinen, incentivadora do projeto, que conjuntamente com a graduanda organizadora da exposição, Sacha Danielski da Silva, fizeram a curadoria e seleção das montagens e produções textuais. Ainda sobre a construção do projeto, foi montado um grupo composto pelos alunos da graduação Flávia Martina Petronilio, Joana Carvalho Gutierrez, Letícia Schröter Brognoli, Luna Rocha Dantas e Rafael Caus Smentkoski, para fazer e organizar as artes, reunindo-se uma vez por semana, enquanto estava sendo publicada a exposição. Nesses encontros conversava-se sobre cada uma das artes que iriam ser publicadas na semana seguinte. Para buscar uma estética agradável, principalmente levando em conta o feed do Instagram, foi decidido que de três artes, uma seria colorida. A imagem colorida ficaria no meio de duas em preto e branco.

Com esse planejamento, as artes, juntamente com os textos, foram publicadas no Instagram e no Facebook do Literar: no Instagram foram publicados o trecho do livro + a notícia, enquanto no Facebook foi publicado o texto mais longo (que explicava a relação e a desenvolvia) - ambas publicações estavam acompanhadas das montagens artísticas.

A graduanda Joana Carvalho (Graduanda de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura), contou sobre a sua experiência nas reuniões e na exposição do grupo, ressaltando a importância do tema e da atividade, principalmente em tempos de isolamento social: "Em um momento tão difícil como este que estamos vivendo, em que nos é exigido

isolamento social, os encontros do Literar para discutir o livro 1984, de George Orwell, e a posterior exposição virtual foram muito importantes para me manter ativa e, até mesmo, acolhida. Nos nossos encontros, discutíamos a obra conforme avançávamos na leitura e era inevitável fazer comparações com a atualidade. A exposição foi o momento de colocar em prática o que havíamos discutido, de maneira a aguçar nosso senso crítico e instigar nossas habilidades de escrita criativa. A experiência foi incrível e eu não trocaria por nada! Cada dia mais, percebo a importância do Literar para o nosso curso de Direito."

4. OBJETIVOS

Com a Exposição Artística Virtual, o grupo teve como propósito incentivar a produção crítica e acadêmica, tanto escrita quanto artística dos participantes e levantar reflexões acerca da situação atual do país e do mundo. Possibilitando uma conexão interdisciplinar, construindo um pensamento crítico em relação à política e ao sistema normativo, a partir da arte da leitura, interpretação e escrita literária. Como aponta Leilane Grubba (2011, p. 5), "as grandes obras de arte não nos permitem uma fuga da realidade, mas pelo contrário, levam-nos a nos situarmos na própria realidade para procedermos à sua análise crítica".

Além disso, buscou-se maior engajamento do público alvo, sendo que a exposição ocorreu por meios de mídias digitais já consolidadas e frequentemente utilizadas. Após todo o trabalho de leitura da obra, debate nos encontros, seleção dos trechos e das notícias, produção textual, curadoria, revisão, montagem das artes, a cada publicação, a cada reação e comentário, o Grupo ficou mais encantado e satisfeito com o resultado. Contando com textos que evidenciam aspectos da realidade que, quando postos lado a lado ao descrito em narrativas distópicas, põe o gênero literário à prova, se realmente se trata de uma distopia ou se, em verdade, trata-se de um romance realista. De forma a perpetuar essa construção coletiva frente a efemeridade das redes sociais, a exposição "Distopias de Hoje - 1984" se tornará uma publicação, estamos atualmente avaliando se publicaremos através do mercado editorial, mas de toda forma, ainda temos a opção de publicá-la no formato e-book.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após quatro reuniões riquíssimas em conteúdo, que resultou na exposição "Distopias de Hoje - 1984", pode-se observar a importância do projeto para o debate da realidade e da política atual brasileira. A situação de isolamento não nos permitiu que os trabalhos fossem presenciais. Contudo, as mídias sociais mostraram-se aliadas nesse processo. A chance de fazer o projeto acontecer por meio remoto proporcionou a oportunidade incrível de produzir conhecimento com pessoas de diferentes regiões do Brasil, de diferentes níveis acadêmicos e que contribuíram de forma fundamental para a construção da Exposição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Joana. [projeto Literar]. WhatsApp: [mensagem privada]. 22 jul. 2020. 17:18. 1 mensagem de WhatsApp.

GRUBBA, Leilane Serratine. *A dignidade humana no totalitarismo de Fahrenheit 451:* para um espaço intersticial entre o direito e a literatura. Direito & Realidade, v. 1, p. 1-17, 2011.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E PANDEMIA DA COVID-19 EM 2020 NO BRASIL: PRIMEIRAS REFLEXÕES

Júlia Sleifer Alonso*

Do Projeto de Pesquisa: O presente Projeto de Pesquisa, intitulado como "Pandemia 2020 e o Princípio da Fraternidade" foi selecionado, cadastrado e compõe o conjunto de ações das Pró-Reitorias de Extensão e Cultura (PROEXT), Pró-Reitoria de Graduação (PROGRAD) e Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-graduação e Inovação (PROPPI) da Universidade Federal do Pampa - Unipampa. Por meio do Ofício nº 130/2020/PROGRAD/UNIPAMPA, de 20 de março de 2020, a universidade, levando em consideração o grave momento que o Brasil atravessa no enfrentamento da COVID-19 e o caráter de excepcionalidade que obriga a sociedade a viver em condição de isolamento social/quarentena, convocou as(os) servidoras(es) a desenvolver projetos especiais, realizados, primordialmente, de forma remota ou que não envolvam aglomerações de pessoas, atendendo as recomendações das autoridades sanitárias, que objetivem: 1) Combater o avanço da Pandemia COVID-19; 2) Reduzir os efeitos do isolamento social/quarentena sobre a saúde da população. Neste sentido, atendendo o chamado, foi apresentado a proposta deste Projeto Especial de Pesquisa, vinculado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa, campus Santana do Livramento, e situa-se dentro da temática de Direitos Humanos e Cidadania, sob coordenação da Professora Deisemara Turatti Langoski. A pesquisa encontra-se em andamento, com término previsto para abril de 2021 e conta com a participação de quinze (15) alunos da graduação.

Do Relato: O projeto especial de pesquisa tem como propósito geral gerar conhecimento objetivo e sistemático a partir das interferências dos diversos atores mundiais envolvidos no enfrentamento da pandemia da COVID-19, com vistas a auxiliar as comunidades locais a lidar com as multifacetadas perspectivas da crise. E como objetivos específicos: Pontuar as ações da mídia, de governos, de movimentos sociais e da sociedade civil, assinalando as medidas adotadas que evidenciam o princípio da fraternidade; Investigar como ocorreu o enfrentamento da pandemia na Fronteira da Paz, assinalando as ações conjuntas que movimentaram a região transfronteiriça; Projetar as perspectivas relacionais no pós pandemia à luz do princípio da fraternidade; Produzir resumos e artigos a partir das pesquisas e ponderações realizadas com a pesquisa, para a publicação e divulgação em eventos científicos.

A técnica de pesquisa que está sendo utilizada para a elaboração deste estudo,

* Estudante do 9º período do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. juliasleiferalonso@gmail.com. *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/5003007476742764.

Deisemara Turatti Langoski é orientadora do presente trabalho. Professora do Magistério Superior na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). deisemaraturatti@unipampa.edu.br. *Lattes:* http://lattes.cnpq.br/3978473576279102

principia pela pesquisa exploratória e descritiva de periódicos dispostos na imprensa escrita e digital que abordam os fatos da pandemia e o papel dos diversos atores a serem analisados. Além disso, a pesquisa será bibliográfica, em que serão utilizados materiais publicados relacionados ao princípio da fraternidade e aos subtemas correlacionados de diversos autores clássicos e contemporâneos, dispostos em livros, artigos científicos, monografias, dissertações, teses e outras fontes. Referidos subtemas eleitos são os seguintes: O papel da mídia; O papel dos governos; O governo brasileiro; O impacto econômico; A sociedade civil; Os profissionais da saúde; Os movimentos transfronteiriços; O Vaticano e a Pandemia; O vírus e o meio ambiente; A dupla face da tecnologia; As perspectivas de Pós-Pandemia. A pesquisa privilegia como método de abordagem o dedutivo e a análise de conteúdo, a partir da sistematização das informações. E o método de procedimento monográfico.

Como resultados esperados desta pesquisa especial, encontram-se os seguintes: 1) Preparação do discente para a iniciação científica e formação do quadro de pesquisadores com conhecimento teórico-metodológico no Curso de Direito da Unipampa; 2) Difusão do conhecimento sistematizado a fim de colaborar com a comunidade local para a compreensão dos múltiplos efeitos da pandemia; 3) Participação em eventos científicos internos e externos, com o intuito de apresentar os resultados da presente pesquisa.

Na sociedade contemporânea, observa-se uma mudança cultural, eis que as relações humanas e sociais transpuseram os limites geográficos estatais, o que seguramente altera o processo de efetivação dos Direitos Humanos. Na esteira dessa perspectiva, o estudo da cidadania e da fraternidade, a primeira, ligada, tradicionalmente, aos direitos civis e políticos e, a segunda, permanecendo coesa com os Direitos Humanos, apresenta subsídios elementares que possibilitam a compreensão para as novas dinâmicas no enfrentamento da situação vivenciada pela pandemia da COVID-19 a nível mundial.

Deste modo, sob a ótica do Estado brasileiro e a conjuntura globalizante da pandemia, e suas nefastas consequências que aflige toda a população do mundo, assinalando temáticas específicas depara-se que o sistema jurídico encontra-se diante de um conflito de valores, da volubilidade de princípios, da deficiência de imperatividade, enfim, de uma verdadeira mutação paradigmática. Neste diapasão, o princípio valor da fraternidade, conduz com elementos basilares para um agir diferenciado frente aos desafios impostos, bem como para ações solidárias e humanas e, para o embasamento legal ao enfrentar novas demandas jurídicas e sociais.

O Princípio da Fraternidade, fundamenta-se, especialmente, na dignidade da pessoa humana, reconhecendo o outro como ser humano, um igual, equitativo, independente das diferenças, merecedor de respeito sobre sua própria existência, abarcando compromissos e responsabilidades por ser sujeito de direito e viver em sociedade (OLIVEIRA; CASTAGNA, 2016, p. 40). Usando os elementos e subsídios da fraternidade, é possível analisar o contexto sócio-jurídico e social em relação à pandemia da COVID-19 na conjuntura brasileira, de diversos pontos de vistas e a partir das temáticas específicas abordadas, tal qual o projeto de pesquisa especial vem estudando e já apresentando resultados.

Para as investigações e proposições, considera-se como definição do princípio da fraternidade, em uma dimensão jurídica e relacional, como:

> [...] um dever do cidadão para com outro cidadão, do cidadão para com a comunidade, com a participação do Estado, ou seja, um compromisso de todas as pessoas humanas – e instituições públicas e privadas – que atuam em uma sociedade livre e plural para com o desenvolvimento e concretização da liberdade e da igualdade nos seus mais variados aspectos (jurídicos, políticos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros), para a promoção e adesão do conjunto de seus membros para com os projetos de felicidade e bem estar comum da comunidade (nacional, internacional, global), como forma de superação do discurso liberal e individualista caracterizado pelos egoísmos particulares que impedem na prática uma convivência voltada para o outro, para o nosso, para o coletivo, resultando no desrespeito a dignidade de todos os seres humanos, principalmente, quando este está pautado nas relações de gênero (OLIVEIRA, 2016, p. 12).

No mês de junho do presente ano, ocorreu a participação de (6) alunos integrantes da Pesquisa Especial no evento científico "I Encontro sobre Direitos Humanos" promovido via on-line pela Universidade do Estado de Mato Grosso, apresentando os primeiros resultados, parcialmente obtidos nas pesquisas: "O Princípio da Fraternidade e sua aplicação em tempos de pandemia nas prisões brasileiras" de autoria da Júlia Sleifer Alonso; "A pandemia de COVID-19: o direito de ir e vir versus o direito à saúde" de autoria de Giovana Borges Costa; "A pandemia da COVID-19 vista sob a teoria da fraternidade" de autoria de Maria Fernanda Freitas e Fernanda Moreira Stocher; "Alterações no regime de teletrabalho frente a pandemia da COVID-19 e consequências na proteção trabalhista" de autoria de Alexander Santos Kubiak e “O impacto da C COVID-19 na população indígena brasileira: a saúde como direito fundamental”, de Yuri Pereira Gomes.

Ainda no mês de junho, foi apresentado a pesquisa intitulada "Fraternidade em tempos de pandemia COVID-19: as ações em prol das pessoas em situação de rua no Brasil" de autoria de Júlia Sleifer Alonso no "I Encontro Virtual do CONPEDI" evento realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Na referida pesquisa, foi possível fazer uma análise em relação às medidas governamentais e não-governamentais tomadas em relação à população de rua existente no Brasil atualmente, que já ultrapassa 100 mil pessoas (IPEA, 2017) e que por decorrência da pandemia vêm aumentando. Foi possível chegar a conclusões de que a própria sociedade civil está mais engajada e preocupada com a situação dessa população, buscando alternativas de levar condições mínimas de higiene pessoal e alimentação. Enquanto governadores, como por exemplo o prefeito da cidade de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, está respondendo por uma Ação Civil Pública (número 5021931-14.2020.8.21.0001) pelo fato de não tomar medidas eficazes em relação à essa população, que vive nas ruas e não contam com a ajuda para sobrevivência e auxílio em tempos de pandemia por parte das autoridades estatais.

Todas as pesquisas estão em andamento e ao final será possível obter dados concretos da conjuntura que o Brasil está vivendo em meio a pandemia da COVID-19, assim como apontar quais serão os próximos desafios que a pandemia causará nas mais diversas esferas do direito brasileiro e na vida da população brasileira.

Privilegiar os estudos do princípio da fraternidade frente aos impactos de toda a ordem (jurídica, econômica, social, cultural, ambiental, etc.) acometidos por meio da pandemia da COVID-19 em suas inúmeras facetas é mais um desafio aos estudiosos do direito. Esta postura convoca que de toda e qualquer pessoas, uma atitude mais humana, cidadã e solidária, além do operador do direito passar a fazer uma reinterpretação do direito existente, com base nos paradigmas da sociedade cosmopolita com o intuito de proporcionar novos e importantes contributos para o diálogo mundial das questões humanidade e fraternidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIREITOS DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA SÃO TEMA DE AÇÃO JUDICIAL NO RS. *Defensoria Pública da União,* 2020. Disponível em: https://www.dpu.def.br/noticias-rio-grande-do-sul/56459-direitos-da-populacao-em-situacao-de-rua-sao-tema-de-acao-judicial-no-rs. Acesso em: 14 abr. 2020.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; CASTAGNA, Fabiano Pires. Crise no Ensino Jurídico: a aproximação entre o princípio da Fraternidade e a teoria crítica do direito na análise das diretrizes curriculares nacionais. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Orgs.). *O Direito revestido de fraternidade: Estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação em direito da UFSC.* Florianópolis: Insular. 2016.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Mulheres e trabalho:* desigualdades e discriminações – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. RJ: Lúmen júris, 2016.

PESQUISA ESTIMA QUE O BRASIL TEM 101 MIL MORADORES DE RUA. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada,* 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29303. Acesso em: 14 abr. 2020.

PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS POR ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

Ruan Conrado Guilherme*

O direito tem uma relação direta com os conflitos existentes na sociedade, os quais são abordados de variadas perspectivas. Quando os sujeitos envolvidos estão em situação peculiar de desenvolvimento, as respostas aos conflitos precisam tomar esse dado como elemento central, criando procedimentos que sejam capazes de promover a integração e socialização dos adolescentes, ainda mais ao entrarem em conflito com a lei. Nesse sentido, essa pesquisa está alicerçada no seguinte problema central: as práticas restaurativas, de responsabilização do adolescente em conflito com a lei, são compatíveis com as finalidades estipuladas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA para o cumprimento de medidas socioeducativas?

Tomando as palavras de Bobbio (2012), "poder é uma relação de determinação, na qual uma vontade determina ou condiciona (anula) uma outra vontade". Partindo dessa noção de poder e cominação, as práticas restaurativas ampliam a responsabilidade para a solução de conflitos criminais, exigindo maior autonomia da sociedade, da família e dos indivíduos envolvidos. Para Santos (2009, p. 46), "a violência seria a relação social de excesso de poder que impede o reconhecimento do outro – pessoa, classe, gênero ou raça, provocando algum tipo de dano [...]". A diluição da violência nas relações sociais aponta para um fracasso, para além das instituições. Portanto, a melhor forma de abordar os conflitos sociais, especialmente quando os atos são praticados por adolescentes, deve centrar-se na solução do problema conflitivo, não apenas na repressão-punição do adolescente, estigmatizando-o como infrator, comportamento que só reforça a condição de exclusão.

A ligação entre os membros do grupo social é possível por meio e pela inclusão de todos em um processo coletivo. Por outro lado, "o aumento dos processos estruturais de exclusão social pode vir a gerar a expansão das práticas de violência como norma social particular", o que aponta para outra "estratégia de resolução de conflitos" (SANTOS, 2002, p. 18). Levando em conta tal fator, ao estabelecer a responsabilização/contenção do adolescente pela prática de atos ilícitos, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) encaparam a ideia de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, que caracteriza a Doutrina

* Graduando em Direito; V Semestre; Universidade Regional do Cariri – URCA; Bolsista pelo PIBIC FUNCAP no projeto de pesquisa "Práticas Restaurativas no Cumprimento de Medidas Socioeducativas por Adolescentes em Conflito com a Lei"; ruanconrado@outlook.com; http://lattes.cnpq.br/2583071410415328

Orientador: Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva: Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB; Professor Auxiliar do Curso de Direito; Universidade Regional do Cariri – URCA; Orientador do trabalho e do projeto de pesquisa "Práticas Restaurativas no Cumprimento de Medidas Socioeducativas por Adolescentes em Conflito com a Lei"; cristovao.teixeira@urca.br; http://lattes.cnpq.br/3792000060961001

da Proteção Integral, baseada na noção de autonomia e garantia (RAMIDOFF, 2011). Isso significa que as medidas impostas a tais sujeitos devem conter uma forte carga pedagógica, permitindo que meios adequados sejam postos à disposição desses cidadãos para facilitar a transferência de valores sociais de respeito à dignidade humana e aos processos democráticos coletivos, não sendo apenas, como diz Foucault (2015, p. 167), o poder disciplinador que "'fabrica' indivíduos".

Segundo Ramidoff (2011, p. 108), o sistema de aplicação de medidas socioeducativas, descritas a partir do artigo 112, do ECA, representa "uma reação estatal adequada pedagogicamente às necessidades educacionais e sociais dos adolescentes que através da prática de ato infracional sinalizam situação de ameaça ou violência aos seus direitos fundamentais". Tais medidas possuem conteúdo pedagógico, com orientação para proteção dos direitos humanos e efetivação dos direitos e garantias fundamentais (ibidem, 2011). Por outro lado, a punição aplicada como forma de retribuição do mal causado pelo adolescente, leva a outros problemas sociais, os quais se retroalimentam, de tal forma que a repressão ao ato infracional, apartada de uma visão totalizante e contextual, gera mais atos infracionais. Ao invés de promover a socialização, a prática de sofrimento físico e psíquico ao adolescente promove a "assunção de personalidade estigmatizada de 'infrator'" (ibidem, 2011, p. 23). Assim o processo de exclusão social é aprofundado.

Desta feita, a medida socioeducativa deve estar alinhada com dois valores: responsabilização e restauração. O modo como se encara as violações das normas penais determina a maneira como se procura resolvê-las. Se os crimes são enxergados apenas como rupturas individuais das normas sociais, segundo ZEHR (2008), "privilegia-se uma estratégia retributiva do mal causado ao Estado. Dessa forma, sai fortalecida uma maneira abstrata de perceber as violações, retirando os sujeitos reais (vítima e ofensor), substituindo-os por idealizações (sociedade e criminoso)".

Essa justiça retributiva, para ZEHR (2008), "não consegue responder ao sofrimento da vítima, nem prevenir novos delitos para a sociedade, ou seja, não há reparação das rupturas observadas". É necessário, ainda segundo o autor, "trocar as lentes", adotar uma nova perspectiva que veja o crime como uma violação de relacionamentos e pessoas, devolvendo à sociedade, à vítima e ao agressor a possibilidade de recuperar as rupturas do laço social. Ao invés de deter todo o esforço na punição (retribuição do mal) ao agressor, uma perspectiva de justiça restaurativa centra esforços para corrigir a situação, ou seja, restaurar as pessoas e os relacionamentos.

O processo de aplicação de medidas socioeducativas precisa, nesse sentido, "para que os adolescentes possam reorientar sua trajetória, [criar] um ambiente de apoio, aceitação, incentivo, estímulo e possibilidades reais de acolhimento [...]" (MELLO; ALVES, 2012, p. 91, 92). Os fatores que permitem a mudança de rumo na vida do adolescente são mais facilmente conseguidos por meio da construção de uma rede de apoio e do compartilhamento das responsabilidades. Uma visão tradicional dos fenômenos que envolvem a prática delituosa, que por muitas vezes representa uma violação à dignidade da pessoa humana, não se adequa ao modelo pensado pelo constituinte para a educação de adolescentes em conflito com a lei. Começando pessoas envolvidas, "o ofensor é desumanizado e tratado como um marginal, independente do histórico de vida, das violações de direitos já sofridas por ele

e dos motivos que o levaram a determinado comportamento" (SANTOS, 2012, p. 24).

Levando em conta as determinações constitucionais, as garantias legais, as medidas socioeducativas, de acordo com a Resolução Nº 225 de 31/05/2016 do CNJ e a Lei nº. 12.594/2012, que instituiu o SINASE, Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, devem buscar sempre a aplicação de práticas da justiça restaurativa. Cabe à academia debruçar-se sobre os conceitos para analisar.

Nesse ponto, o projeto de pesquisa tem como objetivo geral investigar a compatibilidade entre as finalidades das medidas socioeducativas, fixadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA identificando a sua natureza jurídica, e a compreensão das práticas restaurativas de responsabilização, socialização e educação do adolescente em conflito com a lei, que devem ser adotadas no cumprimento de medidas socioeducativas, de acordo com a Resolução Nº 225 de 31/05/2016 do CNJ e a Lei nº. 12.594/2012, que instituiu o SINASE Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

O projeto será realizado por meio de uma pesquisa descritiva, pois tem uma natureza investigativa para entender as normas jurídicas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, no intuído de estabelecer alguma relação entre os valores culturais e a produção legal, aproximando-se de uma pesquisa explicativa (GIL, 2002). Após a identificação dos princípios e finalidades que orientam a aplicação de medidas socioeducativas e das práticas da justiça restaurativa, a pesquisa propõe uma aproximação entre esses elementos, criando um diálogo hermenêutico-interpretativo.

Isso será feito por meio de uma abordagem qualitativa, tendo em vista que após delimitar as práticas de atos infracionais por adolescentes e a aplicação das medidas socioeducativas, como objeto de estudo, irá analisá-lo o seu contexto em vários vieses. A perspectiva qualitativa vai permitir construir análise em torno dos conceitos de violência, atos infracionais, medidas socioeducativas, justiça restaurativa e sociabilidade. Assim, parte-se da ideia de que os fenômenos sociais só podem ser compreendidos se a investigação tomar o seu contexto como elemento central, aproxima-se, pois, do método hermenêutico de abordagem da comunicação humana. Nessa pesquisa, o ponto inicial é a noção de que as normas jurídicas sobre as medidas socioeducativas devem respeitar os limites constitucionais para a educação de adolescentes, especialmente quando em conflito com a lei (LAMY, 2011).

Para atingir os objetivos propostos, será feita uma ampla revisão bibliográfica e documental, no interesse de entender como tais fenômenos sociais são retratados na literatura e na legislação, desde o plano internacional, com as Regras de Beijing Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, de 1985, até as normas infra legais, como a Resolução Nº 225 de 31/05/2016 do CNJ, para ao final produzir uma análise consistente sobre a relação entre medidas socioeducativas e as práticas da justiça restaurativa (GIL, 2002; LAMY, 2011).

O projeto promoverá a discussão no Curso de Direito, da Universidade Regional do Cariri – URCA, em torno das formas de resolução de conflitos sociais que tenham

dois objetivos claros: restabelecimento das relações e responsabilização jurídica. Essa é a tendência nos últimos anos em todas as áreas de atuação do judiciário brasileiro, alinhando sua perspectiva aos ditames de respeito à dignidade humana postos na Constituição Federal de 1988. Assim, a pesquisa atualizará as pesquisas do âmbito jurídico desta IES, formando uma visão crítica e ampla sobre os atos infracionais praticados por adolescentes contribuindo para a reflexão das relações sociais e jurídicas e seu melhoramento.

Assim, a faculdade terá fortalecido o seu papel de produção de conhecimento relevante, de forma crítica, cumprindo, assim, o seu papel de formar juristas que sejam capazes de pensar a realidade em perspectiva, para além da reprodução do direito positivado. O projeto é um primeiro passo para se pensar as medidas socioeducativas, futuramente olhando mais de perto para a realidade do Ceará e do Cariri cearense, no mapeamento das intuições, programas e ações aqui desenvolvidas, traçando um perfil socioeconômico dos adolescentes em conflito com a lei e das práticas desenvolvidas com eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade:* por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 18.º reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 42.º ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LAMY, Marcelo. *Metodologia da pesquisa jurídica:* técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro, Elsevier, Campus Jurídico, 2011.

MELLO, Carla Oliveira; ALVES, Thaianne Miranda. Atenção à família dos adolescentes. In: CRAYDI, Carmem Maria; LAZZAROTTO, Gislei Domingas Romanzini; OLIVEIRA, Magda Martins de. (org.) *Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei.* Porto Alegre: Mediação, 2012.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Lições de direito da criança e do adolescente:* ato infracional e medidas socioeducativas. 3.º ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Débora Viera dos. Direitos Humanos e Cultura de Paz: a Justiça Restaurativa como garantidora dos direitos humanos. In: PETRUCCI, Ana Cristina Cusin [et al.] (org.). *Justiça juvenil restaurativa na comunidade:* uma experiência possível. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012.

SANTOS, José Vicente. *Violências, América Latina:* a disseminação de formas de violência e os estudos sobre conflitualidades. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 4, nº 8, 2002, p. 16-32.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Violências e conflitualidades.* Porto Alegre: Tomo Editorial, 2009.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução Tônia VanAcker. 3.º ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Comunicação de Prática de Pesquisa

ACADÊMICA

Artigo Científico

A SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA E FUTURO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS

THE ALGORITHMIC SUBORDINATION AND FUTURE OF THE LEGAL PROFESSIONS

Daniela Kojiio Nobre*
Taynara Fernandes Vitorino**

Resumo: Com o desenvolvimento de novas tecnologias houve diversas mudanças, seja como meio de aperfeiçoamento para aplicação do direito ou como novas formas de trabalho. Assim, o objetivo do presente estudo é analisar a organização do trabalho nesse cenário contemporâneo e verificar como o jurista responde a estes impulsos, além de compreender que o direito deve se adequar. Para tanto, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, a estruturação dos procedimentos da pesquisa contempla (a) etapa de revisão bibliográfica; (b) realização da coleta de dados; e (c) discussão dos resultados. Conclui-se que é difícil o direito acompanhar a realidade, mas não se pode deixar uma parcela da população desprotegida por mera ausência de definições como a subordinação algorítmica.

Palavras-chave: Futuro do jurista; Tecnologia e direito; Organização do trabalho por algorítmicos; Subordinação algorítmica.

Abstract: *With the development of new technologies there are several changes, either as a means of improving the application of law or as new forms of work. Thus, the objective of the present study is to analyze the organization of work in this contemporary scenario and to see how the lawyer responds to this impulses, in addition to understanding that the law must adapt. For that, the method of approach used was inductive, the structuring of the research procedures includes (a) bibliographic review stage; (b) conducting data collection; and (c) discussion of the results. We conclude that it is difficult for the law to follow reality, but a portion of the population cannot be left unprotected by the mere absence of definitions such as algorithmic subordination.*

Key-words: *Future of the jurist; Technology and law; Organization of work by algorithms; Algorithmic subordination.*

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento de novas tecnologias as relações de trabalho se alteraram, ocasionando um desalinhamento entre o direito do trabalhador e a realidade desse novo momento. O Estado deve visar ao bem-estar-social, contudo, não é o que se

* Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Santa Catarina (UFSC) em 2015. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lattes: lattes.cnpq.br/9682512923620902. dknobre@gmail.com.
** Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Lattes: http://lattes.cnpq.br/9376411684898563. taynarafv@gmail.com

vê em relação à proteção dos trabalhadores, sendo muitas vezes negligenciados por causa da inadequação do sistema jurídico. Dessa forma, este artigo almeja abordar os diferentes aspectos ocasionados pela evolução tecnológica e as modificações nas relações trabalhistas.

No primeiro tópico, ao trabalhar o desenvolvimento capitalista e as mudanças nas forças de trabalho, será observado como é o cotidiano capitalista, que busca aumentar o desenvolvimento de riquezas e realiza um ajuste espacial na alocação destes recursos, que invariavelmente altera as forças de trabalho (HARVEY, 2005, p. 96). Será também apresentado o conceito de institucionalismo jurídico, que se concentra nos aparatos legais e políticos de poder e legitimação que dizem respeito a direitos abstratos, bem como ao fluxo de bens e serviços materiais (GINDIS et al. 2017). E, a partir do desenvolvimento do senso comum de escolha política teve nas quatro fases principais na história, e conhecendo os dois sentidos dos atos políticos, será verificado como regulamentação capitalista projeta esses poderes legislativos e executivos (KENNEDY, 2006, p.105). Além disso, nos casos de omissão legislativa sobre a responsabilidade civil pelo uso de aplicativos, a doutrina trabalhista pode apontar algumas indicações para os casos de usos de aplicativos (DELGADO, 2011, p. 263).

No terceiro tópico será analisado o relatório qualitativo produzido pela Fundação Getúlio Vargas, busca-se enfatizar a forma por qual as tecnologias aperfeiçoaram o desenvolvimento da área jurídica e como essa área se comportou perante a inovação. Em um segundo momento, verifica-se como a tecnologia foi integrada na elaboração e prestação de serviços jurídicos e quais desafios estão sendo enfrentados. Nesta mesma senda, o relatório abordou uma dúvida de todos os juristas: qual o futuro do profissional da área jurídica?, analisou-se quais desafios deveremos enfrentar e de que forma podemos nos reinventar.

Por fim, no quarto tópico, almeja-se esclarecer que não, apenas, as tecnologias devem se adaptar ao direito, mas o direito deve compreender as alterações ocasionadas pelas tecnologias e não se limitar a conceitos ultrapassados do sistema jurídico, e, sim, interpretá-los de acordo com essa nova realidade. Conforme, pode-se comprovar na evolução das relações trabalhista, especialmente no uso do aplicativo Uber e o novo conceito de subordinação algorítmica.

Em relação a metodologia foi utilizado o método indutivo e a estruturação dos procedimentos da pesquisa contempla (a) etapa de revisão bibliográfica; (b) realização da coleta de dados; e (c) discussão dos resultados.

1. DESENVOLVIMENTO CAPITALISTA E O AJUSTE ESPACIAL

Harvey (2005, p. 130) esclarece que cotidiano capitalista depende das mercadorias produzidas através do sistema de circulação de riquezas, cuja busca pelo lucro seu principal objetivo. A sobrevivência do capitalismo baseia-se na permanência dessa forma de circulação. Por isso, a fonte permanente de preocupação capitalista envolve a criação de infra-estruturas sociais e físicas que sustentem a movimentação do capital. A realização do lucro no tempo presente é a conversão de uma parte do lucro passado em novo investimento de capital. Apenas este investimento constante poderia sustentar a expansão necessária da qual depende a sobrevivência do capitalismo.

Este sistema, no entanto, não seria amparado apenas através desse 'reinvestimento'. De modo incessante, a probabilidade de crise levaria à tensão entre a necessidade de produzir excedentes de capital e de força de trabalho, e a necessidade de absorvê-los.

As tecnologias embutidas na circulação do capital e a livre mobilidade geográfica dos produtos remanescentes desigualmente distribuídos podem ajudar. Há, porém, certas situações nas quais os excedentes de determinado tipo não podem ser absorvidos. Nesse caso, ou o capital ou a força de trabalho são desvalorizados. O foco da análise de Harvey é, no entanto, quando os excedentes de capital e força de trabalho coexistem – caso em que ambos se desvalorizam, o que seria a condição de crise do capitalismo. A circulação do capital deve ser completada em determinada extensão de tempo. Nesse sentido, obtém mais lucro aquele que faz o capital "girar mais rápido". No entanto, algum capital circula necessariamente em ritmo mais lento, como capital imobilizado (maquinário, instalação física e infra-estrutura) ou como estoques de consumo.

Os investimentos desse tipo dependem da criação prévia de excedentes — tanto de capital quanto de força de trabalho. Ou seja, certa parte do capital desacelera para promover tempos de rotação acelerados para o restante. Há a possibilidade de se obter equilíbrio dinâmico, em que os excedentes são absorvidos na criação de infra-estruturas físicas e sociais que facilitam a criação de produtos remanescentes. Esta forma espiralada é responsável pelas fases do desenvolvimento capitalista em que o crescimento interno parece auto-sustentável. No entanto, em determinado instante, a espiral encontra barreiras insuperáveis, geralmente associadas a crises em que a força de trabalho e o capital distribuídos em todas as partes ficam sujeitos à desvalorização, como ocorreu na crise de 1929. A desvalorização da força de trabalho se daria tanto por sua dificuldade de realocação quanto por sua substituição. A força de trabalho não seria, entretanto, uma mercadoria como outra qualquer. Não se pode prever como a dinâmica da acumulação se relaciona como crescimento populacional, e toda relação entre circulação de capital e reprodução da força de trabalho continua sendo um problema. Ela também não é qualitativamente homogênea. Excedentes de força de trabalho não podem ser instantaneamente absorvidos em outras partes.

A realocação do capital também não é tão simples quanto a princípio possa parecer, uma vez que o excedente não existe somente sob a forma de moeda, mas também como mercadoria ou capacidade produtiva. Para que possa ser realocado, o remanescente que não existir em forma de moeda deve primeiramente ser convertido para tal. Como superar cumulação define uma situação em que é impossível a conversão de uma forma de capital em outra, a solução seria o crédito. O próprio crédito iria, porém, criar uma segunda barreira, cuja solução seria a criação de "capital fictício" – hipotecas, ações, dívidas públicas, etc. O capital fictício seria, no entanto, uma demanda sobre trabalho futuro. Para a realização de seu valor, o trabalho futuro deve assegurar a taxa de retorno sobre o investimento inicial. Se, por algum motivo, não ocorre o retorno deste investimento, o volume de dívidas cresce até se tornar insustentável. Devido a tudo o que foi previamente exposto, a longo prazo as crises internas do capitalismo seriam inevitáveis. Aliando-se ao aspecto temporal o espacial, no entanto, algumas das dificuldades enfrentadas por capitalistas e trabalhadores — dificuldades estas inerentes ao desenvolvimento desse sistema — poderiam ser minimizadas, pois, tanto estes quanto

aqueles passam a ter a possibilidade de migrar para uma região em que suas expectativas sejam correspondidas.

Há processos que definem os espaços regionais em que a produção e o consumo, a oferta e a procura, ou a luta de classes e a acumulação permanecem unidos pelo que o autor chama de coerência estruturada em relação à produção e ao consumo em um determinado espaço. Haveria, no entanto, processos que dificultam, ou mesmo impossibilitam, essa coerência. Essas forças tendem a abalar a coerência estruturada de um território. A mobilidade geográfica do capital não é, portanto, simples. Toda a forma de mobilidade geográfica do capital requer infra-estruturas espaciais fixas e seguras para funcionar efetivamente. Além disso, segundo Harvey, a expansão do comércio exterior não resolve o problema dos excedentes que levam à crise, pois as mercadorias restantes são comercializadas no mercado externo, e o seu equivalente pode vir na forma de outras mercadorias. Assim, além da mobilidade geográfica do capital, há também a possibilidade de mobilidade geográfica da força de trabalho que, em geral, não é interessante para os capitalistas, pois estes tendem a preferir "uma força de trabalho estável e confiável, além de oferta cativa de mão-de-obra". Do ponto de vista dos trabalhadores, se por um lado eles poderão ter a oportunidade de migrar para uma região onde as taxas de remuneração sejam maiores, por outro eles podem melhorar sua sorte em um lugar, organizando-se e lutando, coletivamente, por uma vida melhor.

Após explanar sobre as principais características do modo capitalista de produção e sobre a circulação temporal e espacial do capital e das forças de trabalho, concentrando-se nas relações entre capital e força de trabalho. O geógrafo observa fatos históricos do século XX corroborar sua tese de que o modo capitalista de produção deve ser substituído sob condição necessária para a sobrevivência humana.

2. ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA: INSTITUCIONALISMO JURÍDICO E REGULAMENTAÇÃO CAPITALISTA

GINDIS et al. (2017) acredita que posse refere-se ao controle de um bem ou recurso, é principalmente uma relação de controle de uma pessoa sobre uma coisa e não equivale à propriedade legal. Essa capacidade de fazer uso efetivo do que qualquer direito estabelecido para isso não representa propriedade do institucionalismo jurídico. A propriedade, como uma das pedras primárias do capitalismo, tem uma linha importante no papel constitutivo da lei. Compreender isso, além da lição de Adam Smith sobre objetos e forças materiais, facilita a compreensão de que lei e desenvolvimento são um sistema complexo para processar informações e alocar e proteger direitos a ativos tangíveis e intangíveis. É importante entender os processos institucionais da legislação e da evolução jurídica, porque o institucionalismo jurídico dá ênfase especial ao papel do Estado no sistema jurídico e ao papel constitutivo do direito na vida social e econômica. Finalmente, o institucionalismo jurídico concentra-se nos aparatos legais e políticos de poder e legitimação que dizem respeito a direitos abstratos, bem como ao fluxo de bens e serviços materiais.

O institucionalismo jurídico desenha que a propriedade é mais que posse, de modo que é vital para políticas apropriadas de regulamentação e desenvolvimento capitalistas. Para buscar como a regulamentação capitalista projeta esses poderes legislativos e executivos, Kennedy demonstrou que o desenvolvimento do senso comum de esco-

lha política tem quatro fases principais na história. O primeiro, é um modesto consenso intervencionista do pós-guerra; seguido por um período de crise e contenção; um novo consenso sobre a transição do socialismo, primeiro no terceiro mundo e depois no segundo; um período de dúvida, reexame e ecletismo durante o qual o neoliberal "Consenso de Washington" está presente atualmente. Posteriormente, Kennedy explica o ato político em dois sentidos: o primeiro é o ato político consiste na distribuição de recursos entre grupos e indivíduos, associando escolhas de especialistas aos interesses de grupos que contestam as reivindicações uns dos outros sobre os recursos nas arenas que pensamos como político: homens e mulheres, ricos e pobres, rurais e urbanos, norte e sul, agrícola e industrial. O segundo sentido do ato político consiste em afetar a distribuição do poder entre as posições ideológicas associadas à contestação política: esquerda, centro e direita.

Mas dentro de uma estrutura de governança, existe um terceiro poder, além dos legislativos e dos executivos. O poder judiciário não tem associação ideológica ou política, mas, de fato, tem algumas questões sobre como aplicar a lei em cada caso. Por isso, será necessário enquanto não se tem uma regulamentação sobre tecnologia do Brasil, alguns apontamentos sobre aspectos sobre a responsabilização civil nestes casos.

3. REGULAMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA NO BRASIL: OMISSÃO LEGISLATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO NO USO DE APLICATIVOS

Conforme Rodriguez (2000, p. 85), o fator que diferencia os mais diversos tipos de trabalho humano e o nível de subordinação do contratado e o contratante, que admite gradações. A verificação deste grau deve seguir o princípio juslaboral da primazia da realidade. Se empregado, conforme o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, e toda pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário e empregador, conforme artigo 2º do mesmo Codex, e a empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, não é possível encaixar uma definição exata para as relações trabalhistas que envolvem aplicativos.

Delgado (2011, p. 266) explica que o direito do trabalho possui fontes formais divididas em heterônimas - elaboradas por terceiros, alheios às partes da relação jurídica que regulam — e autônomas, que são aquelas elaboradas pelos próprios destinatários da norma, ou seja, as partes da relação jurídica. As fontes formais heterônimas são as normas jurídicas elaboradas por terceiros, alheios à relação jurídica regulada. são eles: as normas jurídicas de origem estatal (como os atos normativos), sentenças normativas da justiça do trabalho e sentenças arbitrais. Sendo assim, diante de um contexto de constante inovação, seria necessário regulamentar uma nova forma de subordinação em quaisquer uma destas fontes, mas especialmente no que tange às fontes heterônimas, uma vez que este tipo de subordinação implica em repercussões em empresas de porte internacionais.

Existem algumas teorias da responsabilidade civil que são aplicáveis às relações trabalhistas. A responsabilidade civil do empregador ou comitente por atos dos seus empregados, serviçais ou prepostos pode ser encontrada no rol de hipóteses de res-

ponsabilidades civis indiretas por ato de terceiro, conforme art. 932, inciso II do Código Civil. A responsabilidade civil indireta é uma classificação da responsabilidade civil quanto ao agente, pois responde pelo ato que não fora praticado por si próprio. Assim, possui o caráter objetivo e independe de culpa. Em síntese, ela é indireta quanto ao sujeito e objetiva quanto a noção de culpa. De acordo com esta classificação, o empregador é responsável pelos atos do preposto, ainda que a relação não tenha caráter oneroso. Já a responsabilidade civil do empregador por dano causado ao empregado (e não pelo empregado) não possui uma definição clara. Se o dano decorrer do ato de outro empregado, incidirá a regra da responsabilidade objetiva do empregador, com posterior ação de regresso em face do empregado causador do dano. Porém, se for causada por um terceiro, como por exemplo, um cliente, ainda que no ambiente de trabalho, existem teses que caminham na noção de uma responsabilidade civil subjetiva, uma vez que, no caso de um cliente que agride o empregado, o empregador pode ser responsabilidade mediante comprovação de culpa. E existe também a responsabilidade civil em relações triangulares de trabalho, como no caso da terceirização. Terceirização é um fenômeno da pós modernidade que consiste na seguinte relação jurídica: um tomador de serviços contrata uma empresa prestadora de serviços, em um pacto de natureza civil; e a prestadora contratar os empregados, os quais trabalham em atividades relacionadas com o tomador de serviços. Nestes casos, onde certamente dois sujeitos com identidade de propósito, causaram dano ao trabalhador em co-autoria, pode ser aplicado o entendimento do artigo 942 do Código Civil considerando uma responsabilidade civil solidária.

Num contexto em que estão se usando aplicativos como uber, em que ainda não se tem uma regulamentação definida, é necessário apontar a utilização de novos termo jurídicos.

4. O USO DAS TECNOLOGIAS PARA APERFEIÇOAR A ÁREA JURÍDICA

A fundação Getúlio Vargas realizou uma pesquisa com a participação de 35 organizações, com o intuito de verificar a estrutura do ecossistema de inovação no campo jurídico. As organizações entrevistadas foram divididas entre fornecedores e consumidores de tecnologia, ainda que se tenha constatado a existência de organizações que exercessem às duas funções (VARGAS, 2018, p. 15).

Além disso, outro filtro aplicado para a realização da divisão foi: a) estratégia tecnológica utilizada; b) origem (setor público, privado ou academia); c) funcionalidade dos softwares (assistentes de práticas profissionais, desenvolvimento de negócios); d) educação jurídica, produtos e serviços para cidadão.

Constatou-se que devido à pressão de clientes por ganhos de produtividade e eficiência, os escritórios de advocacia buscaram investir em novas tecnologias nos últimos tempos. Estes investimentos impulsionaram transformações na organização do trabalho, na estrutura dos planos de carreiras, no modelo de remuneração e na entrega dos serviços jurídicos.

Ao analisar o Brasil, foi possível perceber que não há estudos que tenham se dedicado a uma consolidação e sistematização de dados sobre os impactos destas mudanças tecnológicas no mercado jurídico. Com exceção dos esforços da Associação

Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), não houve um diagnóstico sobre a mudança nas profissões jurídicas do país, ou seja, não é refletido sobre como estas transformações estão impactando as organizações jurídicas e a formação dos profissionais da área.

A pesquisa evidencia que as profissões estão sendo modificadas através da tecnologia. Dessa forma, é essencial compreender que "futuro das profissões não está nos anos que ainda estão por vir, o futuro das profissões é agora" (Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 13).

Há quatro principais conclusões da frente qualitativa do projeto: I) características do contencioso de massa – grande volume de processos, teses repetidas e baixo retorno financeiro por demanda – incentivaram a adoção de soluções tecnológicas; II) há um processo de substituição de tarefas realizadas por profissionais da área jurídica em andamento, contudo, elas se concentram em cargos mais baixos da hierarquia organizacional, seja nos estágios iniciais da carreira dos(as) advogado(a)s ou nas vagas de profissionais que dão suporte à atividade; III) profissionais com formação na área de exatas e sem formação jurídica têm sido contratados para compor equipes em escritórios de advocacia e, em alguns casos, gerindo-as; IV) há organizações que adotam arranjos organizacionais peculiares com o objetivo de obter maior integração tecnológica aos serviços jurídicos, com escritórios buscando se aproximar de startups no campo jurídico a partir de dois modelos – incubação e celebração de acordos de mútua cooperação.

Outro ponto importante é que os entrevistados optaram por desenvolvimento tecnológico, a fim de reduzir o preço pago por processo, diminuir o custo de gerenciamentos associados ao grande volume. Além disso, observaram que havia repetições na fundamentação das peças, sendo assim, foi possível estabelecer padrões e com o uso da tecnologia uma melhor visualização de projetos e relatórios para os clientes.

Através da análise dos motivos pelos quais aplicaram as novas tecnologias, pôde-se observar que a substituição por máquinas se concentra em cargos de hierarquia mais baixa. Sendo assim, as tecnologias realizam os trabalhos repetitivos que não exigem conhecimento específico.

Verificou-se, também, que a redução de postos de trabalho vem acompanhada pela criação de novas funções em organizações jurídicas. Entre os entrevistados houve consenso de que não ocorreu diminuição no número de vagas disponibilizadas, mas, sim, vê-se que é necessária uma melhor qualificação dos profissionais que ingressam na carreira jurídica.

Portanto, as soluções tecnológicas, especialmente aquelas baseadas em aprendizado de máquina e automação, estão, de fato, interferindo diretamente em funções repetitivas e de baixa complexidade e, consequentemente, nos postos de trabalho que eram designados a realizar essas tarefas. Contudo, ao mesmo tempo, há criação de novas funções, ou seja, mais complexas e que exigem maiores qualificações dos profissionais.

5. TECNOLOGIAS INTEGRADAS NA ELABORAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

Devido à demanda pelo uso de novas tecnologias nas empresas/instituições realizou-se uma análise sobre a implementação e o custo. Sendo assim, as entrevistas revelaram três modelos distintos de desenvolvimento e integração de novas soluções: (i) incubação de *lawtechs/legaltechs* em escritórios de advocacia; (ii) acordos de cooperação mútuos entre escritórios e *lawtechs/legaltechs;* e (iii) pesquisa e desenvolvimento interno ao escritório de advocacia.

Além disso, o aspecto muito presente nas entrevistas foi o caráter estratégico do investimento em tecnologias. Independentemente do modelo, os investimentos em tecnologia foram descritos como formas de aprimoramento para a organização jurídica.

Outro fenômeno verificado, a partir das entrevistas, foi a presença de profissionais sem formação jurídica. Estes não, apenas, integram um departamento específico, como passaram a compor as equipes de prestação de serviços jurídicos, atividade-fim do escritório de advocacia.

As principais razões apontadas para a incorporação destes profissionais foram o ganho de produtividade e de capacidade para inovações.

Sendo assim, os grupos de trabalho passaram a ser multidisciplinares. Vale salientar, que existem também profissionais híbridos — aqueles graduados em Direito, mas com tipo de formação acadêmica adicional.

6. FUTURO DO PROFISSIONAL DO DIREITO

Para se reinventar e permanecer no mercado de trabalho alguns advogados se afastaram da área jurídica e se aventuraram nos estudos de dados, ou seja, um Big Data Jurídico.

Estes profissionais se destacam, pois, possuem os conhecimentos sobre os dados que irão trabalhar, evitando, assim, análises e desgastes em dados errôneos.

Para exemplificar imagine uma pessoa bilíngue, esta ao realizar traduções compreende a complexidade da língua e a dificuldade de equiparar palavras cujo conceitos (significados) são diferentes na essência. Sendo assim, evita traduções erradas. O profissional que possui conhecimento nas duas áreas compreende as particularidades.

É fundamental ter um profissional que consiga se comunicar, visando o desenvolvimento das habilidades de leitura e interpretação de dados. A inserção da tecnologia tende a permitir a sistematização de grandes volumes de informações e a criação de relatórios complexos, exigindo do advogado a capacidade de interpretação para identificar problemas e soluções estratégicas para clientes.

Não devemos ignorar essa nova linguagem e ficar no “tradicional” é fundamental compreender o contexto da tecnologia para aprimorar o direito, também, não, apenas,

utilizando a tecnologia como ferramenta, mas aperfeiçoando.

7. SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA

É impossível falar em evolução e não se deparar com as novas relações de trabalho. Com o desenvolvimento tecnológico, os direitos do trabalhador e a proteção do estado para o bem-estar social mostram aspectos por vezes negligenciados.

Uber, Rappi, Ifood, crescem em uma progressão geométrica, possibilitando a diversos brasileiros uma comodidade como nunca vista, pode-se estar em casa, confortável, e solicitar uma janta maravilhosa, em pouco tempo chegará. Contudo, este benefício para muitos se torna uma arma contra aqueles que se submetem a empregos nestes aplicativos, já que a legislação atual não os protegem, pois, não se enquadram no sistema de direito trabalhista, e isso não é de se surpreender, já que houve tantas mudanças, é difícil uma legislação que consiga acompanhar.

Estas empresas fornecem uma plataforma virtual, que alegam ser uma base de dados de clientes e prestadores de serviços, permitindo a habilitação de trabalhadores como autônomos. Dessa forma, com a não aplicação das proteções concedidas pelo Direito do Trabalho - especialmente do salário base — o cliente, através de estas plataformas, pode obter o serviço no preço mais baixo que uma empresa tradicional poderia oferecer (TODOLÍ-SIGNES, 2015, p. 11).

Alguns pesquisadores compreendem que este sistema econômico propicia o compartilhamento dos benefícios e malefícios do negócio entre o tomador e o prestador de serviço, trazendo justamente uma posição de terceiros da plataforma que intermedeia essa situação, nesse aspecto surgem questionamentos sobre uma nova forma de economia compartilhada, há quem entenda que o nome mais correto seria prestação de serviços através de plataformas virtuais (CALADO, 2019).

Contudo, existem pesquisas que vislumbram outras perspectivas desta situação, considerando o trabalho como “neofeudal”. O Grupo de Estudos “GE Uber”, da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (Conafret) do Ministério Público do Trabalho, realizou um estudo sobre as novas formas de organização do trabalho relacionado à atuação através de aplicativos. Intitulada “Empresas de Transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos”, a pesquisa o modo de funcionamento de empresas de aplicativos, em especial a norte-americana Uber. O estudo define como “neofeudal” o tipo de trabalho que vem sendo desenvolvido por meio dessas plataformas.

As formas tradicionais de vigilância e controle de qualidade sobre os serviços prestados pelos trabalhadores consistiam em dar instruções específicas sobre como fazer. Sendo verificado a conclusão e qualidade através de um sistema de vigilância de um superior hierárquico. Nas novas empresas, nada disso existe, no entanto, isso não significa que as formas de controle de prestação de serviços tenham desaparecido, mas que elas foram simplesmente transformadas.

As empresas confiam em avaliações de clientes para garantir altos padrões de prestação de serviços. Dessa forma, ao invés de darem instruções e controlarem o pro-

cesso de execução para garantir a qualidade, eles delegam essas funções aos clientes, usando posteriormente essas informações para tomar decisões sobre demissões.

Essas novas relações de trabalho trazem embutidas nelas uma nova racionalidade, que é a utilização de uma mobilização total dos trabalhadores. Ao invés de pegar uma base de trabalhadores e fazer com que ela trabalhe para você. É possível jogar isso para uma multidão de modo que ela execute esse trabalho. Utilizando de meios para determinar um horário de trabalho através de premiações e se não estiverem de acordo é possível puni-los também. É o famoso regime de "stick and carrots" (punição e recompensa), uma forma de controle que é muito eficiente hoje em dia.

(HUET, 2014. p.) No caso de criticar negativamente a empresa Uber o prestador de serviço poderá ser desabilitado da plataforma, sendo assim, impedido de trabalhar. A Uber pode também retirar o acesso ao aplicativo por outras razões como criticar em redes sociais, caso exposto pelo site da Forbes.

Antigamente, o sistema de controle sobre os funcionários era direto, atualmente é intermediado pelo aplicativo, através de "estrelas" definidas pelo usuário, incentivos ou até mesmo punições. Sendo assim, é evidente que há um controle sobre os trabalhadores através da subordinação algorítmica.

Portanto, o direito não deve se manter rígido a letra da lei, mas compreender o desenvolvimento tecnológico e se adaptar com o intuído de proporcionar a proteção àqueles que mais precisam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao introduzir o espaço como variável de análise, os excedentes de mão-de-obra ou de capital sob a forma de mercadorias, por exemplo, podem ser escoados por meio da exportação. A empresa multinacional, capaz de deslocar capital e tecnologia rapidamente para diversos lugares, controlando recursos, mercados de consumo e de trabalho e oportunidade de lucro enquanto organiza sua própria divisão territorial do trabalho obtém muito mais lucro do que uma empresa familiar. Por isso este trabalho iniciou uma abordagem sobre o desenvolvimento capitalista e, logo em seguida, apresentou o conceito de institucionalismo jurídico, que se concentra nos aparatos legais e políticos de poder e legitimação que dizem respeito a direitos abstratos, bem como ao fluxo de bens e serviços materiais. A partir do desenvolvimento do senso comum de escolha política teve nas quatro fases principais na história, e conhecendo os dois sentidos dos atos políticos, será verificado como regulamentação capitalista projeta esses poderes legislativos e executivos.

Porém, no que tange a regulamentação de tecnologia, denota-se que os poderes executivos e legislativos ainda não definiram uma política acerca deste assunto, por isso cabe ao poder judiciário aplicar algumas correntes doutrinárias para estes casos, especialmente no que tange à responsabilização civil usada nos casos de terceirização, que possivelmente podem ser adaptados para estes casos.

O relatório qualitativo confeccionado pela Fundação Getúlio Vargas, evidenciou o impacto das novas tecnologias no direito, ou seja, a forma pelo qual a área jurídica vêm

respondendo às evoluções tecnológicas. Diante disso, conclui-se que os profissionais estão se adaptando; o uso das tecnologias nos processos de grandes repetições é perspicaz; há diversas formas de integração dessas duas áreas, sendo que pode ser adaptada a realidade de cada instituição/empresa.

Outrossim, pode-se observar que não só as tecnologias são adaptadas para o desenvolvimento do direito, mas o operador do direito deve compreender a realidades dessas mudanças e aprimorá-lo.

Uber, Rappi, Ifood, crescem em uma progressão geométrica e na mesma proporção inovam as relações trabalhistas. Estas empresas fornecem uma plataforma virtual, que alegam ser uma base de dados de clientes e prestadores de serviços, permitindo a habilitação de trabalhadores como autônomos. Sendo assim, com a não aplicação das proteções concedidas pelo Direito do Trabalho — especialmente do salário base — o cliente, através de estas plataformas, pode obter o serviço no preço mais baixo que uma empresa tradicional poderia oferecer

Dessa forma, constatou-se que a relação entre a empresa Uber e o prestador de serviço é fragilizada e sem a proteção do estado. Estas empresas fornecem uma plataforma virtual, que alegam ser uma base de dados de clientes e prestadores de serviços, negando qualquer tipo de relação trabalhista, tendo em vista que não cumprem os requisitos estabelecidos em lei e doutrinas.

Contudo, as formas de controle entre a empresa e o prestador de serviço não deixaram de existir, apenas, se modificaram. As empresas confiam em avaliações de clientes para garantir altos padrões de prestação de serviços. Além disso, utilizam um sistema denominado de regime de “stick and carrots” (punição e recompensa).

Portanto, é difícil o direito acompanhar a realidade, mas não se pode deixar uma parcela da população desprotegida, os mais fragilizados socialmente, por mera ausência de definições. Sendo assim, compreendemos que deve ser aplicado uma interpretação análoga a conceitos como subordinação e subordinação algorítmica, além de aperfeiçoar a legislação trabalhista a esta nova realidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> . Acesso em 9 Jun. de 2020.

CARELLI, Rodrigo. Trabalho na Uber é Neofeudal, diz estudo: são empreendedores de si mesmo proletarizados. Disponível em: https://www.sul21.com.br/areazero/2019/05/trabalho-na-uber-e-neofeudal-diz-estudo-sao-empreendedores-de-si-mesmo-proletarizados/ . Acesso em 09 de jun. de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito do Trabalho. Rio de janeiro: Impetus, 2001. Pag. 263

Fundação Getúlio Vargas (org.). Sumário Executivo da Pesquisa Quantitativa "TECNOLOGIA, PROFISSÕES E ENSINO JURÍDICO". São Paulo: Fundação Getúlio Vargas,

2018. Disponível em: Https://www.academia.edu/39575635/Sum%C3%A1rio_Executivo_da_Pesquisa_Qualitativa_TECNOLOGIA_PROFISS%C3%95ES_E_ENSINO_JUR%C3%8DDICO_ . Acesso 7 jun de 2020

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. Tradução Carlos Szlak. Coordenação Antônio Carlos Robert Moraes. São Paulo: Annablume, 2005.

HUET, E., "Uber Deactivated A Driver For Tweeting A Negative Story About Uber". Forbes, 2014. Disponivel em https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/10/16/uber-driver-deactivated-over-tweet/#50d28c626a4c . Acesso em 12 de julho de 2020.

KENNEDY, David. "The 'Rule of Law,' Political Choices and Development Common Sense," in David M. Trubek & Alvaro Santos (Eds). The New Law and Economic Development, Cambridge University Press, pp. 95-173 (2006). Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/ruleoflaw.pdf.

MASELLI, Ilaria; LENAERTS, Karolien; BEBLAVY, Miroslav. Five things we need to know about the on- demand economy. Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2016/01/CEPS%20Essay%20No%2021%20On%20Demand%20Economy.pdf . Acesso em:7 jul . 2020.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

GINDIS, Simon; HODGSON, David; KAINAN, Geoffrey; PISTOR, Huang. "Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law", Journal of Comparative Economics, Volume 45, Issue 1, February 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=26010355.

TODOLÍ-SIGNES, Adrían. El impacto de la "uber economy" em las relacio- nes laborales: los efectos de las plataformas virtuales em el contrato de trabajo. Março, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705538 >. Acesso em 20 jun. 2020

Uberização. Entrevistador: Rafael Rigueira Carneiro Leão. Entrevistado : Gabriel Calado. Jus Postulandi, 10 jul 2019. Podcast. Disponivel em: http://juspostulandi.podcloud.site/post/uberizacao?id=61f4291a-5182-484f-9822-6bb5cd67a65f . Acesso em: 25 jun de 2020

Artigo Científico

"OUTRAGE CULTURE" E A SUPEREXPOSIÇÃO DO RÉU NAS MÍDIAS SOCIAIS EM CONFLITO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

"OUTRAGE CULTURE" AND THE OVEREXPOSURE ON SOCIAL MEDIA IN CONFLICT WITH CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF THE DEFENDANT

"O julgamento pela mídia e não com a mídia é o nosso Big Brother Penal do momento. Os investigados e acusados participantes, todos no paredão, com manchetes, jornais, linchamento público, sem devido processo legal."

(Alexandre Morais da Rosa)

Caio José Arruda Amarante de Oliveira*
Beatriz Siqueira Coutinho Suassuna**

Resumo: Hodiernamente, a sociedade da informação vem gerando impactos e paradigmas a serem superados pelo Poder Judiciário. A espetacularização do processo penal, por exemplo, vem mitigando as garantias fundamentais do acusado, na medida em que, com a superexposição do réu de determinado crime, impulsiona-se o fenômeno da cultura do cancelamento. Desse modo, ausentes as garantias fundamentais e os corolários constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o réu tem sua pena decretada pelas mídias sociais, que emergem no intento de demonstrar, com duvidosa probidade, a culpabilidade do indivíduo, tendo como taxativa a máxima celeridade. O crime pela mídia, no entanto, não raras vezes, exaure-se tão somente como uma mercadoria e, assim, é construída a sua melhor narrativa, isto é, a que gera mais lucros ou likes. Ademais, baseado em uma ontologia ultrapassada e autoritária, a comoção social vislumbrada pela cultura do cancelamento pode até vir a gerar a decretação da prisão preventiva do réu, através de um dispositivo legislativo generalista que torna discricionário o entendimento do julgador. Por sua vez, de tempos em tempos, os julgamentos antecipados das redes sociais se mostram equivocados, como, por exemplo, nos casos em que se pode perceber as "falsas memórias" das vítimas, problemáticas ao passo em que a falsa imputação ao acusado não é dolosa, mas inconsciente. Sendo assim, a mensagem do processo penal democrático, nesses casos, é a de que até o evidente precisa ser provado em contraditório judicial. Objetiva-se discutir a problemática da outrage culture e sua perigosa relação com o processo criminal.

* Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Estadual da Paraíba, PIBIC/UEPB/CNPq. Email: caioarruda31@gmail.com.
** Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Estadual da Paraíba, PIBIC/UEPB/CNPq.
Email: beatrizsiqueiracoutinho@gmail.com.

Palavras-chave: Cultura do cancelamento. Mídias Sociais. Garantias Constitucionais.

Abstract: *Today, the information society has been generating impacts and paradigms to be overcome by the Judiciary. The spectacularization of the criminal process, for example, has been mitigating the fundamental guarantees of the accused, as, with the overexposure of the defendant of a certain crime, the phenomenon of the outrage culture is promoted. Thus, absent the fundamental guarantees and constitutional corollaries of the contradictory and the broad defence, the defendant has his sentence decreed by social media, which emerge in an attempt to demonstrate with doubtful probability the guilt of the individual, with the utmost speed as a matter of fact. Crime by the media, however, is often exhausted only as a commodity, and therefore, its best narrative is built, that is, the one that generates the most profits or likes. Furthermore, based on an outdated and authoritarian ontology, the social commotion envisioned by the cancel culture may even generate the decree of the defendant's preventive detention, through a generalist legislative device that makes the judge's understanding discretionary. In turn, from time to time, the early judgments of social networks prove to be wrong, for example, in cases where it is possible to perceive the victims' "false memories", problematic whereas the false imputation to the accused is not intentional, but unconscious. If so, the message of the democratic criminal process in these cases is that even the evident needs to be proved in a judicial adversary. The objective is to discuss the issue of outrage culture and its dangerous relationship with the criminal process.*

Key-words: *Outrage culture. Social Media. Constitutional Guarantees.*

1. INTRODUÇÃO

É cediço que os pressupostos democráticos e a afirmação das liberdades individuais pela Constituição Federal Brasileira de 1988 – pós ditadura – reiteram a participação popular e a liberdade de expressão como forma de assegurar aquelas garantias violadas no período lúgubre da história brasileira (1964-1985). No entanto, ressalta-se que as manifestações de tais direitos e garantias devem estar ponderadas e balizadas sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana.

A Era da Informação, contudo, trouxe repercussões significativas em todas as áreas do Direito. Necessário se faz, assim, evitar que se legitime a consciência popular no sentido de banalização da imagem do acusado pelas redes sociais, alimentando a "cultura do cancelamento" e mitigando as garantias constitucionais (e humanas) – que devem se fazer presentes no devido processo penal.

A *outrage culture*, portanto, aplicada ao Direito Penal, restaria definida pela negação do contraditório e pela reprodução em massa dos "pré-juízos" do acusado nas plataformas de interação social, como o *Facebook*, o *Twitter* e o *Youtube*. Aqueles que "cancelam" o acusado findam por exercer o papel de juiz criminal nestas redes sociais, acreditando que possuem a competência para a "aplicação e dosimetria da pena".

Nessa esteira, tais reproduções podem resultar na violação de direitos fundamentais e em pré-julgamentos através das mídias sociais que, muitas vezes, chegam a contaminar a atividade do julgador do processo penal, gerando uma confusão entre o papel de juiz e acusador e fazendo renascer a figura medieval do juiz-inquisidor (CASA-

RA, 2019). O clamor público, por exemplo, surge como um dos possíveis fundamentos para decretação da prisão preventiva do acusado.

Não obstante, questiona-se a idoneidade do fundamento supracitado, à medida que o clamor público se estabelece por meios extrínsecos ao processo, não estando baseado, tão somente, nos instrumentos democráticos que reafirmam o processo penal democrático comprometido com a punição do crime, mormente, com a ressocialização do acusado.

Ademais, paira no processo criminal o imbróglio das "falsas memórias" que, por vezes, além de servir de prova – mesmo que corrompida – para os juízes da *internet,* contaminam a atividade do magistrado, competente legal para, ao lume dos princípios constitucionais, julgar o indivíduo, decidindo pela sua liberdade ou sua condenação.

Indaga-se, nesse sentido, acerca da necessidade e da validade das "falsas memórias" no processo de convencimento do julgador. Sob esse parâmetro: o princípio constitucional da presunção de inocência estaria flagrantemente violado? Qual o procedimento correto na apuração do crime, em harmonia com a proteção das liberdades individuais do acusado?

Reconhecer-se-á, nessa esteira, a inerência das garantias constitucionais, frente ao princípio acusatório do sistema processual penal brasileiro e do próprio conteúdo axiológico do Estado Democrático de Direito em si, afirmado pela Constituição de 1988. Investiga-se, portanto, o ponto de equilíbrio entre a liberdade de expressão na *internet* e a proteção dos direitos humanos do acusado, resguardando, ao Estado, a exclusividade do *jus puniendi*.

Salienta-se que a existência de um Estado plural, democrático e comprometido com as liberdades individuais não legitima a supressão de direitos daqueles que cometem crimes, muito menos se esta atitude persecutória e julgadora parte de um terceiro alheio, incompetente legalmente para aplicação da sanção penal adequada. Por sua vez, o poder de penar somente será legítimo se aliado a ele for restabelecida a ordem jurídica e conservada a possibilidade de ressocialização do acusado.

Quanto à metodologia, de início, é extremamente necessário apontar a importância de se ter um zelo técnico sofisticado na elaboração da metodologia da pesquisa científica, visto que aquela é essencial a esta, isto é, existe entre a pesquisa e o método utilizado uma relação de simbiose pela padronização do engajamento científico com vistas à obtenção de um conhecimento que consiga alcançar a solução dos embates desencadeados pela sociedade.

A *posteriori,* verifica-se o quão indispensável é a feitura da metodologia. Assim, o presente trabalho arrolará como método de procedimento o método explicativo, identificando a necessária ponderação entre os direitos fundamentais e a exposição indevida da imagem do acusado nas plataformas digitais, ferindo os princípios constitucionais e os direitos humanos da pessoa indiciada/acusada.

Desse modo, poder-se-á arrolar este como o principal a contornar a pesquisa, toda-

via, sem embargo que, ao longo desta investigação, se reúna outros métodos de procedimento. No que concerne ao método de abordagem, a pesquisa se deterá ao método dedutivo, assim, analisar-se-á, a contento, o "julgamento antecipado" do acusado nas redes sociais, com as "falsas memórias" desenvolvidas pela vítima que podem resultar no achincalhamento da dignidade da pessoa humana, sem nem mesmo comprovação posterior de culpa, e sua influência no âmbito processual penal.

2. AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO E O FENÔMENO DA "ESPETACULARIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL"

O Estado Democrático de Direito, característico das atuais democracias modernas ao redor do mundo, e, igualmente, consagrado em nossa Carta Magna a partir de 1988, edificou-se, principalmente, a partir do delineamento de limites ao exercício de poder, notadamente, através dos direitos fundamentais garantidos a todos.

No âmbito penal, um dos postulados basilares que desponta como garantidor do caráter democrático do processo consiste no princípio do devido processo legal, que foi positivado em nosso ordenamento jurídico através da redação do art. 5º, LIV, da CF/88 (*"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal")*. Nesse sentido, ao réu devem ser assegurados todos e quaisquer recursos e meios legais inerentes à defesa, sob pena de nulidade dos atos persecutórios.

Da garantia constitucional do *"due process of law"* decorrem, dentre outras, importantes prerrogativas, como: o contraditório e a ampla defesa, a publicidade do processo, a proibição de provas ilícitas, o tratamento paritário às partes, a razoabilidade da duração do processo, o duplo grau de jurisdição, a garantia do acesso à justiça e o direito de ser presumido inocente até o advento do trânsito em julgado.

É nesse sentido que, a fim de garantir um processo justo e digno para todo sujeito, observando sempre as exigências do direito e, portanto, tentando evitar qualquer tipo de abuso de poder e decisões jurídicas indevidas, a jurisprudência vem consolidando a importância de ninguém ser privado de sua liberdade, bens ou direitos sem que a ele seja assegurado o devido processo legal.

Por igual, a importância da garantia dos direitos do acusado no processo penal é amplamente explorada na doutrina e na jurisprudência. Destaca o professor Hélio Tornaghi, a exemplo, que "a lei de processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais", protegendo "os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes" (TORNAGHI, 1967, p. 15).

Da mesma forma, em recente decisão do Inquérito 4831/DF, o decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, dedicou-se a reafirmar o entendimento consolidado da Corte em ressaltar a observância do devido processo legal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu e, consequentemente, como fundamento imprescindível do Estado Democrático de Direito:

> [...] o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois - insista-se - o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder eventualmente perpetrado por agentes e autoridades estatais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Inquérito nº 4.831/DF).

Nos últimos tempos, entretanto, não somente as garantias processuais penais, mas os direitos e garantias individuais, como um todo, têm sofrido um processo de intensa relativização, ao mesmo tempo em que "o Sistema de Justiça Criminal, sempre seletivo, tornou-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa" (CASARA, 2019, p. 158), gerando o fenômeno denominado de "espetacularização do processo penal".

Este fenômeno é especialmente caracterizado por um maniqueísmo exacerbado, que insiste em reduzir a realidade a uma luta entre o bem e o mal e, consequentemente, em um julgamento antecipado dos sujeitos que, teoricamente, deveriam ter seus direitos fundamentais garantidos no decorrer de todo o processo, independentemente do juízo final.

Assim, em nome do entretenimento das massas, não somente mais através das televisões, mas principalmente das redes sociais, essas garantias, inerentes ao processo penal no Estado Democrático de Direito, desaparecem e o crime se torna mercadoria explorada pelos meios de comunicação.

Ao explorar as sensações de medo, insegurança e impunidade da população, um maior rigor penal, principalmente através do endurecimento das penas, passa a ser apontado como remédio para diversos problemas sociais (LIRA, 2014). Nas palavras do juiz e professor Rubens Casara:

> [...] os valores típicos da jurisdição penal de viés liberal ("verdade" e "liberdade") são abandonados e substituídos por um enredo que aposta na prisão e no sofrimento imposto a investigados e réus como forma de manter a ação e agradar ao público; isso faz com que a atividade processual cada vez mais limite-se a confirmar a hipótese acusatória, que faz as vezes do roteiro do espetáculo (CASARA, 2019, p. 160).

Longe de se guiar pelos limites impostos legalmente, o populismo penal, instrumentalizado pela mídia e pelas redes, finda por atuar de forma paralela ao Judiciário, promovendo suas próprias investigações, acusações e, até julgamentos, submetendo

o processo penal ao clamor público.

Mais do que informar criticamente, passa a influenciar o desenvolvimento do caso penal, que, como depreende-se de recentes casos de grande repercussão na mídia nacional, a exemplo do caso Mensalão e da Operação Lava Jato, serve descomedidamente ao espetáculo, o qual, pontuou Guy Debord, tem fim em si mesmo (DEBORD, 1997). Em tom de denúncia, Lopes Júnior e Rosa (2018, p. 103) assentam:

> Defender direitos dos acusados passou a ser uma atividade clandestina. Em nome do bem, dos bons e justos, divididos em dois lados, os enunciadores da salvação colocam-se na missão (quase divina) de defenestrar o mal na terra, transformando qualquer violador da ordem em "tubarão", na luta por sua extinção (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2018, p. 103).

Cada vez mais, portanto, os atores jurídicos, utilizando-se da retórica de uma participação "democrática" por parte da população, têm condicionado completamente o processo, em tese, protetor das garantias penais do acusado, à opinião e à vontade da maioria. O consenso, nesse sentido, tem guiado profundas cisões nas garantias fundamentais do acusado, em virtude do julgamento antecipado nas mídias sociais e a cultura do cancelamento *en vogue*.

3. INTERSEÇÕES ENTRE A CULTURA DO CANCELAMENTO E O "JULGAMENTO ANTECIPADO" DAS MÍDIAS SOCIAIS

A "cultura do cancelamento", *per se,* é a negação do outro, da contradição e dos contra-argumentos. Sem embargo, tais condutas são incompatíveis com o devido processo penal democrático, que necessita da estrutura da tese-antítese para formação da verdade processual, sustentada através dos corolários do contraditório e da ampla defesa (ALMEIDA, 2020).

Presente nas reproduções textuais das mídias sociais, a *outrage culture* ressignifica e potencializa o "julgamento antecipado" do acusado em processo penal, maculando os direitos individuais inerentes à condição humana, que são reconhecidos alhures desde as Declarações burguesas do Século XVIII. Lopes Júnior e Rosa (2018, p. 68) esclarecem:

> O processo penal do espetáculo objetiva "esculachar" qualquer um dos indiciados e/ou acusados e, ainda que promova a responsabilização aparente da classe vip, traz consigo a espetacularização, com maior vigor, dos crimes que estão próximos do sujeito [...] todos que se colocam como Salvadores, mais cedo ou mais tarde, mostram a faceta autoritária em nome da causa, da necessidade, do Estado de Exceção. Percebem as regras processuais como uma barreira que deve ser transposta em nome da necessidade (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2018, p. 68-69).

Sob essa perspectiva, Lopes Júnior e Badaró (2001, p. 01) expõem que, com a teoria da relatividade, rompe-se com o paradigma newtoniano do tempo. Isto é, na superada tese, o universo seria previsível, um autômato, que teria como símbolo o relógio. Nada obstante, a tese de Einstein mostrara a incessante busca pelo presenteísmo, que significaria a expansão do presente, no meio de um passado que não existe e um futuro que ainda não é.

Incluso nesse cenário, e dentro da ótica da sociedade, o Poder Judiciário deixa de corresponder ao imaginário social acerca das resoluções das demandas e, assim, hodiernamente, não importa a qualidade da apreciação dos conflitos levados a juízo. Por sua vez, demonstra mais eficiência na óptica pública a quantidade de processos que são solucionados, ainda que indevidamente, desrespeitando os princípios basilares da atuação estatal. Frise-se, de sobremaneira, que o princípio da duração razoável do processo não compreende a mitigação das garantias fundamentais e, assim sendo, não reflete a busca da celeridade máxima do processo.

A superexposição do réu, portanto, acontece muitas vezes em reação a matérias jornalísticas, denotando, assim, o importante papel da mídia na devida – ou indevida - elucidação dos casos criminais, sempre se balizando – ou devendo se balizar, ao menos - na dignidade da pessoa humana do acusado. Desse modo, Cornu *apud* Andrade (2007, p. 48) aponta que "a missão geral da imprensa é informar o cidadão, para que este seja capaz de formar a sua própria opinião", ainda que, por vezes, extrapole o *animus narrandi* e haja intuito difamatório.

Em continuidade, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 402) esclarecem que a formação da opinião pública nas mídias sociais tem como pressuposto o livre e exauriente exercício da liberdade de pensamento, por intermédio da consciente formação da opinião do indivíduo. Contudo, difícil será a consubstanciação do alheamento do julgador, quando presente a espetacularização do processo penal através das mídias sociais. Assim, Coutinho (2001, p. 37) aponta:

> Abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade de crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro (COUTINHO, 2001, p.37).

Necessário, então, que o julgador do processo em evidência estabeleça um distanciamento da imagem do acusado, desvinculando-a dos comentários facilmente e reiteradamente encontrados nas plataformas de interação social. Em não sendo assim, estaria contaminado o juiz, e, portanto, maculado estaria o processo.

Pode-se, não à toa, encontrar a mensagem implícita da sentença do acusado que fora condenado com base na propagação midiática, qual seja: "Posso omitir ou inverter fatos e errar datas, mas não é possível enganar-me quanto àquilo que senti ou quanto àquilo que os meus sentimentos me levaram a fazer" (ROUSSEAU *apud* SANTOS, 2014, p. 103).

Noutra perspectiva, Zaffaroni *et al.* (2003, p. 45) denuncia a influência do poder punitivo por outras "agências" ou empresários morais, que chegam a interferir até mesmo na produção legislativa em matéria criminal, ou seja, há, por excelência, a execução dessas empresas de comunicação social (BATISTA, 2002, p. 254). Zaffaroni (2011, p. 45), assim, define o empresário moral:

> O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de um poder ou organização que reivindica os direitos da minoria, etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa como seja feito e sim como é comunicado (ZAFFARONI, 2011, p. 45).

Por sua vez, a execução destas agências dá-se pela postura no ambiente virtual, frente às notícias que trazem a superexposição do acusado em processo penal. Abala-se, por conseguinte, o convencimento jurídico do magistrado de "pré-juízos", isto é, cognições anteriores e exteriores ao processo de decisão que o contamina e o deslegitima. Inclinando para o respeito à dignidade *erga omnes*, Rabenhorst (2001, p. 41) elucida que:

> O reconhecimento de que todos os nossos semelhantes possuem um valor não pode admitir gradação ou hierarquia. Se admitirmos a existência de uma comunidade moral à qual todos os homens pertenceriam, tal comunidade não pode ser vista como um clube, cujos sócios podem aderir ou ser expulsos a qualquer momento em função de suas qualidades [...] **Se há uma comunidade moral, os patifes e os párias também fazem parte dela.** E se eles não reconhecem o valor dos outros indivíduos, isso não nos autoriza a negar-lhes este mesmo valor. O máximo que podemos fazê-los é puni-los, mas respeitando suas dignidades (RABENHORST, 2001, p.41) *(grifos nossos).*

Ainda mais palpável à essa altura, a interseção da "cultura do cancelamento" com o "julgamento antecipado" pelas agências ou empreendedores morais aludidos por Zaffaroni anteriormente. Dessa forma, a concepção adotada pelas redes sociais pode ser facilmente transparecida pela aprovação dos "agentes" das violações dos direitos humanos dos acusados, quando tudo se justificaria pela ojeriza ao crime. Em crítica ao discurso de ódio das redes sociais – desnutrido de democracia e racionalidade -, Newton (2015) protesta que:

> Propala-se um contínuo apelo à sociedade para adentrar aos palcos para o bailar da intolerância. Afirmo em letras garrafais: nenhum discurso de ódio, menosprezo, intransigência ou fúria será

> capaz de trazer paz e harmonia à sociedade. (NEWTON, 2015).

Portanto, o que se evidencia é a flagrante e enganosa publicidade do sistema penal, que tem como pressuposto o discurso de uma repressão penal distorcida, dramática e demonizada, e que encontra eco na intensa "divulgação pelos meios massivos de informação de condutas socialmente negativas ou conflituosas qualificadas como crimes" (KARAM, 2009, p. 22). Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 163) ressaltam, por fim, que "a luta está mais encarniçada do que nunca", favorecendo a supressão das liberdades individuais do réu em processo criminal.

Nesse contexto, "a semiformação passou a ser a forma dominante da consciência atual" (ADORNO, 2005, p. 02). Isto é, o conhecimento sumário dos fatos criminosos divulgados pelas mídias permitiu que a informação virasse uma arma para "doutos" julgadores na *internet*.

De toda sorte, linha tênue se estabelece entre o "julgamento antecipado" pelos usuários das redes sociais e os crimes contra a honra, especialmente o crime de calúnia, disposto no Art. 138 do Código Penal Brasileiro. Masson (2017, p. 196) define a calúnia, aduzindo:

> Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime [...] Além disso, é imprescindível a imputação da prática de um fato determinado, isto é, de uma situação concreta, contendo autor, objeto e suas circunstâncias (MASSON, 2017, p. 196).

Desse modo, à luz do princípio mor da presunção da inocência, as manifestações de pensamento nas redes sociais devem ser ponderadas e adstritas aos direitos fundamentais do acusado, combatendo a "cultura do cancelamento" e promovendo a imparcialidade do órgão competente para o julgamento criminal, na pretensão da satisfação da melhor justiça.

Em conclusão, os agentes que tentam influenciar o poder de penar indevidamente, por conseguinte, precisam ser obrigatoriamente responsabilizados, conforme o Art. 138 do CPB, além da reparação cível necessária aos danos de imagem causados. Quando financiada a *outrage culture,* "a psicanálise apenas confirma o costumeiro pronunciamento dos piedosos: todos nós não passamos de miseráveis pecadores" (FREUD, 1996).

3.1 AS "FALSAS MEMÓRIAS" E A CONTAMINAÇÃO DO PROCESSO PENAL PELAS MÍDIAS SOCIAIS VS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

As "falsas memórias" são os impulsos externos, que fazem com que o agente acredite honestamente no que está relatando sobre determinado fato ilícito. Ainda que

amplamente prejudicial ao processo, assim como a mentira, as "falsas lembranças" conseguem ser mais danosas, à medida que adentram no imaginário sem que o indivíduo tenha consciência disso.

Nesse sentido, contaminam o processo penal de falsas cognições: o próprio transcurso do tempo, o subjetivismo do magistrado, o viés inquisitório do processo penal brasileiro, e também - e por que não? - os discursos imbuídos de pré-julgamentos nas mídias sociais.

Quanto à necessidade de celeridade do processo penal, a fim de afastar as "falsas memórias" do processo, Mendes (2014, p. 404) assevera, portanto, que "a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana."

Doravante, o subjetivismo do magistrado pode trazer ao processo o poder de persuasão das mídias sociais no personagem de posse do *jus decisorium* em procedimento criminal: o juiz. Em consequência, este ator tende a confirmar seus juízos anteriores na busca incessante por uma verdade autoritária, que se materializa pelo princípio de matriz romano-germânica da busca pela verdade real. Di Gesu (2014, p. 177) afirma:

> Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela (DI GESU, 2014, p. 177).

Acerca das "falsas memórias", Loftus (1997) expõe, em pesquisa, que até mesmo as testemunhas presenciais de um evento delitivo são sugestionáveis e suas cognições não permanecem inalteradas, não obstante, as suas lembranças estão constantemente sendo reconstruídas. Imperioso salientar que "não se trata de demonizar a palavra da vítima, nada disso, senão de acautelar-se contra o endeusamento desta prova" (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 484).

Com efeito, ainda mais falíveis e parciais são os comentários das redes sociais em harmonia com a *outrage culture*, estes despidos completamente de qualquer conexão com o suposto crime. Os "empreendedores morais" se baseiam, tão somente, nas matérias de jornais ao proferirem suas "sentenças condenatórias", abusadoras dos direitos fundamentais expressos pela Constituição Brasileira e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Na proteção das arbitrariedades dos julgamentos, emerge o princípio da presunção da inocência, afirmado no Art. 5º, LVII da Constituição Federal. Este surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, em contraposição à presunção de culpabilidade implícita no entendimento de que a ação penal nasce do delito (PEREGO, 1918, p. 198). Em protesto, Lopes Júnior (2019, p. 99) aponta:

> Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção da inocência (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 99).

Outrossim, sustenta-se que ainda que não estivesse positivada, a presunção de inocência é um pressuposto no atual momento histórico da condição humana (CARVALHO, 2001, p. 51). Não à toa, mais que um dever de tratamento, o princípio impõe uma regra de julgamento, que consiste na absolvição do réu quando persistir a dúvida, em homenagem ao in dubio pro reo (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 355).

Entretanto, o que se cria com a ruptura da presunção da inocência é a formação de um sistema persecutório e incriminador, que muito se assemelha ao direito penal do inimigo, isto é, "por mais que o Direito Penal prometa ser do fato (julgamento de uma conduta), em geral, desloca-se para valorações morais e dos atributos pessoais dos envolvidos (acusado e/ou vítima)" (LOPES JÚNIOR, ROSA, 2018, p. 98). Nesse sentido, dissociando o direito penal do inimigo do direito penal dos cidadãos, Jakobs (2008, p. 143) sustenta que:

> O direito penal de inimigos tem que ser separado do direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum de que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma de direito penal dos cidadãos (JAKOBS, 2008, p. 143).

Nada obstante, as "falsas memórias" das vítimas e das testemunhas do processo criminal, que causam comoção pública nas redes sociais, também acarretam "julgamentos antecipados" pelos usuários, os quais provocam os limites constitucionais da dignidade da pessoa humana, fundamento republicano que implica na restrição e na racionalização do poder estatal (HÄBERLE, 2016, p. 116).

Em sentido convergente, estabelece-se como caso emblemático, no que tange às "falsas lembranças", o caso da Escola Base. Desse modo, em 1994, duas mães denunciaram que os seus filhos participavam de orgias sexuais organizadas pelos proprietários da Escola de Educação Infantil em São Paulo. Assim, Lopes Júnior (2019, p. 482) recorda:

> [...] Títulos como: "Kombi era motel na escolinha do sexo", "Perua escolar levava crianças para orgia no maternal do sexo" e "Exame procura a Aids nos alunos da escolinha do sexo". A revista Veja publicou em 6 de abril: "Uma escola de horrores" (LOPES JÚNIOR,

2019, p. 482).

Mais adiante, a notícia correu o país, sendo explorada diuturnamente por parte das mídias sociais e meios de comunicação social com manchetes sensacionalistas, que implantavam pré-julgamentos no imaginário coletivo. Há, portanto, uma cultura de propagação e de fomento aos casos criminais, divulgando-os de maneira massificada (CARNELUTTI, 1995, p. 45).

Somente meses depois, após o afastamento do delegado do caso, o inquérito policial foi arquivado, haja vista que nada foi demonstrado durante a investigação preliminar. No entanto, ainda hoje, ações de indenização contra o Estado de São Paulo e contra os jornais e emissoras que noticiaram indevidamente o caso tramitam nos tribunais superiores (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 482).

Todavia, a intimidade, a dignidade, e mais mormente, a reputação social da Escola foi gravemente vilipendiada, denotando a necessária ponderação dos comentários das redes sociais e da premência do enfrentamento à "cultura do cancelamento" em matéria penal, sob ameaça do corolário da presunção da inocência.

3.2 O CLAMOR PÚBLICO COMO FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O Art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro elenca as possibilidades de decretação da prisão preventiva. Dentre estas, a conservação da ordem pública aparece como uma das hipóteses mais controvertidas. Afinal, quais bens jurídicos o Poder Judiciário visa tutelar no procedimento criminal? Transcreve o dispositivo que "a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública [...] quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado" (BRASIL, 1943).

Isto posto, se, de um lado, manifestas a presunção de inocência e as garantias constitucionais do acusado como direitos fundamentais, *pari passu,* a cultura do cancelamento e a espetacularização do processo criminal pelas mídias sociais, na égide do Estado Democrático de Direito, ainda repercutem como um cenário que enseja a prisão cautelar do acusado.

Nesse sentido, é necessário apontar a temeridade de estabelecer a legislação como produto de um consenso, especialmente quando inserida no contexto da sociedade globalizada. Nessa perspectiva, as realidades se transformam em objetos simbólicos, que são, presumivelmente, distintos da essência própria das coisas (CASTRO *apud* LUKACS, 1933). Em conformidade, Lopes Júnior (2019) ainda explica que a prisão preventiva traz:

> [...] um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender (LOPES

JÚNIOR, 2019).

Assim, não afigura coerente que sobre o princípio acusatório, a abordagem massiva das mídias sociais na investigação criminal - que influencia a potencialização da *outrage culture* - sirva de pretexto para restrição da liberdade do indivíduo, antes mesmo do trânsito em julgado, com mais razão, pela generalidade da transcrição do dispositivo. Em sendo assim, em decisão tomada pela oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, aduziu-se:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GENITOR. NECESSIDADE DA PRISÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Ao contrário do juiz singular o magistrado que passou a atuar no feito entendeu pelo risco da manutenção da liberdade do agente, decretando a prisão preventiva. Decreto suficientemente fundamentado em requisito constante do art. 312 do CPP, a garantia da ordem pública, francamente ameaçada, especialmente pelo perfil de periculosidade do agente, em face da gravidade concreta do delito. **Clamor público demonstrado pelo anúncio de manifestação pública contra a soltura do agente.** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO. POR MAIORIA. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70059204446, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 10/09/2014) *(grifos nossos)*.

Entrementes, ao passo que a generalidade do Art. 312 do CPP permite um julgamento baseado em pura manifestação pública, como transcrito na ementa acima, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) já movem seus julgados em direção contrária, dando guarida à presunção de inocência e aos direitos fundamentais do acusado, que não devem ser escusados à estes, ainda que, definitivamente culpados pelos seus crimes. Isto é, o cometimento de fato delituoso não autoriza o magistrado, ou quem quer que seja, a suprimir a Dignidade da Pessoa Humana (RABENHORST, 2001, p. 41).

Pois, cabe salientar, este princípio, para além de revelar-se como uma aposta civilizatória optando em favor de possíveis inocentes, "representa uma proposta de segurança para o corpo social, visto que o arbítrio estatal representa uma forma de violência igual, ou até pior [...] que a cometida pelo criminoso" (CASARA, 2019, p. 152). Assim, aduz-se:

> "HABEAS CORPUS" - DECISÃO DE PRONÚNCIA - PRISÃO DECRETADA COM FUNDAMENTO NO CLAMOR PÚBLICO E NA SUPOSTA TENTATIVA DE EVASÃO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER

> EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - **A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade.** A prisão decorrente de decisão de pronúncia, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO OU A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - **O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.** - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do réu. Precedentes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 96483, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe: 02/04/2009) *(grifos nossos).*

Desse modo, em conformidade com o entendimento do relator da ementa supramencionada - o decano Ministro Celso de Mello -, resta evidente o caráter excepcional da prisão cautelar, que não se confunde com a execução antecipada da pena, manifestamente inconstitucional. Do contrário, gravemente vilipendiado estaria o postulado da liberdade, haja vista que se mostra ululante o descompasso do clamor público como idôneo fundamento para decretação de prisão preventiva.

Novamente, é preciso enfatizar que perigosas se configuram as aproximações atribuídas entre o processo cível e o penal. Confunde-se, - e não poucas vezes - a tutela cautelar do procedimento civil com o *periculum libertatis.* De toda sorte, é preciso delinear que, na esteira das lições de Lopes Júnior (2019, p. 519), o "perigo da liberdade" do procedimento penal definitivamente não tem relação com a demora do provimento, *a contrario sensu*, vincula-se ao risco da situação de liberdade do acusado, que mormente é regido pelo princípio da provisoriedade, ou seja, o risco atende a um lapso temporal, que findado, resgatada deve ser a situação anterior, ensejando a liberdade do acusado.

Contudo, formas generalistas como o clamor público atendem à arbitrariedade do Poder Judiciário, que, frente a fórmulas vazias, fundamentam o arbítrio de maneira *ex lege.* Quando presentes a insuficiência legislativa e o decisionismo, o resultado não poderia ser outro senão a obscuridade das regras e a formação de espaços im-

próprios que sobrelevam a discricionaridade judicial (LOPES JÚNIOR; ROSA, 2018, p. 46). A cultura do cancelamento, isto é, o clamor público ou a comoção social *gourmet*, como uma das hipóteses provocadoras da prisão preventiva, obsta o processo penal democrático, na medida em que impõe o consenso como justificativa de restrição da liberdade do réu.

Por fim, o julgador, em posse de norma tão imprecisa, poderá justificar - à exemplo do personagem Humpty-Dumpty, da obra *Alice Através do Espelho* - que "quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que ela signifique: nem mais, nem menos" (CARROLL, 2015), o que é incompatível com o *due process of law* e gera, assim, uma nódoa irreparável nas garantias fundamentais do acusado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente artigo, discutiu-se acerca da irrupção de novos fenômenos advindos das transformações observadas a partir da Era da Informação, a exemplo da "cultura do cancelamento", ou ainda, *"outrage culture",* e, consequentemente, da sua repercussão no âmbito processual penal, principalmente no que tange à relativização das garantias processuais penais intrínsecas ao regime democrático e à contaminação da atividade julgadora do magistrado.

Marcado por uma tendência de banalização da imagem do réu e de uma prática antecipada do seu julgamento, tal fenômeno consiste em produtos diretos da denominada "espetacularização do processo penal" que é impulsionada pelas mídias sociais, quando da mercantilização do crime, que prioriza o enredo ao fato, intentando tão somente o "desejo da audiência". O resultado é, assim, a subversão da lógica democrática positivada em nosso ordenamento jurídico.

O postulado da presunção de inocência, que, em tese, deveria guiar todo o sistema de justiça criminal, desponta como o mais duramente atingido em meio às violações que são observadas nesse processo, em que, por exemplo, o clamor popular, alimentado pela visão punitivista que há séculos predomina no imaginário social, bem como no Judiciário, serve de fundamento para decretação de prisões preventivas. Outrossim, cognições corrompidas, isto é, as chamadas "falsas memórias", penetram no procedimento criminal, influenciando não apenas as partes do processo, mas também o próprio juiz, a quem compete assegurar a justa prestação jurisdicional.

Dessa forma, conclui-se que se faz imprescindível uma adequada ponderação com relação as liberdades de expressão e pensamento manifestadas nas redes e nas mídias em geral, bem como as garantias e direitos individuais do sujeito à quem imputa-se a prática delituosa, com o propósito de que, durante todo o decorrer da persecução criminal, sejam-lhe assegurados todos os recursos e meios legais de defesa, combatendo, por conseguinte, a contaminação dos atores jurídicos pelos danosos pré-juízos e garantindo o monopólio do *ius puniendi* pelo Estado, tal como a imparcialidade e a efetividade da jurisdição penal.

Reitera-se, por fim, que, quando ignorados os preceitos constitucionais, isto é, quando o processo se dirige ao réu – e às suas características pessoais - e não ao

crime, a Constituição, as leis e os princípios gerais do direito servem tão somente à interpretação arbitrária e inquisitiva do julgador, e anterior a isso – frise-se novamente, devido a importância que guarda -, é a influência do juiz e da sociedade pela ciranda narrativa e os pré-juízos das mídias sociais no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor. *Teoria da Semicultura.* Porto Velho: Edufro, 2005.

ALMEIDA, Sílvio. *A cultura do "cancelamento" é a antipolítica por excelência*. Portal Disparada. Disponível em: https://portaldisparada.com.br/cultura-e-ideologia/cancelamento-antipolitica/. Acesso em: 07 out. 2020.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e poder judiciário:* a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade,* nº 12. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Câmara dos Deputados, 49° Edição, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 96483.* Relator: Celso de Mello. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584852. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.831*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/celso-degravacao-reuniao-ministerial.pdf. Acesso em: 19 jun. 2020.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.* Recurso em sentido estrito nº 70059204446. Relator: Fabianne Breton Baisch. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em: 21 de out. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal.* Tradução: José Antônio Cardinalli. Brasil: Conan, 1995.

CARROLL, Lewis. *Alice através do espelho.* São Paulo: Editora 34, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASARA, Rubens. *Estado Pós-Democrático: neobscurantismo e gestão dos indesejáveis.* 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. - Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1933.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais.* Porto Alegre, ano 1, nº 1, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA; Alexandre Morais da. *Delação Premiada no Limite:* A Controvertida Justiça Negocial Made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo: comentários sobre a sociedade do espetáculo.* Rio de Janeiro: Contraponto, 1997

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu & outros trabalhos.* Trad. Jayme Salomão. São Paulo: Imago, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições.* São Paulo: Saraiva, 2016.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do direito penal.* Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KARAM, Maria Lucia. *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo.* Escritos sobre a liberdade, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOFTUS, Elizabeth. Creating False Memories. *Scientific American Magazine,* Washington, v. 277, n.3, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MASSON, Cléber. *Direito Penal:* Parte Especial. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:* Estudos de Direito Constitucional. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014

NEWTON, Paulla Christianne da Costa. O baile da vendeta e da morte. Jornal GGN. [s.l]. 18 set. 2015.

PEREGO, Luigi. *I Nuovi Valori Filosofici e Il Diritto Penale.* Milano: Società Editrice Libraria, 1918.

RABENHORST, Eduardo. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática.* Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Direito dos Oprimidos: sociologia crítica do direito.* São Paulo: Cortez, 2014.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. *Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro* – I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Artigo Científico

A DIGNIDADE DA PESSOA ENCARCERADA EM TEMPOS DE PANDEMIA: A INCONGRUÊNCIA NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS ANTE À RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SEUS REFLEXOS NA EXECUÇÃO DA PENA

THE DIGNITY OF IMPRISONED PEOPLE IN PANDEMIC TIMES: THE INCONGRUITY IN THE COURTS DECISIONS IN VIEW OF THE N. 62/2020 NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE RECOMMENDATION AND THEIR REFLECTION ON THE EXECUTION OF THE PENALTY

Juliana Chechi*

Resumo: EO Brasil ocupa o 3º lugar no ranking dos países com a maior população carcerária do mundo, totalizando 773.151 (setecentos e três mil cento e cinquenta e um) mil presos. Como se sabe, as condições em que esses apenados cumprem pena são desumanas, o que facilita a propagação do novo coronavírus. Visando diminuir a velocidade em que a COVID-19 pode se espalhar nas unidades penitenciárias e o número de encarcerados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editou a recomendação nº 62/2020, tendo em vista que o Estado deve assegurar o pleno respeito à dignidade, os direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Porém, quando é feita uma análise das fundamentações nas decisões judiciais, é possível se deparar com a falta de uniformidade na aplicação da atual recomendação. Diante desse conjunto de fatores, as decisões judiciais passam a ocupar o centro do problema na esfera penal, ficando nítida a necessidade da teoria da decisão judicial, para tornar mais eficiente e coerente o poder jurisdicional, controlando e legitimando as decisões criativas dos magistrados. Sendo necessário que se desenvolvam critérios a serem seguidos que respeitem o dever de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal e art. 315 do Código de Processo Penal, tendo assim, um respeito maior aos princípios da execução da pena e todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Sistema Prisional. Pandemia. Legalidade. Execução da Pena.

Abstract: *The Brazil fill the 3rd place in the ranking of the countries with the most incarcerated population of the world, totalizing 773.151 (seven hundred three thousand one hundred fifty one) thousand prisoners. As know as, the conditions of the jailed fulfill their penalty are inhuman, what facilitates the propagation of the new coronavirus. Aiming to*

* Graduanda de Direito no Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas/PR

decrease the velocity that the COVID-19 can propagate in the prisional unities and the number of the incarcerated people, the National Council of Justice (CNJ), edited the nº. 62/2020 recommendation, in view of the State must guarantee the full respect for dignity, the human rights and the fundamental freedom of the people deprived of their liberty. However, when an analysis of the legal grounds is made, it's possible to came across a lack of uniformity in the application of the current recommendation. Before a set of factors, the judicial decisions passed to occupy the center of the problem in the penal sphere, There is a clear need for the theory of judicial decision, in order to, that make more effective and coherent the jurisdictional power, controlling and legitimizing the creative decisions of magistrates. Being necessary to develop standards that have to be followed that respect the duty to state reasons, provided for art. 93, IX of the Federal Constitution and in the art. 315 of the Code of Criminal Procedure, thus having a grater respect for the principles of the execution of the sentence and the entire legal system..

Keywords: *Execution of the Sentence. Loyalty. Pandemic. Prisional system.*

1. INTRODUÇÃO

O cenário atípico em que estamos vivendo afetou diversos setores da sociedade e fez com que fosse necessário tomar certas medidas com o objetivo de minimizar as consequências trazidas pelo COVID-19.

Existem parcelas da população que são mais vulneráveis e consequentemente mais expostas ao vírus, e, como nosso sistema carcerário lidera os casos de violação de direitos fundamentais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previsto no art. 103-B da Constituição Federal, editou a recomendação nº 62/2020, que tem a finalidade de tonar a prisão excepcional para que se tenha "o adequado enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus" (CNJ, 2020, p. 3).

Porém, grande parte dos juízes não aderiu a recomendação, sendo esta a problemática do artigo, ou seja, a falta de uniformização das decisões judiciais, mostrando que nosso poder judiciário por vezes, está tomado pelo ativismo judicial, fazendo com que seja importante o debate crítico sobre alguns aspectos da teoria da decisão, tendo em vista que os magistrados devem proferir decisões que fortaleçam nossa democracia.

O artigo irá se estruturar em quatro partes, sucedidas pela conclusão final. A primeira parte irá expor de forma geral a crise do nosso sistema prisional. A segunda parte explicará a importância do respeito aos princípios da execução da pena, visando a dignidade dos apenados dentro do cenário em que estamos vivendo. A terceira parte se delimitará em trazer alguns casos concretos de decisões que não estão aplicando a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, e o como o ativismo judicial explica essa arbitrariedade. E a quarta parte será dedicada a expor a importância de uma teoria da decisão no Estado Democrático de Direito, que resulte em uma maior transparência e segurança jurídica na esfera penal.

A metodologia adotada para cumprir os objetivos do presente artigo foi revisão bibliográfica e a coleta de dados no INFOPEN, acerca da população carcerária. Os

materiais consultados foram livros, legislações, decisões judiciais, artigos científicos e informações fornecidas pelos órgãos governamentais.

2. A LETALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Não é de hoje que o nosso sistema carcerário enfrenta diversas dificuldades, não sendo capaz de promover a ressocialização das pessoas privadas de liberdade, e além de toda essa precariedade os encarcerados "são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem as violências mais graves" (WACQUANT, 1999, p.06).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do INFOPEN, mostra que em 2019 o Brasil tinha um déficit de 312.925 vagas no sistema prisional, tendo mais de 700 (setecentos) mil presos, sendo que mais de 30%[1], são presos provisórios. Em síntese, o caos gerado se dá ao encarceramento em massa das camadas mais pobres da sociedade, que vivem nas zonas periféricas e convivem de perto com o crime organizado. Deixando nítida a seletividade do nosso sistema penal que nos é apresentado como igualitário, mas na verdade é totalmente seletivo, atingindo apenas pessoas de determinados grupos sociais (BATISTA, 1990).

Além do mais, o que se perpetua em nossa sociedade é a falta de sensibilidade diante dos direitos dos apenados, deixando de ser implementadas soluções para diminuir a crise do sistema prisional. Prova disso, é que a última Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigação da crise penitenciária foi em 2015[2]. Sobre a crise do sistema carcerário, Michel Foucault nos diz que:

> Deveríamos então supor que a prisão é de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribui-las, a utiliza-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não "reprimiria" pura e simplesmente as ilegalidades; ela as "diferenciaria", faria sua "economia" geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou a maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O "fracasso" da prisão pode sem dúvida ser

[1] Relatório INFOPEN do ano de 2017 disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 15/06/2020.

[2] Para mais informações acessar o link: https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/. Acesso em: 25/06/2020.

> compreendido a partir daí. (FOUCAULT, 1987, p. 299)

Deste modo, a partir do momento em que a pessoa está dentro do sistema prisional, ela se depara com a face mais perversa do Estado, pois nossa política criminal se forja na ideia de eliminação física daqueles que se mostram descartáveis ao sistema político, ou seja, o poder estatal acaba sendo como ensina Ferrajoli:

> (...) o mais 'terrível' e 'odioso' dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais (FERRAJOLI, 2006, p.15).

Sendo assim, a combinação de uma política criminal que visa a instrumentalização e eliminação de corpos (MBEMBE, 2003), só pode resultar em um sistema carcerário que abandona seus apenados a própria sorte, e no cenário atípico em que estamos vivendo, isso fica ainda mais escancarado diante da análise das decisões judiciais proferidas após a edição da Recomendação 62/2020[3].

3. A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO PRÁTICA DOS PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO DA PENA

É de elevada importância que se tenha respeito aos princípios da execução da pena, ainda mais em um país em que a situação carcerária é preocupante, e diante da pandemia, se tornou ainda mais difícil com que se siga o que dispõe a Lei de Execução Penal e a nossa Constituição, resultando na falta de uniformidade na aderência da recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Diante disso, alguns dos princípios deveriam ser ainda mais aplicados no momento das decisões judiciais, como: o princípio da humanidade; devido processo legal; isonomia e o da ressocialização, tendo em vista que os atos judiciais devem fortalecer o Estado Democrático. Além do mais, os princípios são revestidos de força normativa, e servem para nortear o aplicador do direito (SOARES, 2016).

O princípio da humanidade, tem muita importância no momento da decisão judicial no contexto da pandemia, pois o art. 5º, inciso XLIX, pretende garantir que os presos terão sua integridade física e moral asseguradas, e o inciso XLVII do mesmo artigo, via de regra, veda a pena de morte. Assim leciona Franco:

> Assim, o princípio da humanidade da pena, na Constituição brasileira de 1988, encontrou formas de expressão em normas proibitivas tendentes a obstar a formação de um ordenamento penal de terror e em normas asseguradoras de direitos de presos ou de condenados, objetivando tornar as penas compatíveis com a

[3] Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional da Justiça disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 25/06/2020.

> condição humana.
> [...] O princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada. (FRANCO, 2005, p.64).

Porém, esse princípio é nitidamente violado dentro do nosso sistema prisional, pois homens e mulheres cumprem suas penas em presídios superlotados e segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a letalidade do coronavírus dentro das penitenciárias é 5 vezes maior[4]. Portanto, no momento em que o magistrado não converte a prisão preventiva em prisão domiciliar, ele vai contra o princípio Constitucional da humanidade, que veda a pena de morte e a pena cruel, o que é inadmissível tendo em vista "que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem constituição físico-psíquica dos condenados" (BITENCOURT, 2006, p. 21).

Nesta senda, o respeito ao princípio do devido processo legal também é de suma importância, pois as decisões judiciais durante a pandemia, deveriam se ater também no que se encontra disposto na recomendação, fazendo com que se houvessem algumas alterações na maneira do cumprimento da pena de todas as pessoas que são consideradas do grupo de risco[5], ficando nítido o impacto positivo no sistema prisional, se os magistrados fizessem o uso correto da recomendação alinhado ao princípio, tendo em vista que o que se busca é diminuir a população carcerária.

Já o princípio da isonomia, que está disposto no art. 5º, caput, da Constituição Federal que diz que, " 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", visa a não diferenciação de tratamento de um apenado para o outro por cunho social, racial

[4] Disponível em: https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2020-05-05/covid-19-no-brasil-letalidade-e--cinco-vezes-maior-dentro-dos-presidios.html. Acesso em 27/06/2020.

[5] Art. 2º. Recomendar aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, notadamente em relação a adolescentes.
Art. 3º Recomendar aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente: I – a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão
Art. 4º, inciso I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal.
Art. 5º, inciso I - concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal...
Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

ou político, fazendo com que todos sejam tratados de maneira igual, o que também está disposto no parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execuções Penais, que "não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política".

Mas a seletividade da aplicabilidade desse princípio fica nítida quando nos deparamos com casos, como do Fabrício Queiroz, que teve sua prisão domiciliar concedida, como dita a atual recomendação, pelo mesmo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que já tinha negado anteriormente outros pedidos de soltura[6], nos mostrando que essa exceção confirma a regra.

Por último, temos o princípio da ressocialização, que é o escopo central da execução penal, que visa criar meios para que o apenado volte a conviver em sociedade da melhor maneira possível, e o Estado deve disponibilizar todos os meios necessários para que essa pessoa possa se reinserir no meio social. Infelizmente, temos a 3º maior população carcerária do mundo, onde existe um déficit de vagas, grande número de reincidentes, acesso precário à saúde, entre outros problemas[7] "e um sistema penitenciário falido, não traz condições necessárias para reinserção social (GRECO, 2016, p.588)".

Em 2015 o Ministro Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347[8], proferiu seu voto dizendo que os magistrados deveriam levar em consideração todos os problemas do nosso sistema prisional, de modo que as prisões tivessem decisões fundamentadas, e no momento que estamos vivendo, não poderia ser diferente, mas infelizmente o que se tem é o aumento da população carcerária, tendo prisões decretadas com decisões que dizem que "é mais seguro dentro do que fora dos presídios"[9], mostrando toda a falta de uniformidade e seletividade do nosso sistema judiciário, onde alguns tem seu direito de prisão domiciliar concedido (como será demonstrado adiante), e outros não, mesmo tendo princípios dentro da nossa Constituição Federal que normatizem os direitos de cada apenado.

Neste sentido, se deve pensar em um processo penal que respeita os princípios do texto legal, visando a promoção da justiça, que é o fim maior do Direito, sendo a função do juiz atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais (JUNIOR, 2020, p.70).

[6] A fundamentação para não concessão da prisão domiciliar foi a seguinte: "Ademais, cumpre destacar que a falta de demonstração concreta dos riscos inerentes a cada um dos pacientes, bem como a alegação genérica de que os estabelecimentos prisionais estão em situação calamitosa, inviabilizam a análise restrita aos requisitos do fumus comissi delicti [comprovação de crime e autoria] e do periculum in libertatis [o perigo na soltura]", afirma a decisão. Matéria disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/23/presidente-do-stj-nega-estender-domiciliar-de-queiroz-a-demais-presos-de-grupo-de-risco-da-covid-19.ghtml. Acesso em 27/06/2020.

[7] 5 problemas crônicos das prisões brasileiras e como estão sendo solucionados ao redor do mundo, disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789. Acesso em 27/06/2020.

[8] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600. Acesso em 27/06/2020.

[9] Notícia da decisão judicial com os dados do processo disponível em: https://matinal.news/com-base-no-cremers-juizes-ignoram-oms-e-negam-liberacao-de-presos-do-grupo-de-risco/. 27/06/2020.

Ainda é importante destacar, que não se pode negar a semelhança da atual recomendação com o princípio Constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII. Enquanto a presunção da inocência absolve os culpados caso ocorram dúvidas durante o processo, a Recomendação 62 prefere mandar para casa pessoas que poderiam ter a sorte de, permanecendo custodiadas, nunca se contaminarem (MATIDA, 2020), ou seja, a concessão da prisão domiciliar seria uma solução para diminuir a disseminação do vírus, tendo em vista que dentro do estabelecimento prisional, o apenado fica jogado a própria sorte.

À luz das informações trazidas, resta expor que mesmo o ramo da Execução Penal (Lei 7.210/84) sendo autônomo do Direito Penal e Processo Penal e tendo alguns princípios diferente dos apresentados, não se pode voltar a fronte para as máximas constitucionais, tendo em vista que estas direcionam a aplicação de todo o Direito (COÊLHO, 2011, p.01).

A manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à coletividade, se os princípios, a lei de execução penal e a recomendação fossem respeitados, iriamos ter uma diminuição significativa no número de presos, pois existem regras dentro do nosso ordenamento que não podem ser violadas, ainda mais se tratando de garantias previstas na Constituição, não ficando a critério do julgador quem tem o direito aos benefícios da recomendação e quem não tem, nos mostrando que a falta de critérios para as decisões vão resultar em diferentes conclusões em casos idênticos.

4. A FALTA DE UNIFORMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE DA RECOMENDAÇÃO N.º 62/2020 E O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA

A atual recomendação foi publicada em 17 de março de 2020 e visa tornar excepcional a prisão em meio fechado das pessoas que se enquadrem no grupo de risco, incentivando que os tribunais e juízes preferencialmente apliquem medidas socioeducativas em meio aberto, reavaliem as prisões provisórias nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, concedam a saída antecipada dos regimes fechados e semiaberto, conforme a súmula 56 do Supremo Tribunal Federal, entre outras medidas.

Também não se pode deixar de evidenciar que o Conselho Nacional de Justiça tem competência para fiscalizar o sistema prisional, por integrar o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, não podendo assim, ser ignorado o caráter normativo da recomendação 62/2020 (MATIDA, 2020).

Contudo, é notória a rara aderência da recomendação editada, fazendo com que a atuação dos magistrados não tenha uma uniformidade, sejam tomadas de subjetividades, e que se crie um cenário de insegurança jurídica. Em matéria de execução penal, o caso se torna ainda mais dramático, afinal, é a liberdade de uma pessoa que está sendo posta em julgamento, e diante da pandemia, a vida. Sendo assim, o Estado Constitucional resta prejudicado diante das decisões desparelhas do Poder Judiciário.

Para exemplificar, em São Paulo, um Desembargador não concedeu a prisão do-

miciliar a uma mulher que estava custodiada em presídio superlotado porque "dos cerca de 7.780.000.000 habitantes do planeta Terra, apenas três: Andrew Morgan, Oleg Skripocka e Jessica Meier, ocupantes da estação espacial internacional (...) por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado coronavírus"[10].

E em outro caso, uma juíza negou o direito de prisão domiciliar de um preso hipertenso (caso este que se enquadra no grupo de risco), pois quem comete algum delito "não teria muita dificuldade, ou freios internos para violar regras sanitárias para permanência em domicílio"[12].

Como maneira de ficar evidente a falta de uniformidade das decisões judiciais, é só nos recordarmos do Ministro do Superior Tribunal de Justiça que concedeu a prisão domiciliar a Fabrício Queiroz e sua esposa, e negou os outros 95%, em números, o Ministro atendeu somente 18 dos 725 pedidos formulados no contexto da pandemia[13].

Sendo assim, o que se pode notar nas duas decisões acima, é que quando os magistrados não aderem a atual recomendação, suas manifestações são genéricas, sem fundamentação adequada, o que é vedado pelo art. 315, §2º do Código de Processo Penal e art. 93, inciso IX da Constituição, é importante reforçar que as fundamentações devem sempre ter previsão legal, serem baseadas em argumentos jurídicos, "porque a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição" (LEPPER, STRECK, TASSINARI, 2015, p.59) .

A situação atípica que estamos vivendo é de um conhecimento geral e a crise do sistema prisional também, não podendo os magistrados aplicarem a recomendação somente em casos isolados, sendo que os demais, também se enquadram nos quesitos para ter a prisão domiciliar concedida.

Diante da arbitrariedade das decisões, o que se nota é o nosso ativismo judicial à brasileira, onde o Poder Judiciário, revestido de supremacia acaba desempenhando funções que constitucionalmente não são suas. Sendo assim, Garapon diz que a decisão judicial passa a ser vista como critério de desejo e vontade daquele que julga:

> o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.
> revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrá-

[10] Notícia disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus - habeas corpus 2061058-72.2020.8.26.0000 (7ª Câmara de Direito Criminal do TJSP). Acesso em 28/06/2020.

[11] Notícia disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/opiniao-juizes-criminais-lavam-maos-diante-coronavirus. Acesso em 28/06/2020.

[12] Notícia disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/26/ministro-do-stj-que-liberou-prisao-domiciliar-para-queiroz-rejeitou-outros-700-pedidos-sobre-covid-19.ghtml. Acesso em 28/06/2020.

> rio, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos media, se a magistratura não tiver grande tradição de independência. (GARAPON, 1998, p. 54)

De maneira sintética, é possível afirmar que "o ativismo judicial ocorre quando o direito é substituído por argumentos morais, políticos e preferências pessoais dos juízes" (STRECK, 2011, p. 589). Nesta senda, as decisões judiciais passam a ser critério de vontade, com isso o que se consolida é um cenário intenso de protagonismo judicial, que se volta para uma ampla intervenção judiciária, conhecido como *judge-made law* , ou seja, o direito feito pelos juízes (LEPPER, STRECK, TASSINARI, 2015).

Seguindo essa terminologia *judge-made law* , extraímos o pensamento de que a partir do momento que um magistrado julga levado somente pela seus desejos, não tem outro caminho que o judiciário possa tomar, pois o que se cria é a lei da vontade, nos fazendo ficar diante de um magistrado que profere decisões tomadas de discricionariedades "selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas" (CASSALINI, 2006, p. 284).

Diante do exposto, é nítido como o ativismo figura como um problema em nosso ordenamento jurídico, por ser algo que se vincula à vontade do julgador, que diante da problemática debatida no presente trabalho, julga conforme sua vontade sem observância da atual recomendação, o que não deveria ocorrer, pois "o Judiciário não pode se omitir da sua função, sob pena de eliminar de vez as chances de justo equilíbrio no jogo democrático" (MATIDA, 2020, p.10).

O momento em que estamos vivendo exige que se tenha uma compreensão diferenciada frente à situação, tendo um balanceamento dos riscos sociais dessa pessoa privada de liberdade em um ambiente que favorece a propagação rápida do vírus. Como citada na própria recomendação, a sua finalidade é que se tenha a continuidade da prestação jurisdicional, o respeito ao devido processo legal, previsto no art.º 5º, inciso LIV da Constituição Federal e aos direitos e garantias Constitucionais, não podendo permitir que o apenado tenha um agravamento da sua saúde pela prisão.

5. A RELEVÂNCIA DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante de todo o exposto, foi possível compreender que a falta de uniformidade pela arbitrariedade na aplicação da recomendação do Conselho Nacional de Justiça, fere os princípios Constitucionais e tem um impacto negativo no que diz respeito à execução da pena. Sendo assim, deve-se compreender que o poder judicial tem um limite a ser respeitado.

Essa arbitrariedade e discricionariedade, como já vimos, expõe o nosso ativismo judicial à brasileira, e a falta de critérios para as decisões judiciais faz com que se cheguem a resultados diferentes em casos semelhantes. O erro está em autorizar que o judiciário possa agir conforme a sua íntima vontade, chegando ao ponto de

revisar a legislação e até mesmo o texto Constitucional (TASSINARI, 2012). Nesta senda, se mostra necessário o estudo da teoria da decisão que vai contra essa maré de subjetividade que pode se enraizar em nossa democracia.

Em síntese, para entender toda a problemática, é preciso expor que no Brasil temos o que se chama teoria da argumentação, criada por Robert Alexy, em que os casos considerados difíceis devem ter uma ponderação de princípios, mas que devem ser observados três critérios: a adequação, necessidade e a proporcionalidade e, sentido estrito (STRECK, 2017). Porém, essa teoria da decisão é algo que se reveste em nosso ordenamento jurídico de relativismo e discricionariedade, porque em atos abusivos, o magistrado não faz a análise dos critérios citados acima.

Lênio Streck, vai contra essa teoria da argumentação, pois ele propõe que se tenha uma hermenêutica que vá contra a discricionariedade e relatividade que envolvem o ativismo judicial. Sendo assim, os casos que vimos anteriormente, com fundamentações totalmente subjetivas, não deveriam ter espaço em nosso ordenamento, pois não se deve ter lugar para que a convicção pessoal do magistrado seja utilizada para resolução de conflitos. Assim escreve Lênio:

> Não se pode "assujeitar" as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que os textos nos digam algo. Deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é a linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz. (STRECK, 2017, p. 277)

Sendo assim, o que resulta na falta de uma teoria da decisão é o protagonismo do magistrado, que irá decidir conforme sua consciência e depois irá fundamentar isso juridicamente, mas isso não se mostra como um argumento democrático, porque dizer que o juiz decide conforme sua consciência irá retirar o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário (...) fazendo com que ninguém tenha uma segurança jurídica (STRECK, 2017).

Essa ideia de limitação do poder judiciário, que tem como finalidade refutar a discricionariedade, segundo Ronald Dworkin, faz com que se busque uma resposta constitucionalmente adequada, porque a sociedade vai ser vista como uma comunidade de princípios. Para ele, as categorias específicas que abordam a teoria da decisão são: regras, princípios e política.

Um dos pilares de sua obra é a possibilidade de encontrar uma resposta correta diante de tudo isso, porém existem algumas críticas. Grau, nega que se possa alcançar uma resposta correta dentro do ordenamento jurídico, pois cada julgador tem uma compreensão pessoal pré-existente e uma interpretação do texto normativo. Não existindo princípios ou regras que vão uniformizar o ordenamento jurídico,

pelo fato de que o direito está sempre em evolução e deve "ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta". (GRAU, 2005, p. 116). Segundo a lição de Grau, o direito é algo dinâmico e de teve ter uma continua adaptação ao contexto social (GRAU, 2005).

Porém, se levarmos em conta essa justificativa, vamos estar legitimando a discricionariedade do poder judiciário, o que deve ser combatido, pois como já demonstrado, existem consequências que podem ser irreversíveis diante do que estamos vivendo, por todo o problema carcerário que enfrentamos, onde a não conversão em prisão domiciliar como dita a recomendação, pode resultar na morte de uma pessoa, ferindo todos os princípios expostos na nossa Constituição.

A decisão correta abordada por Dworkin se baseia no direito como integridade, para que se compreenda o verdadeiro sentido do direito. Tal questão é importante e abordada por ele da seguinte maneira:

> Nossa prática seria muito diferente se fosse unilateralista em termos gerais. Haveria um número muito menor de processos judiciais, pois um pleiteante só moveria um processo se tivesse um claro direito a ganhar, caso em que o réu eventual não se defenderia, preferindo pagar. As pessoas poderiam ainda mover processos quando os fatos fossem discutíveis, pois cada parte poderia esperar convencer o juiz ou o júri de que sua visão dos fatos era historicamente correta. Mas ninguém abriria um processo com a esperança de convencer um juiz a 'estender' uma regra inquestionável de maneira polêmica, e (o que é ainda mais importante) ninguém jamais ajustaria sua conduta com a expectativa de que um tribunal pudesse estender uma regra se, por alguma razão, seus problemas fossem levados a ele. (DWORKINK, 2007, p. 175)

Sendo assim, podemos concluir que o direito deveria rejeitar a discricionariedade judicial, pois ela resulta na insegurança jurídica, não garantindo que um direito certo, conferido pela legislação, seja concedido a quem se encaixa nos quesitos dispostos na atual recomendação. Devemos nos apoiar em um direito que busque a melhor resposta, que busque a melhor interpretação judicial. Neste sentido, leciona Clarissa Tassinari:

> diante de um caso concreto, o juiz/intérprete/aplicador não está constitucionalmente autorizado a apresentar a solução realizando uma escolha dentre as várias fundamentações consideradas possíveis, dando espaço para manifestação de sua subjetividade, que afasta o argumento jurídico como critério último para resolver um conflito judicial.(TASSINARI, 2012, p. 43).

Por fim, podemos dizer que um juiz, quando profere uma decisão, tem um compromisso Constitucional, sendo isso que irá delimitar sua atuação. O ativismo judicial

e o subjetivismo são dois problemas que mostram de certo modo o enfraquecimento do nosso ordenamento jurídico. Na problemática em tela, mesmo tendo uma hierarquia normativa a ser respeitada, a crise do sistema penitenciário não tem sido combatida, mesmo diante de uma recomendação que reforça a exceção da prisão em unidades prisionais. Se mostrando, assim, a necessidade do respeito à teoria da decisão, como meio de combater ações do Poder Judiciário que possam colocar em risco a saúde e a integridade física dos apenados.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o que vimos foi toda a seletividade, discricionariedade, pragmatismo do nosso sistema penal. A dignidade da pessoa encarcerada é algo que merece tutela, e qualquer meio de punição que não respeite os direitos Constitucionais deve ser combatido, pois não podemos deixar que o Poder Judiciário seja autoritário. Não podendo assim, a vontade do agente público passar por cima da aplicação de direitos.

Como foi visto, o respeito aos princípios da execução da pena tem papel extremamente relevante em meio ao encarceramento em tempos de pandemia, onde sua correta aplicabilidade resultaria em um sistema prisional mais digno. O Conselho Nacional de Justiça não está exigindo que se criem novos direitos, mas que se respeite os já existentes.

Diante disso, a teoria da decisão que advém dos estudos de Ronald Dworkin e são traduzias por Lênio Streck, como meio de se buscar a resposta constitucionalmente adequada, servem para que as decisões judiciais, que nesse caso figuram como o epicentro da problemática, sejam proferidas no sentindo de ressaltar o compromisso do Estado Democrático de Direito.

A resposta prática da aplicação de tudo isso, no cenário atual, resultaria em uma diminuição da superlotação de presídios, reduzindo o número de presos e se buscando outros meios do cumprimento da pena, preferencialmente em meio aberto, daqueles que não cometeram seus crimes com violência ou grave ameaça. Sendo assim, a uniformização na aplicabilidade da decisão resulta em: mais transparência do Poder Judiciário, respeito à Constituição, aos princípios da execução da pena e a Recomendação nº 62/2020 e mais segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª Ed. Rio de Janeiro. 2019. P. 25.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.

BRASIL. Lei de Execução Penal de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 de junho de 2020.

BRASIL. Recomendação n.º 62/2020 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacio-

nal de Justiça. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf . Acesso em 25 de junho de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 284.

COÊLHO, Bruna Fernandes. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A EXECUÇÃO PENAL COMO RAMO AUTÔNOMO E JURISDICIONAL DO DIREITO BRASILEIRO. 2011. Artigo Científico. Revista Direito UNIFACS. p.01

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Law´s empire. p. 175

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos.São Paulo: RT, 2005. , p.64.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2 ed. ver. ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 15.

FOUCAULT. Michel. Vigiar e Punir. 27ª Ed. Rio de Janeiro. p. 299.

GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. P. 54.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26, 99 – 103 e p. 116.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal -Parte Geral.18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p.588.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 17ª Ed. São Paulo. 2020. p.70.

LEPPER. Adriano Obach. STRECK, Lênio. TASSINARI, Clarissa. O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326. 2015. Artigo Científico. p.59.

MATIDA. Janaina. É preciso dar fim a seletividade probatória. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/limite-penal-preciso-dar-fim-seletividade-probatoria. Acesso em: 17 julho 2020. p.10.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. 1. Ed. São Paulo. 2019. P. 10.

SOARES. Samuel Silva Basílio. A execução da pena e a ressocialização do preso.

2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54559/a-execucao-penal-e-a-ressocializacao-do-preso. Acesso em: 10/07/2020

TASSINARI, Clarissa. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO CONTEMPOR NEO:UMA CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL. 2012. Artigo Científico. p. 43.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017ª. p. 153- p., 277 e p. 589.

WACQUANT. Loic. Punir os Pobres. 2ª Ed. Rio de Janeiro. p.06.

Artigo Científico

A EXCEÇÃO PERMANENTE E O RACISMO ESTRUTURAL NO CONTROLE PENAL BRASILEIRO

PERMANENT EXCEPTION AND STRUCTURAL RACISM IN BRAZILIAN CRIMINAL CONTROL

André Luiz de Rezende Junior*
Ícaro Melo dos Santos**

Resumo: O presente artigo visou compreender, brevemente, o modo em que é constituído a concepção de um inimigo no direito penal, especialmente, no caso brasileiro a partir de conceitos como estado de exceção, racismo estrutural e necropolítica. Visto isso, questiona-se quais são as consequências, para a política criminal brasileira, da instrumentalização da categoria de inimigo? Para compreender essa questão, utiliza-se o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), que tem por pressuposto um paradigma de combate incessante contra aqueles que são rotulados como inimigos de modo a perpetuar desigualdades de raça e classe. Para atingir esse objetivo, partiu-se do método-hipotético-dedutivo e bibliografia especializada. Como resultado foi possível perceber a operacionalização de um estado de exceção permanente que segrega, marginaliza e elimina aqueles tidos como indesejáveis. Nesse cenário, o racismo estrutural perpassa e guia a aplicação do controle sócio-penal nessa realidade de modo a concretizar um exercício necropolítico do poder.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Estado de Exceção. Necropolítica. Racismo Estrutural.

Abstract: *This article aimed to understand, briefly, the way in which the conception of an enemy is constituted in criminal law, especially in the Brazilian case, based on concepts such as state of exception, structural and necropolitical racism. Given this, one wonders what are the consequences, for the Brazilian criminal policy, of the instrumentalization of the enemy category? To understand this issue, the National Plan for Public Security and Social Defense (PNSPDS) is used, which assumes a paradigm of incessant combat against those who are labeled as enemies in order to perpetuate inequalities of race and class. To achieve this goal, we started with the hypothetical-deductive method and specialized bibliography. As a result, it was possible to perceive the operationalization of a state of permanent exception that segregates, marginalizes and eliminates those considered as undesirable. In this scenario, structural racism permeates and guides the application of socio-criminal control in this reality in order to materialize a necropolitical exercise of power.*

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ), 7º período. Membro do Grupo de Pesquisa "Novas Perspectivas do Direito Penal". E-mail: andreluiz25a@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2240146109496389

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Jataí (UFJ), 7º período. Membro do Grupo de Pesquisa "Novas Perspectivas do Direito Penal". E-mail: icmelosan@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5546970575437568

Key-words: *Criminal Law of the Enemy. Exception status. Necropolitics. Structural Racism.*

1. INTRODUÇÃO

Há pouco mais de uma década a concepção de uma teoria do direito penal do inimigo, proposta pelo jurista alemão Günther Jakobs ganhou notoriedade. Entretanto, apesar de considerarem o primeiro autor a sistematizar e explicitar essa ideia, tal concepção perpassa a história do direito penal moderno por autores como Franz von Liszt, Karl Binding, Edmund Mezger e Gustav Radbruch.

Ocorre que as formulações presentes na dogmática jurídica moderna, a partir de visões eurocêntricas, de realidade distinta, são internalizadas pelo direito penal brasileiro, ora com sutileza, ora como uma exceção que se torna regra.

Por essa razão, o presente artigo parte da afirmação de que o direito penal brasileiro possui características peculiares por três razões centrais: a primeira, a de que o país se encontra em uma realidade periférica; a segunda a de que a exceção, no contexto brasileiro, acabou se tornando parte constitutiva essencial da sua operacionalidade e a terceira a de que a categoria raça é elemento estrutural que impacta diretamente sobre a estruturação da criminalização, da exceção e da necropolítica no país.

Sob essa ótica, pretende-se verificar o modo em que se dá a mobilização desse inimigo do direito penal no Estado brasileiro e em que medida se torna resultado imediato da necropolítica costumeiramente perpetrada pelo Estado revestida sob um discurso de segurança pública. Desse modo, o problema de pesquisa se concentra em averiguar as consequências dessa mobilização da categoria de inimigo no âmbito do direito penal.

Para tanto, busca-se de modo exemplificativo analisar as premissas presentes no Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), criado em 2018, em que expõe a incessante e pretensa paz social que seria inviabilizada pela figura de pessoas criminalizadas. Dessa forma, conteúdos espaçados desprovidos de conceitos claros são utilizados como meio de viabilizar a exceção enquanto técnica de governo em um cenário no qual a distinção entre legalidade e ilegalidade torna-se turva. Esse jogo normativo que cria um Estado de exceção pode passar a operar enquanto novo paradigma de governo, mesmo nos Estados apresentados como democráticos de direito.

Para atingir tais objetivos, a pesquisa parte do método hipotético-dedutivo, indutivo e utiliza-se da análise em bibliografia especializada, bem como a extração normativa disponíveis em sites oficiais.

Portanto, o presente artigo estrutura-se em três eixos centrais. O primeiro busca desvelar como o direito penal do inimigo, apesar de só ser entendido dessa forma recentemente, perpassa a história do direito penal figurando como uma exceção àqueles historicamente marginalizados. Em um segundo momento, busca-se com-

preender como essa lógica (de exceção a certas pessoas ou grupos) é a tônica da realidade nacional, explicitado pelo PNSPDS de 2018. Por último, é analisado como a desigualdade racial brasileira impacta sobre as dinâmicas de criminalização e exclusão. Assim, mais que uma variável no âmbito da criminalização, o racismo estrutural coloca em movimento a necropolítica brasileira.

2. UM BREVE HISTÓRICO SOBRE O INIMIGO NO DIREITO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS

A presente seção busca compreender, brevemente, o modo em que a construção do inimigo aparece no Direito Penal, este que é a mais gravosa forma de intervenção estatal (BRANDÃO, 2009, p.73). Nesse sentido, ao analisar o direito penal do inimigo, torna-se evidente que ele é manifestado enquanto uma expressão jurídica de uma sociabilidade que possui concepções de periculosidade em seu centro gravitacional.

Nesse contexto, para pensar a temática a respeito de uma política de gestão social, a partir do afeto político do medo, torna-se imprescindível compreender como se constituiu o inimigo social (SAFATLE, 2015). Nesse sentido, antes de tratar propriamente do Inimigo do Direito Penal em Jakobs, o esforço inicial será as categorias de *hostis* em Carl Schmitt.

Sob a ótica do inimigo social no campo político, Carl Schmitt aponta que nem todos os inimigos poderiam ser inimigos do Estado, uma vez que essa categoria recairia tão somente ao *hostis*. Portanto, "inimigo é somente o inimigo *público,* pois tudo que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*." (SCHMITT, 2008, p. 30).

Schmitt enunciou sua clássica separação entre amigo e inimigo do Estado de modo a compreender que: "a diferenciação especificamente política, a qual podem ser relacionadas às ações e os motivos e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo." (SCHMITT, 2008, p. 27). Dessa forma, nos casos em que houvesse o conflito com o inimigo, não caberia para ele normatizações gerais antecipadas, tampouco sentença de um terceiro dito imparcial como ocorreria com os caracterizados como amigos. O autor encara a exceção, em linhas gerais, como o exercício da autoridade suprema que juridicamente suspende o direito. Essa suspensão não visa a negação do direito, serve para garanti-lo perante ameaças (SCHMITT, 2008). Em suma, trata-se da legitimação de um Estado de exceção, isto é, a inexistência de garantias jurídicas básicas, aos etiquetados como inimigos do Estado.

Essa perspectiva só é possível, pois Schmitt entende que o Estado concentrou para si o *"jus belli"*, assim, pode "exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado inimigo." (SCHMITT, 2008, p. 49). Em outras palavras, o Estado decide sobre a vida e morte dos indivíduos que estão sob a sua soberania. Portanto, tais categorias do jurista e filósofo político alemão são instrumentos fundamentais para a compreensão do fenômeno do Direito Penal do Inimigo e sua operacionalização.

Na perspectiva jurídica, destaca-se a concepção do jurista alemão Günther Jakobs, o qual defende que o direito penal deve ser bifurcado em direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. Nesse sentido, Greco entenderá que para Jakobs "é possível caracterizar o direito penal segundo a imagem do autor que ele parte." (GRECO, 2005, p. 215). Ou seja, Jakobs entende que: "*O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra*" (JAKOBS; MELIÁ, 2018, p. 28 - grifo do autor).

Apesar de Jakobs não se filiar oficialmente a perspectiva schmittiana, as consequências jurídico-penais de suas categorias de inimigo se assemelham, desse modo, ao inimigo não caberiam garantias e dele o Estado deveria se imunizar. Jakobs, ao propor sua perspectiva de direito penal do inimigo, entendeu como questão fundante a modificação de um direito penal de fato, dominante nas doutrinas ocidentais, a um direito penal de autor (JAKOBS; MELIÁ, 2018) .

Nesse passo, a perspectiva de Jakobs parte de uma dicotomia fundamental: um direito penal aos cidadãos e um direito penal aos inimigos. O primeiro com respeito às garantias constitucionais e processuais consagradas nos ordenamentos e nas doutrinas em vigência. Já o segundo, marcado pela relativização de garantias do acusado em prol da defesa do ordenamento jurídico e, por conseguinte, das expectativas cognitivas dos cidadãos. Dessa forma, o Estado não deveria tratar o inimigo do direito penal enquanto pessoa, pois isso tornaria a segurança dos demais vulnerável. (JAKOBS; MELIÁ, 2018)

Ao defender essa concepção, involuntariamente ou não, o penalista germânico, permite o surgimento de um direito penal de caráter ilimitado. Desse modo, não haverá mais barreiras para penas draconianas, desproporcionalidades, provas ilícitas e torturas, por exemplo (MUÑOZ CONDE 2009). Outro problema levantado é o de que não há uma formulação clara de quem deveria ser o sujeito desse direito excepcional: "Jakobs não define, e sim apenas descreve vagamente como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes." (MUÑOZ CONDE 2009, p. 11).

Dessa maneira, o rol de possível inimigos do direito penal ficam em aberto e carecem de substancialidade, assim, podendo ficar a mercê do Estado. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni entende que:

> [...] admitir um tratamento penal diferenciado para inimigos não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, consequentemente, condenações e penas a inocentes. (ZAFFARONI, 2017, p. 118)

Porém, apesar de Jakobs ser o primeiro jurista a propor de modo explícito a ideia de Direito Penal do Inimigo e suas consequências se aproximarem do conceito de

hostis de Schmitt, outros autores consagrados pela história do direito penal chegaram a concepções parecidas. Grandes expositores da dogmática penal como Franz von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, cada um a seu modo, defenderam ideias que podem ser entendidas como antecedentes diretos da concepção jakobiana de direito penal do inimigo (MUÑOZ CONDE 2009).

A título de exemplo Franz von Liszt em *La idea de fin en el derecho penal* (1984, p. 120, *apud* Zaffaroni, 2017, p. 95) defende que

> [...] os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigarista e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra; degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos *inimigos* por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente habitual.

Nessa trilha, o discípulo de Liszt, Gustav Radbruch:

> [...] a partir de seu cargo de Ministro da Justiça em um governo socialista (1922), durante a República de Weimar, elaborou um Projeto de Código Penal no qual, entre outras novidades, introduziu a denominada "Custódia de Segurança" (Sicherungsverwahrung), uma medida de segurança que permitia o prolongamento por tempo indefinido da pena privativa de liberdade para os delinquentes "habituais e profissionais", uma vez que esses haviam cumprido a pena de prisão que se lhes havia imposto (MUÑOZ CONDE 2011, p. 19)

É possível verificar o ápice desse fenômeno, no que tange ao continente europeu, já quase no fim da Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário, os renomados catedráticos da Universidade de Munique Edmund Mezger e Franz Exner elaboraram um projeto de lei para o tratamento dos "Estranhos à Comunidade". Sobre essa nomenclatura foram incluídos desde pessoas tidas como antissociais, briguentas, delinquentes, homossexuais, mendigos, vagabundos e até pessoas que teriam tendências a crimes mais graves (MUÑOZ CONDE, 2009).

As penas para esses sujeitos eram diversas como: a castração, a esterilização, a reclusão por tempo indeterminado ou até mesmo a pena de morte. É interessante notar que as justificativas utilizadas para a normativa evocam preceitos de necessidade de justa expiação, da defesa da comunidade e da extinção de uma herança indesejável ao povo.

Doravante, visto que a ideia de conceber pessoas e grupos como inimigos do direito penal não é uma inovação de Jakobs é possível aferir que sua relevância não

estaria em criar essa categoria, mas em "[...] resgatar e tornar explícito o conceito de *inimigo* ou de *estranho* e seu inevitável caráter de *não pessoa*, ele desnudou o fenômeno." (ZAFFARONI, 2017, p. 158).

Outrossim, ao aprofundar no pensamento de Jakobs é possível averiguar que para o autor "[...] todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação." (JAKOBS e MELIÁ, 2018, p. 25). Em outras palavras, a perspectiva de direito penal do inimigo encontra-se intimamente ligada a coação legalmente instituída. Essa perspectiva aproxima-se do realismo político de Schmitt o qual entende, como já enunciado anteriormente, que o fundamento de legitimidade essencial do Estado está na sua capacidade de obrigar seus cidadãos.

A perspectiva jakobiana ao tratar do direito penal e schmittiana ao tratar do conceito do político carregam, cada um a seu modo, a figura de um inimigo social ao qual deve ser combatido. Esses discursos podem apontar as latências autoritárias as quais são diagnosticadas desde Thomas Hobbes, de sociedades que entendem o indivíduo enquanto átomo social (SAFATLE, 2015).

Assim, ao combater o inimigo do direito penal, no caso de Jakobs, ou o inimigo público, no caso de Schmitt, o Estado acaba por legitimar seus potenciais de repressão fundados na concepção um perigo social. Desse modo, não será por outro motivo que Schmitt defende que "*O protego ergo obligo é o cogito ergo sum do Estado*" (SCHMITT, 2008, p. 56).

Portanto, para Schmitt a questão central ao pensar a figura do Estado se coloca em contra quem ele é mobilizado. Nesse sentido, a separação entre amigos e inimigos é central para a gestão social (SCHMITT, 2008). O realismo político do autor possui o mérito de reconhecer que uma estratégia fundamental do Estado moderno é gerir sua própria necessidade a partir da figura de um outro o qual deve combater.

Dessa forma, o discurso autoritário necessita da construção de um outro o qual deve ser enfrentado de modo infindável. O Estado busca legitimar sua barbárie na necessidade última de eliminação desse outro (SAFATLE, 2015). No caso analisado, o criminalizado.

Esse modelo de gestão social necessita que:

> [...] a segurança seja elevada à questão política central, como se fosse possível, após algumas eliminações e ações mais duras, construir uma espécie de sociedade da segurança total, um "paraíso da tolerância zero", como se nosso objetivo fosse uma verdadeira "democracia de condomínio fechado" (SAFATLE, 2015, p. 76).

Portanto, a figura do inimigo é operacionalizada para a eliminação daquelas pessoas tidas como indesejáveis. Porém, é clara a correspondência existente na contemporaneidade entre aqueles que a política criminal entende como indesejáveis e as

classes menos abastadas financeiramente. (WACQUANT, 2003).

Em síntese, a categoria de Inimigo do Direito Penal, isto é, inimigo enquanto *hostis* terminaria por "[...] abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito." (MUÑOZ CONDE 2011, p. 13). Essa perspectiva também é compartilhada por Zaffaroni que entende que: "O conceito de *inimigo* nunca é compatível com um Estado de direito nem com os princípios do liberalismo político." (ZAFFARONI, 2017, P. 144).

3. A EXCEÇÃO PERMANENTE: UMA ANÁLISE DO PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL (PNSPDS)

No prefácio de Os Condenados da Terra, o filósofo francês Jean-Paul Sartre lembra, de modo irônico, aos governantes franceses que: "Vós, tão liberais, tão humanos, que levais o amor da cultura até o preciosismo, fingis esquecer que tendes colônias e que nelas se praticam massacre em vosso nome." (SARTRE, 1968, p. 8). Nesse passo, o controle social nos países que foram colonizados e explorados ao longo da história costuma se apresentar de modo mais direto e violento se comparado aos países tidos como centrais do capitalismo mundial (FANON, 1968).

Nesse passo, chama-se atenção para que o discurso não seja atraído por promessas de um liberalismo o qual foi por séculos compatível com fenômenos como a escravidão e a segregação racial (LOSURDO, 2006).

Essas advertências servem para que se volte o olhar a questão do inimigo do direito penal a partir da periferia o qual o Brasil se encontra. Nesse sentido, na América Latina a operacionalização dos órgãos repressivos e punitivistas alcançam outro patamar qualitativo (BENITEZ, 2018). Nessa margem do mundo "o entendimento tem sido de que os sistemas penais operando à margem da legalidade, sem qualquer tipo de censura mais consequente, têm a morte como seu principal produto." (FLAUZINA, 2006, p. 28).

Assim, a partir de uma tradição crítica é possível perceber uma dimensão de exceção que convive em paralelo a norma. Nessa perspectiva, para Agamben o estado de exceção se mostra quando a norma não apresenta força para vigorar ao mesmo tempo que atos outros apresentam valor de lei (AGAMBEN, 2019). É criada, assim, uma zona de indiferença e logo, se operacionaliza enquanto práticas "essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos." (AGAMBEN, 2019, p. 13)

Achille Mbembe aperfeiçoa a perspectiva agambeniana ao criar o conceito de necropolítica. O autor se indaga sobre "sob quais condições práticas se exerce o direito de matar, deixar viver ou expor à morte? Quem é o sujeito dessa lei?" (MBEMBE, 2016, p. 123). Portanto, a reflexão se circunscreve sobre como se operacionaliza a morte, qual é o valor dado a esses mortos.

No Brasil, essa discussão encontra maior aderência nas pesquisas acadêmicas e na realidade prática quando se trata de populações negra e pobres de regiões perifé-

ricas. Ocorre que, sem deixar de lado a importância de tais conclusões, é necessário também que se pense, inicialmente, acerca das premissas que embasam as construções normativas e o modo como elas se estruturam para que se chegue ao extermínio dos corpos. Em outros termos, para visualizar a operacionalização da morte dos grupos subalternos no país, não se pode reduzir apenas ao "apertar do gatilho" dos policiais. Tal ato diz muito sobre a exceção, mas não diz tudo.

Nesse contexto a fim de, brevemente, apontar um aspecto da operacionalização da morte, destacamos o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), criado em 2018, no fim do governo de Michel Temer, que é utilizado aqui para trazer elementos para exemplificar o modo em que as normas são colocadas na sociedade na construção de um "inimigo". A ressalva que deve ser feita, todavia, é a de que o plano aponta na sua elaboração uma preocupação com o tratamento da criminalidade em relação a minorias que, de certo modo, soam positivos, caso apresentem resultados futuramente. No entanto, tal análise, também fugiria do escopo deste trabalho.

Por essa razão, trata-se de observar um dos espectros possíveis de atuação estatal direcionada ao combate à criminalidade que traduz o inimigo a ser perseguido. A fim de atingir tal objetivo, destacamos, a priori, as premissas do plano que são (i) critérios científicos para concretizar o plano em nível nacional; (ii) superação de déficits na produção de dados; (iii) urgência na execução de planos com foco nos resultados; (iv) construção de uma imagem de legitimidade nas ações dos atuantes de atividades de segurança pública em busca de apoio e respeito. A partir destas premissas, o plano destaca o seu apoio financeiro: Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento. (BRASIL, 2018)

De outro lado, para que se observe o modo 'arquitetônico' que as legislações são pensadas e criadas, urge apontar os objetivos do PNSPDS, qual seja:

> o Brasil precisa *atuar de forma incisiva* no combate ao crime organizado, aos fluxos de sua alimentação, dentre os quais o comércio ilegal de mercadorias e a corrupção. De fato, será somente mediante o *atingimento de metas* que se mostrem capazes de *reverter, de forma significativa, a tendência e aceleração da curva de homicídios que o Brasil se mostrará capaz de garantir igualdade de acesso à justiça e segurança para todos e a eficácia das instituições do sistema de segurança pública e justiça criminal, promovendo assim a paz social.* Tais objetivos serão alcançados mediante a assunção do compromisso de elaboração e implementação de políticas baseadas em evidências, levadas a efeito por intermédio de ações enérgicas, mas sobretudo técnicas, realizadas, de forma integrada, por instituições transparentes, responsáveis e eficientes. (BRASIL, 2018, p.13 - grifos nosso)

É diante desse conjunto de premissas e objetivos que a lógica do inimigo é construída. Todavia, ressalta-se que essa essa observação precisa ser encarada como uma "fotografia" de toda uma construção de rupturas de garantias que, muitas vezes,

aparecem vestida de uma legalidade e um plano salvador da complexidade criminal.

Não obstante, percebe-se no Decreto nº 9.630/2018, que é o que institui o PNSPDS, destaca em seu art. 2º, V, *"elevar o nível de percepção de segurança da população"; XIV, "aprimorar os mecanismos de controle e prestação de contas da atividade de segurança pública."*

Diante disso, percebe-se que a tentativa de "elevar o nível de percepção de segurança da população" é visualizada na atuação excessiva da polícia. Ocorre que essa atuação não é dotada de neutralidade como poderia ser extraída da análise fria da "letra da lei". Nesse sentido, não é outra a conclusão trazida por Freitas, ao apontar que desde cedo o aprendizado que se tem nas cidades brasileiras no que se refere ao espaço público é marcada pela presença em espectro tanto real quanto simbólico, da autoridade policial reveladas por diversas estratégias de poder presente no imaginário social (FREITAS, 2020). Nas palavras do autor:

> Um observador atento das dinâmicas policiais consegue perceber que as características físicas dos sujeitos envolvidos nas interações cotidianas destes profissionais são extremamente relevantes na definição e valoração dos limites e das possibilidades da autoridade exercida pela polícia. Como se pode constatar mediante a análise dos dados que serão amplamente explorados ao longo deste trabalho, há forte conexão entre perfis raciais e produção da atividade policial. (FREITAS, 2020, p.20)

Essa perspectiva dialoga com Agamben na medida em que a "compreensão do sentido do Estado de exceção é inseparável de uma investigação sobre a natureza e a estrutura do governo. (AGAMBEN, 2014, p. 3). Apesar de a natureza e a estrutura do governo não serem essencialmente objetos deste trabalho, a análise do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social permite visualizar a maneira em que instrumentos de política criminal são resultados da estrutura de um determinado governo que terão como resultado uma atuação necropolítica.

Ocorre que no estado de exceção definido por Agamben, a exceção não se trataria, de uma mera supressão das normas postas. O que de início poderia ser questionado às razões e importância que deveria ser dado a uma construção legislativa. Todavia, o modo em que as técnicas que o governo possui para instrumentalizar seus objetivos pode levar uma resposta provisória ao questionamento. É essa a tentativa de Abdalla ao apontar que eles:

> [...] estão a concretizar uma nova técnica de governo abalizada unicamente na pretensa necessidade, um conceito subjetivo esvaziado numa decisão [...] que não é justificativa a súbitas medidas arbitrárias, mas, a bem da verdade, ferramenta de um contínuo estado de exceção: quando os argumentos da emergência são utilizados para todo tipo de crise, os limites entre a normalidade e exceção são ultrapassados e a emergência vira regra. (ABDALLA, 2010, p.122)

Portanto, a nova fase da exceção parece nos mostrar que ela passa a ser colocada em movimento com maior frequência, de modo que se constitua a regra das formas de mobilização social. Dessa forma, Fábio Duarte entenderá que:

> O estado de exceção, na visão de Agamben, tende a se apresentar cada vez mais como o "paradigma de governo dominante na política contemporânea", seja nas democracias ou nos regimes totalitários, havendo assim uma zona de indeterminação. Ele se apresenta como o atual modo de fazer política. (DUARTE, 2017, p. 135)

Nesse contexto, o modo explícito exercido pelo poder soberano pode ser visto, no permanente Estado de exceção, a partir de sua indistinção entre a legalidade e a ilegalidade. A legalidade, portanto, é permeada de ilegalidade. Paradoxalmente, nas democracias, enxergando o como um sujeito de direito, mas ao mesmo tempo alguém que não merece direitos algum, ou seja, matável (DUARTE, 2017).

Esse tipo de operação ideológica passa a justificar a violência policial a níveis que permeiam a barbárie no Estado Brasileiro (IASI, 2014). Dessa forma, a consequência é que a "violência na guerra contra o narcotráfico, que criminaliza e ataca a população pobre e negra nas periferias das grandes cidades e nas favelas, se reveste de segurança pública." (IASI, 2014, p. 173). Portanto, o que se tem na verdade, diante do Plano Nacional de Segurança Pública, apesar das ressalvas feitas no início desta seção, são narrativas que visam justificar a exceção permanente.

4. MAIS QUE UMA SIMPLES VARIÁVEL: O RACISMO ENQUANTO ESTRUTURA QUE OPERACIONALIZA A NECROPOLÍTICA BRASILEIRA

A categoria de inimigo do direito penal é mobilizada para a construção de um Estado de exceção permanente que busca justificar práticas necropolíticas perpetradas pela segurança pública - mas não só - o qual o racismo estrutural, presente na sociedade brasileira, se mostra como ponto fundamental. Dessa forma é relevante partir do fato de que:

> [...] se estamos lidando com uma sociedade que foi historicamente estruturada desde a profunda desigualdade racial/social e que transiciona de um modelo colonial a uma modernização capitalista sem alterar a premissa anterior e garantindo, por meio dela, uma profundíssima concentração de riquezas, essa sociedade terá como regra e, portanto, como permanência, o uso de aparatos repressivos do Estado: a violência é a sua língua oficial. Isso significa que a violência é prática política permanente e não episódica, tendo em vista que a manutenção de uma ordem social nesses termos – racista e concentradora de riquezas – só é possível por meio da permanência de instrumentos de repressão continuada. (BENITEZ, 2018, p. 141)

Nessa trilha, os negros expulsos das zonas rurais, após a abolição da escravidão, passam a ser marginalizados nas áreas urbanas (GÓES, 2017). Assim, constituiu-se uma zona de miserabilidade e de violência na qual o Estado promoveu com finalidades higienistas "demonstrando que o único direito dessa '(quase) gente' é ser objetificada, de incomensuráveis modos, todos banalizados e invisibilizados." (GÓES, 2017, p. 61).

Desde a criminologia positivista do início do século passado, foram constituídas as bases (ainda não superadas materialmente, apesar dos avanços no campo teórico da criminologia crítica) para a institucionalização do racismo pelo Estado. Estrutura-se uma política de violência, de subjugação e de genocídio a qual ganha contornos diferentes, como é a "guerra contra as drogas" seu caso mais atual, mas permanece operacionalizando um controle penal racial dos brasileiros não-brancos (GÓES, 2017).

As ideias classificatórias lombrosianas não fogem do alcance no território brasileiro. Entre eles destacam-se o médico Sebastião Leão e Raimundo Nina Rodrigues. De acordo com Shecaira, Nina era filho de donos de escravos e, por essa razão, a sua produção teórica era direcionada para a manutenção da ordem racial e social. Inclusive, na defesa para a construção de quatro códigos criminais no Brasil, para ele era um erro não ter um código que atenda somente as diversidades raciais e regionais (SHECAIRA, 2020).

Embora não tenha existido os quatro códigos desejados por Nina Rodrigues, a sua ideia de tratar diferencialmente se materializou no sistema penal brasileiro, sem perder de vista que parte da produção teórica da criminologia foi fundada em perspectivas racistas e, portanto, tiveram como desdobramento não um código que diga "esse é para negros", mas a sua operacionalização se encarrega de tal dizer.

Os modos disciplinares periféricos sempre foram instrumentalizados com vistas a manutenção da ordem racista brasileira (GÓES, 2017). Seja por meio de violências físicas ou mortes perpetradas contra as comunidades como: "meios indispensáveis no controle racial que tem como objeto a domesticação do corpo e da alma, impondo a desumanização que assegura a exclusividade dos espaços pré-definidos." (GÓES, 2017, p. 62).

Portanto, é necessário compreender a raça não como apenas uma entre tantas variantes criminológicas (FLAUZINA, 2006). A raça se constitui elemento central pelo qual se estrutura o sistema penal brasileiro. Segundo a autora "o racismo é o fundamento que justifica a existência de sistemas penais de caráter genocida em nossa região." (FLAUZINA, 2006, p. 30).

> Em nossa margem, é sobre uma das maiores populações negras do mundo (a maioria dominada, apontada erroneamente como "minoria"), que toda violência, naturalizada e autorizada, recai como instrumento de controle racial, estando ainda a serviço dos sinhôs em estamentos solidificados, subjugada, sobrevivendo em subempregos e "desfrutando" de sua subcidadania (GÓES, 2017, p. 76).

Esse controle penal que perpassa a realidade nacional se intensifica, há décadas, devido a implementação de políticas neoliberais que dizem operacionalizar políticas criminais de "tolerância zero" a criminalidade. Essa perspectiva socioeconômica baseia-se numa maior exclusão e eliminação daqueles que são tidos como desnecessários a ordem produtiva. (FLAUZINA, 2006). Destaca-se que apesar desse receituário ser elaborado em países de capitalismo central, é na margem do sistema que são sentidas as consequências mais perversas (BENITEZ, 2018).

Dessa forma, os novos modos de controle penal passam a ser operacionalizados a partir da noção de periculosidade. Isto é, a política criminal passa a buscar a antecipação de um provável crime seja de um indivíduo ou de um grupo social específico. A violência estatal, naturalizada, seja de modo legalizado ou subterrâneo passa a dar o tom cada vez mais da realidade nacional (BENITEZ, 2018).

Nesse cenário, a retórica de um direito penal do inimigo encontra aquiescência e passa a legitimar o extermínio brasileiro. Mesmo que não esteja positivado de modo claro nas normas, em um país onde as normas e sua excepcionalidade se confundem e constituem o *modus operandi* do sistema penal, o direito penal não é o mesmo para todos os sujeitos.

Nesse sentido, a partir do Estado de exceção e das relações de inimizade criou-se uma base normativa de um direito de matar (MBEMBE, 2016):

> Em tais instâncias, o poder (e não necessariamente o poder estatal) continuamente se refere e apela à exceção, emergência e a uma noção ficcional do inimigo. Ele também trabalha para produzir semelhantes exceção, emergência e inimigo ficcional (MBEMBE, 2016, p. 128).

São essas considerações, destacadas na seção 2, que são retomadas aqui. Os questionamentos que Mbembe faz em relação a quais condições e a quais sujeitos são direcionados o exercício do poder de matar, de deixar viver ou de expor à morte?

O que se tem é a desconstrução da ideia de que a soberania e a produção de normas gerais são direcionadas de modo igualitário para um determinado povo. A percepção de tal afirmativa é visualizada a partir da materialização da norma que se apresenta como "racionalmente" dotada de isenção e isonomia. Essa lógica dialoga com o dito popular de que "na prática, a teoria é outra" e o que outrora era racionalmente, traduz-se em racialmente, não isenta e tampouco isonômica.

Para que se compreenda, portanto, quem é o sujeito das produções normativas - em especial no âmbito criminal - é necessário entender a dimensão estrutural do racismo. Uma vida digna é o conjunto necessário de acesso a direitos e oportunidades. Nesse sentido, quando grupos sociais deixam de acessar oportunidades educacionais, profissionais e há a ausência de poder político para transformar, em alguma medida, a situação que se encontra é denominada de discriminação estrutural (MOREIRA, 2017).

Silvio de Almeida, todavia, faz um alerta para as concepções que rechaçam a possibilidade de algum tipo de políticas públicas que visam atenuar as práticas racistas no cotidiano (ALMEIDA, 2018). Para o autor:

> [...] o uso do termo estrutura não significa dizer que o racismo seja uma condição incontornável e que as ações e políticas institucionais antirracistas sejam inúteis; ou ainda, que indivíduos que cometam atos discriminatórios não devam ser pessoalmente responsabilizados (ALMEIDA, 2018, p. 39).

Destaca-se, assim, que:

> "[...] a discriminação estrutural ocorre quando a acumulação de desvantagens sociais causadas por diversas formas de discriminação concorre para a estratificação, o que coloca certos grupos em uma situação de subordinação durável ou permanente (MOREIRA, 2017, p. 136)".

Bonilla-Silva (*apud* Moreira, 2017) destaca que a característica da estruturação racial se dá em razão da possibilidade de os próprios sistemas sociais serem racializados. Nesse sentido, os sistemas tais como a economia, política, educação, sistema criminal - como é o tratado neste trabalho - possuem a capacidade de situar de modo distinto os indivíduos dentro da estrutura social a partir do critério racial.

Diante das três concepções que conversam entre si, percebe-se que o sistema criminal não se isentou de ser racista, seja nas formulações teóricas que servem de base para a elaboração de políticas criminais, seja na prática cotidiana da efetivação dessas elaborações. Por isso, tais concepções contribuem para que se diga: o racismo estrutural foi fundamental para a construção da necropolítica que operacionaliza o controle penal brasileiro.

Desse modo, a construção jurídico penal de um direito penal do inimigo caso recepcionada oficialmente pelo ordenamento nacional representará o agravamento do genocídio perpetrado contra a população negra. Em um país onde a exceção se apresenta como a tônica cotidiana e a necropolítica operacionaliza a barbárie, os parâmetros mínimos de humanidade parecem eclipsar sobre o obscurantismo. Nesse cenário, Mbembe (2018) nos lembra que em um mundo que se reestrutura em enclaves, muros e fronteiras e onde há o recrudescimento de políticas de inimizade e exceção, o apelo fanoniano para uma eclosão do mundo permanece a ressoar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, foi possível observar que a concepção de direito penal do inimigo tem por consequência colocar em movimento a legitimação de um Estado de exceção a partir de um direito penal de autor. Desse modo, para aqueles enquadrados como inimigos em nome de uma pretensa periculosidade do agente não caberia o mínimo de direitos e garantias fundamentais.

Ademais, percebeu-se que um juízo de exceção a determinados grupos é algo no qual o direito penal moderno historicamente tem convivido. Na tendência de, por meio da dogmática penal, construir uma sociedade na qual não houvesse insegurança. Entretanto, o preço para alcançar essa finalidade está em uma política de segurança pública de caráter aberto e autoritário que é mobilizada contra um outro.

Verificou-se também certas limitações de uma tradição de Estado de Direito liberal em combater essa dinâmica de exclusão e exceção. Outrossim, ao pensar o sistema penal a partir do Brasil, local de periferia no capitalismo global, é possível observar que os níveis de repressão e punição são bem maiores. A natureza do controle penal nacional possui uma natureza dúplice: um controle legal e outro ilegal. Ambos não se excluem, se complementam.

Desse modo, a partir da pesquisa realizada, é possível perceber que é criada uma zona de indeterminação onde norma e exceção convivem. Exceção que, latente na política criminal brasileira, busca se justificar a partir de noções de periculosidade que encontram suas bases na categoria de inimigo do direito penal. Essa operacionalização normativa torna-se comum mesmo nos Estados tidos como democráticos. Os governos passam a justificar suas arbitrariedades a partir de um estado de emergência, encarado como uma crise profunda, que precisa ser controlada a qualquer custo.

A dinâmica supracitada pôde ser breve e exemplificadamente apontada pelo Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) apresentado no ano de 2018. O Plano é perpassado pela emergência de categorias abstratas e arbitrárias que seriam mobilizadas para o combate a criminalidade em nome de uma paz social. Ou seja, trata-se de uma operação ideológica que visa justificar a barbárie perpetrada no Estado brasileiro.

Ao examinar as particularidades brasileiras, foi possível perceber que se trata de uma sociedade fundada desde uma profunda desigualdade tanto racial quanto social. Esse fato ajuda a explicar o porquê dos altos níveis de violência perpetrados pelo Estado. A manutenção dessa ordem social desigual apenas se operacionaliza a partir da repressão permanente. Assim, a compreensão do racismo estrutural como um elemento central para a estruturação do sistema penal brasileiro é fundamental. No Brasil, a repressão, a punição e a exceção têm cor.

O discurso do inimigo no direito penal é mobilizado, mesmo que de modo subterrâneo, para reforçar a exceção permanente do Estado brasileiro de modo a justificar as práticas necropolíticas colocadas em movimento pela segurança pública. Isto é, a operacionalização daquele que deve ser combatido e do Estado de exceção fundam a base do direito de matar. Esse controle penal passa a ser intensificado também pela atual fase do capitalismo que necessita de uma exclusão social cada vez maior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. *O Estado de Exceção em Giorgio Agamben:* Contribuições ao Estudo da Relação Direito e Poder. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em :https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01082011-163923/publico/Dissertacao_de_mestrado_Guilherme_de_Andrade_Campos_Abdalla.pdf. Acesso em: 15 mai. 2020;

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2.ed - São Paulo: Boitempo, 2019;

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção e genealogia do poder.* Revista Brasileira de Estudos Políticos, [S.l.], v. 108, p. 23-39, jan.-jul. 2014. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2014v108p21. Acesso em: 20 maio 2020;

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018;

BENITEZ, Carla. *Distribuir e punir?:* Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do Partido dos Trabalhadores (2003-2016). 2018. 353 f. Tese (Doutorado) - Curso de sociologia, Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Goiás. Cidade de Goiás, 2018. Disponível em: http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/8995. Acesso em: 30 jan. 2020;

BRANDÃO, Cláudio. *Significado Político-Constitucional do Direito Penal.* Revista Justiça e Sistema Criminal: Modernas Tendências do Sistema Criminal, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 75/93, jan./jun. 2011;

BRASIL. Decreto nº 9.630, de 26 de dezembro de 2018. *Institui o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social e dá outras providências.* Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9630.htm. Acesso em: 15 jul. 2020;

DUARTE, Fábio Henrique. *Biopolítica e democracia em Giorgio Agamben.* 2017. 156 f. Tese (Doutorado) - Curso de filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188756/PFIL0308-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y. Acesso em: 10 mai. 2020;

FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra.* Trad. José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968;

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117 Acesso em: 8 jul. 2020;

.

FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia:* uma discussão sobre mandato policial. 2020. 264 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38911/1/2020_FelipedaSilvaFreitas.pdf Acesso em: 15 jul. 2020;

GÓES, Luciano. *Pátria exterminadora:* o projeto genocida brasileiro. Revista Transgressões, v. 5, n. 1, p. 53-79, 24 maio 2017;

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo.* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases, ano VI, v. 7, p. 211-247, 1 jan. 2005. Disponível em: http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p297428d7553/material3.pdf. Acesso em: 27 dez. 2019;

IASI, Mauro. Posfácio. In: ŽIŽEK, Slavoj. *Violência:* seis reflexões laterais. Trad. Miguel Serras Pereira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014;

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo:* noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018;

LOSURDO, Domenico. *Contra-História do Liberalismo.* Trad. Giovanni Semeraro. Aparecida: Idéias & Letras: 2006;

MBEMBE, Achille. *Necropolítica:* biopoder soberania estado de exceção política da morte. Arte & Ensaios , Rio de Janeiro, ed. 32, p. 151, 30 dez. 2016. Disponível em: https://www.procomum.org/wp-content/uploads/2019/04/necropolitica.pdf. Acesso em: 4 abr. 2020;

MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017;

SAFATLE, Vladimir. *O Circuito dos Afetos:* Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. São Paulo: Autêntica, 2015;

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra.* Trad. José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político/ Teoria do Partisan.* Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020;

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. F. Bastos. Rio de Janeiro: Revan, 2003;

ZAFFARONI, Eugênio. *O inimigo no direito penal.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

Artigo Científico

A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL E AS ABORDAGENS COLABORATIVAS ENTRE AS CORTES INTERNACIONAIS

"JURISPRUDENCE AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW AND COLLABORATIVE APPROACHES BETWEEN INTERNATIONAL COURTS"

Carlos Henrique Jesus de Souza*

Resumo: Este artigo tem por principais objetivos analisar o papel que a jurisprudência exerce no cenário jurídico internacional contemporâneo, tendo em vista sua enorme valorização na doutrina internacional atual, e também constatar se as decisões judiciais dos Tribunais Internacionais influenciam-se mutuamente, formando uma rede de cooperação entre eles, com ênfase, obviamente, na Corte Internacional de Justiça. A partir de julgados importantes e autores relevantes para a doutrina, será levantada a forma como as decisões de tais tribunais operam no sistema: se é um mero estímulo, ou seja, apenas um referencial teórico para que o respectivo Tribunal decida uma controvérsia, ou se esses precedentes são obrigatórios, tal como acontece nos sistemas de *Common Law*.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedentes. Fontes do Direito Internacional. Corte Internacional de Justiça. Tribunais Internacionais.

Abstract: *This article has as its main objective to analyze the role that jurisprudence plays in the contemporary international legal system, in view of its enormous appreciation in current international doctrine, and also to verify whether judicial decisions of international courts influence each other, forming a cooperation networking among them, with emphasis, obviously, in the International Court of Justice. From important judgments and relevant authors, we will examine the way court decisions operate in the system: if it is a mere stimulus, that is, just an theoretical reference for how the respective court decides a controversy, or if these precedents are mandatory, as in Common Law system.*

Keywords: *Jurisprudence. Precedents. Source of International Law. International Court of Justice. International Courts.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo avaliar a sistemática de fontes do Direito Internacional, fazendo uma análise específica sobre o papel que a jurisprudência desempenha enquanto fonte, mesmo que conceituada como meio subsidiário. Tam-

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente, é monitor da disciplina de Direito Civil II. E-mail: carloshenrique18991@gmail.com.

bém será analisado como que as decisões entre as diversas Cortes Internacionais dialogam entre si, para, a partir de tais resultados, constatar qual é o real papel que jurisprudência desempenha na prática jurídica internacional.

A relevância e escolha do tema se dá pelas imensas discussões que a doutrina apresenta sobre qual é o papel exercido pelas decisões dos Tribunais Internacionais, ou seja, se ela é meramente um meio subsidiário, sem nenhuma influência na resolução dos casos mais controvertidos, ou se possui maior força vinculativa, desempenhando papel semelhante em um sistema de *Common Law,* e também como essas posições se relacionam com a letra do artigo 38 do Estatuto da CIJ e também com princípios do Direito Internacional, como a soberania dos Estados Nacionais. Essas são as principais questões que o presente artigo busca analisar.

Como será analisado adiante, a doutrina possui opiniões distintas e paradoxais com a esta questão. A título exemplificativo: enquanto Francisco Rezek defende o papel subsidiário da jurisprudência tal como estabelecido pelo artigo 38 do Estatuto da CIJ, ressaltando a impossibilidade de juízes criarem o direito (REZEK, 2010, p. 144), Cançado Trindade adota uma postura mais ativista das Cortes, com papel criativo, a fim de que estas possam desenvolver o Direito Internacional na busca pela concretização dos Direitos Humanos. (TRINDADE, 2017, p.90) Todas essas questões serão amplamente debatidas no artigo, analisando as vantagens e os problemas que cada teoria apresenta na conceituação da jurisprudência como fonte.

Assim como as vantagens de uma maior valoração do papel da jurisprudência enquanto fonte do Direito Internacional, serão levantadas as problemáticas que essa flexibilização do sistema de fontes pode ocasionar para a legitimidade do Direito Internacional. Ou seja, até que ponto uma maior representatividade da jurisprudência, classificada como meio subsidiário pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, afeta a soberania dos Estados? Por outro lado, será considerado também como uma completa desvalorização do papel dos precedentes internacionais engessa e prejudica o Direito Internacional atual, que sempre é chamado para solucionar as questões mais controvertidas envolvendo os Estados Nacionais. Essas são as duas questões mais importantes que o artigo objetivará refletir, sem, entretanto, a pretensão de esgotar completamente a temática.

A metodologia utilizada concentra-se na análise da doutrina nacional e internacional quanto ao papel da jurisprudência no cenário internacional. Também há uma pesquisa realizada nas decisões de diversos Tribunais, buscando decisões que dialoguem e se legitimem a partir de decisões de outros Tribunais, com o objetivo de avaliar como esse diálogo de precedentes ocorre na prática jurídica internacional.

Para responder essas questões, primeiramente, o artigo apresentará a conceituação do que é Fonte do Direito Internacional e uma análise do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Após essa conceituação, será analisado como a doutrina entende o papel da jurisprudência no cenário jurídico internacional, apresentando as interpretações dissonantes. As decisões judiciais dos Tribunais Internacionais serão analisadas com o intuito de se observar o modo com elas dialogam entre si. Ao final, na conclusão, a partir de todo o exposto durante o texto, serão feitas análises sobre qual é o real papel que a jurisprudência possui no Direito Internacional

atual e quais são as implicações dessas discussões, principalmente no que se refere a soberania dos Estados Nacionais.

2. CONCEITUAÇÃO DAS FONTES E ANÁLISE DO ARTIGO 38 DO ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O estudo das fontes do Direito Internacional adquiriu atualmente especial relevância, na medida em que renomados autores da doutrina internacional, tais como Francisco Rezek, Dal Ri Júnior e Cançado Trindade, se debruçaram sobre o tema buscando entender como é a sistematização do Direito das Gentes através do sistema de fontes (TRINDADE, 2017, p. 53). Primeiramente, cabe-nos indagar: qual o conceito de fonte?

Fonte é a manifestação do fenômeno jurídico, ou seja, de onde surgem as normas internacionais e os elementos que dão legitimidade para tais legislações e decisões dos tribunais internacionais (MELLO, 2000, p.191). Segundo Celso D. Albuquerque de Mello,

> Fontes do DI constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica. É, como diz Arechaga, '*os modos formais de construção do DI*'. *"São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir a norma jurídica' (Norberto Bobbio, Il Positivismo Giuridico, 1979).*' Nós não pretendemos com isso negar a existência das denominadas fontes materiais, isto é, os elementos histórico, social e econômico. Sustentamos é que interessam diretamente ao estudo do direito positivo somente as fontes formais. (MELLO, 2000, p. 191)

Para tanto, alguns autores dividem a classificação das fontes do Direito Internacional em fontes formais e materiais. Utiliza-se frequentemente a metáfora do curso da água, na qual as fontes formais seria o local do surgimento da água, ou seja, de onde ela jorra para o rio, enquanto as fontes materiais seria aqueles agentes que modificam o seu curso, tais como o solo, o vento, a erosão, os assoreamentos, entre outros. (MELLO, 2000, p.191)

De acordo com Arno Dal Ri Júnior e Lucas Carlos Lima, a metáfora do curso da água é comumente utilizada pelos autores internacionalistas para diferenciar fontes formais e materiais (DAL RI Jr; LIMA; 2015, p.54). Segundo os autores:

> Em seu ensaio de 1934, George Scelle utiliza da mesma metáfora que os escritores do início do século, com o escopo de diferenciar as fontes formais das fontes materiais. Segundo Scelle, *"a fonte não é a origem da água; ela é sua manifestação exterior, o fato por si e probatório, o elemento captável e utilizável".* Para Scelle existem outros fatores como a pluviosidade, a pressão, a qualidade do solo, que irão influir na formação do curso d'água. Seriam

> essas, portanto, as fontes materiais do direito internacional, em contraposição às fontes formais, verificáveis e captáveis, do direito internacional. (DAL RI Jr.; LIMA, 2015, p. 54-55)

Saindo da linguagem metafórica, as fontes formais são aquelas nas quais se verifica o surgimento do fenômeno jurídico, sendo enumeradas pelo artigo 38 do Estatuto da CIJ, e as fontes materiais são os elementos históricos, econômicos e sociais que, mesmo sendo externos ao Direito, o modificam de forma considerável (DAL RI JÚNIOR; LIMA, 2015, p. 54-55).

O artigo 38 do Estatuto da CIJ, entendendo ser necessária a criação de um sistema de fontes formais que legitimem a produção das normas de Direito Internacional, e também definir parâmetros que justifiquem e apontem caminhos para as decisões judiciais dos Tribunais Internacionais nos casos levados à jurisdição das Cortes, estabeleceu uma série de balizas pelas quais os países podem se basear para a criação das normas internacionais, bem como os julgadores podem encontrar refúgio para decidir os casos mais controvertidos, naqueles em que há uma lacuna no tratado ou não há um costume que resolva tal situação.

O referido dispositivo legal enumera quais são as fontes do Direito Internacional que a CIJ se balizará para resolver as controvérsias levadas à sua jurisdição: os tratados; o costume internacional; os princípios gerais do direito aplicáveis nas nações civilizadas; a jurisprudência e a doutrina dos publicistas consagrados, porém estas últimas como meios auxiliares; e a equidade da Corte, desde que as partes acordem. Da seguinte forma está redigido o artigo 38 do Estatuto da CIJ:

> A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
> a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
> c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
> d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
> A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono,* se as partes com isto concordarem.

Porém, com a criação de inúmeros Tribunais Internacionais Permanentes, em especial a Corte Internacional de Justiça, as decisões judiciais adquiriram especial importância para o desenvolvimento do Direito das Gentes. Sendo assim, alguns autores importantes, como Cançado Trindade, como na obra “Princípios do Direito

Internacional Contemporâneo", (TRINDADE, 2017, p. 90), Arno Dal Ri Júnior e Lucas Carlos Lima, no artigo "A flexibilização da doutrina clássica de fontes e o papel das decisões judiciais no ordenamento internacional" (DAL RI JUNIOR; LIMA. 2015, p.74) e Lauterpacht, na obra "*The Development of International Law by the International Court*" (LAUTERPACHT, 1958, p.8), passaram a considerar uma função especial a jurisprudência no sistema jurídico internacional, mesmo sendo ela considerada subsidiária pelo texto legal, juntamente com a doutrina. Assim, esses autores conferem papel de destaque aos precedentes internacionais, tendo em vista a importância das decisões judiciais para o sistema de jurisdição internacional. Entretanto, como será apresentado a seguir, essa é uma questão bastante controversa perante a doutrina, que apresenta formulações dissonantes e até mesmo paradoxais (DAL RI JÚNIOR; LIMA. 2015, p. 51-74).

O real papel da jurisprudência como fonte do Direito Internacional é totalmente controverso perante a doutrina, com os diferentes autores representando diversas correntes. Hans Kelsen, na obra *Principles of International Law,* entende que não é possível considerar jurisprudência em patamar superior, elevando-a a fonte formal do Direito Internacional, a partir de uma leitura literal e legalista do artigo 38 do Estatuto da CIJ. Para o autor, as decisões judiciais somente são autoritativas entre as partes envolvidas na controvérsia, como expresso no artigo 59 do Estatuto da CIJ. Kelsen concebe o Direito Internacional a partir de sua descentralização, e não como uma instituição centralizada, tal como é o direito interno dos Estados Nacionais (KELSEN, 1952, p. 365). Segundo o autor:

> Adicionado ao costume e tratados, decisões de Agências Internacionais, especialmente julgamentos de tribunais internacionais, são fontes do direito internacional. O Direito Internacional Geral não é instituído por tais agências. Aplica normas que impõe obrigações e conferem direitos sobre estados para esses mesmos Estados. É apenas neste respeito que o direito internacional geral prova ser uma ordem legal altamente descentralizada. Centralização, isso é, o estabelecimento de órgãos especiais para a aplicação do direito Internacional é possível somente por tratados. (KELSEN, 1952, p. 365)[1]

Por outro lado, Max Sorensen acredita que as decisões judiciais possuem duplo caráter: o de estabelecer e elucidar a norma vigente entre os estados envolvidos na controvérsia e, ao decidir um caso, a decisão auxilia na criação e consolidação de normas costumeiras. Aqui, há um posicionamento doutrinário do precedente judicial como criador e enunciativo das regras consuetudinárias (SORENSEN, 2004, p. 177). Assim, como pode ser percebido, o papel dos precedentes internacionais é uma questão muito controvertida, com muitas posições dissonantes entre elas.

[1] Original: *In addition to custom and treaties, decisions of international agencies, especially judgments of international tribunals, are sources of international law. General international law does not institute such agencies. It leaves the application of the norms imposing obligations and conferring rights upon states to these very states, It is just in this respect that general international law proves to be a highly decentralized legal order.*

No sentido de realçar a importância especial da jurisprudência enquanto fonte do Direito Internacional é o entendimento de Lucas Carlos Lima, afirmando um papel importante das decisões judiciais das Cortes Permanentes na organização jurídica do sistema internacional. De acordo com o autor, mesmo que a jurisprudência não seja fonte principal e autônoma do Direito Internacional, ela se mostra como essencial na formação e desenvolvimento do Direito das Gentes (LIMA, 2014, p.16).

Segundo Carlos Lima, é necessário analisar se a Corte Internacional de Justiça apenas desenvolve o direito ou ela tem papel criativo na formação das normas. Segundo o autor:

> Ante essa perspectiva e com a crescente e pujante atividade jurisdicional da Corte, nasce uma nova discussão no âmbito da ciência jurídica internacionalista (e ela não deixa de ser um desdobramento da discussão apontada até o momento): se a Corte desenvolve o direito ou se ela efetivamente o cria. Se num primeiro momento as duas concepções aparentemente se aproximam, no seu enfrentamento reside uma sutil diferenciação que, no âmbito teórico, altera a dinâmica de fontes jurídicas do ordenamento jurídico internacional." (LIMA, 2014 p. 16)

Ainda de forma esclarecedora, Lima afirma que a Corte Internacional, através das suas decisões e precedentes judiciais, desempenha papel importante para o ordenamento jurídico internacional, revelando a autoridade de suas decisões para o desenvolvimento do Direito das Gentes e renegando o papel de meramente subsidiário (LIMA, 2014, p.23).

> Estes são problemas que os homens de 1920 não tinham em suas mentes quando elaboraram o estatuto com a clara ideia de que "a Corte não deve legislar". A Corte não legisla, é verdade, mas desempenha um papel único no âmbito do ordenamento jurídico internacional. Talvez seja possível questionar se, na atualidade, frente a uma possível reforma do Estatuto, seria relegada às decisões judiciais da Corte uma autoridade distinta daquela de "meio auxiliar" preconizado no Estatuto de 1920. Independente da resposta a que se chegasse ante a hipotética demanda, seria certo que a atividade jurisprudencial da Corte construída historicamente não se eximiria a desempenhar sua função no ordenamento jurídico internacional. (LIMA, 2014 p. 23)

Dessa forma, a partir da análise da doutrina de autores renomados e decisões judiciais das Cortes Permanentes, com especial destaque para a Corte Internacional de Justiça, será analisada a importância da jurisprudência na celebração e elabora-

Centralization, that is, the establishment of special organs for the application of international law, is possible only by treaties. (KELSEN, 1952, p.365)

ção de Tratados Internacionais e também das decisões relacionadas a estes, bem como de que forma os precedentes se relacionam dentro do sistema jurídico internacional.

Portanto, o presente artigo pretende avaliar se existe um sistema de cooperação dos Tribunais, nos quais as decisões de uma Corte podem ser usadas como legitimadoras de decisões de outras, ou se as decisões da Corte Internacional de Justiça vinculam obrigatoriamente os outros órgãos judiciários permanentes internacionais, como em um sistema de precedente obrigatório de *Common Law.*

3. A JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL

A questão do papel exercido pela jurisprudência dos tribunais internacionais como fonte do Direito Internacional apresenta uma série de fatores e variantes que não serão exauridas no presente artigo, que se propõe apenas a apresentar reflexões de como os precedentes das Cortes se relacionam na produção do costume, tratados e resoluções de conflitos pelos Tribunais. A doutrina se divide quanto ao papel exercido pelas decisões judiciais dentro da organização e sistematização do Direito Internacional, sendo que cada autor apresenta visões diferentes sobre o assunto.

Com a ampliação e desenvolvimento da globalização, aumentaram consideravelmente as interações entre países, sejam elas econômicas, sociais, comerciais, entre tantas outras formas de relação interestatais proporcionadas por este fenômeno. Com isso, como toda espécie de convívio humano, naturalmente, surgiram muitas controvérsias entre os próprios entes estatais, que são os sujeitos do Direito Internacional por excelência, tendo em vista que os diferentes Estados possuem interesses divergentes e até mesmo paradoxais.

Dessa forma, houve a necessidade da criação dos diversos tribunais permanentes existentes atualmente, com destaque para a Corte Internacional de Justiça, que iniciou seus trabalhos em 1922, e, posteriormente, outros órgãos judiciários internacionais permanentes também foram criados, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte Europeia de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, todos voltados para dirimir as controvérsias que surgirem no âmbito internacional, desde de que os envolvidos aceitem a jurisdição de tais Cortes, como por exemplo por meio da ratificação do tratado que regulamenta os referidos tribunais (TRINDADE, 2015, p. 9-46).

Lucas Carlos Lima e Arno Dal Ri Júnior atribuem a criação de tribunais internacionais permanentes como um fator preponderante para colocar em contestação a teorização da jurisprudência como mera fonte subsidiária. Segundo os autores:

> O fenômeno de flexibilização da teoria de fontes do direito internacional gera um importante desdobramento, qual seja a ideia da jurisprudência – ou, mais especificamente, do precedente – enquanto fonte do direito internacional. Somente ante a existência dos dois fenômenos acima apontados – seja o surgimento de um tribunal internacional permanente, seja a flexibilização da teoria de fontes, e que certamente possuem um grau de recíproca in-

> fluência – é que se pode conceber a ideia das decisões judiciais enquanto fontes do direito internacional. (DAL RI Jr., Arno; LIMA, 2015, p. 60)

A partir da visão positivista e legalista, a princípio, a questão da importância das decisões judiciais já estaria resolvida, na medida em que o artigo 38 do Estatuto da CIJ considera que ela é um mero meio auxiliar para resolução de conflitos. Nessa linha, filiam-se vários autores importantes, como Francisco Rezek, que considera que, colocar a jurisprudência como meio principal da formação do Direito significa a possibilidade de uma legislação feita pelos juízes, o que, para o autor, não pode ser aceitável, na medida em que os magistrados não são competentes para a função legislativa, mas sim para a jurisdicional, ou seja, apenas subsumir a lei ao caso concreto, sem a aptidão para criá-la (REZEK, 2010, p. 144-146).

No caso de atribuir função de produção de leis internacionais à jurisprudência, o autor considera que seria uma deturpação de competência, já que não cabe ao Judiciário a função de criar leis, mas somente aplicá-las (REZEK, 2010, p.144). Nas palavras de Rezek:

> A sentença, ensinam os processualistas, exprime ante as partes um comando imperativo de conduta. Tanto faria dela, no dizer de alguns, uma norma, e uma norma irrecusavelmente jurídica, porque apoiada em bom direito. Usando de semelhante linguagem acabaríamos por afirmar que também são normas jurídicas a ordem de serviço dada pelo gerente ao empregado no comércio, ou a proibição do passeio imposta pela mãe à filha menor. Contudo, norma jurídica em sentido estrito é aquela que mostra as características da abstração e da generalidade. Exprimem-na, em direito internacional público, os tratados, os costumes, os princípios gerais, certos atos unilaterais e decisões de organizações internacionais, e nada além dessas categorias. O juiz não tem qualidade — nem pretende tê-la — para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. (REZEK, 2010, p. 144)

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Hans Kelsen, que entende que, na comunidade internacional somente pode-se criar normas por tratados que as partes deliberaram por essas regras, privilegiando-se sempre o princípio da soberania estatal e o pacta *sunt servanda.* Para o autor, somente os próprios Estados poderiam criar normas para eles mesmos através dos tratados e cabem também à eles a escolha da Corte que irá julgar eventuais controvérsias de tal pacto. Assim, as decisões judiciais somente criariam normas entre as partes, que aceitaram a jurisdição de determinada Corte Internacional para resolver a controvérsia (KELSEN, 1952, p. 366). Em Kelsen há uma interpretação literal do artigo 59 do Estatuto da CIJ, na medida em que este estatui que as decisões judiciais somente são obrigatórias para os Estados envolvidos no conflito.

Entretanto, essa visão rígida quanto à redação do artigo 38 do Estatuto da CIJ

não reflete a prática dos Tribunais e nem a realidade internacional atual. Negar qualquer importância às decisões judiciais enquanto ente influenciador dos Tratados entre Estados, bem como de norte argumentativo para as próprias decisões que as Cortes apresentam aos seus jurisdicionados, representa um completo engessamento da formação e sistematização do Direito Internacional, na medida em que desconsidera o papel interpretativo que a jurisprudência desempenha dentro do caso concreto para a busca da melhor solução jurisdicional.

Além disso, tal teorização é desconectada com a práxis atual das próprias Cortes, pois, como se verá adiante no presente artigo, a decisão de um Tribunal Internacional pode ter o condão de servir como base argumentativa e uma legitimação maior para uma outra decisão de outro Tribunal em outro litígio. Assim, a principal função que a jurisprudência exerce é a possibilidade de uma abordagem colaborativa entre os Tribunais, como será mais bem delineado no próximo tópico.

Contestando essa teoria literal do artigo 38, Accioly esclarece que a jurisprudência exerce papel fundamental na interpretação e esclarecimento do verdadeiro sentido que as normas costumeiras e os princípios gerais do direito possuem na ordem jurídica internacional, possuindo, assim, papel relevante na construção e sistematização do Direito Internacional, cobrindo as lacunas que não raro aparecem para serem dirimidas nos casos concretos levados a jurisdição das Cortes (ACCIOLY, 2009. p. 157). No entendimento de Accioly:

> As sentenças da CIJ, ao interpretarem tratados ou esclarecerem o verdadeiro conteúdo dos costumes internacionais e dos princípios gerais do direito, contribuem para eliminar incertezas, porventura existentes no direito internacional, a ponto de a Comissão de Direito Internacional haver recorrido a estas em seus projetos de codificação, a fim de cobrir eventuais lacunas ou atualizar determinada regra jurídica. (ACCIOLY, 2009, p.157)

Apresentando uma visão diferente de Francisco Rezek, Celso D. Albuquerque de Mello considera maior importância à jurisprudência para a criação do costume internacional. Segundo o autor, as decisões judiciais dos Tribunais Internacionais são essenciais para fixar o elemento de Direito Internacional como norma costumeira, evidenciando a formação e consolidação do objeto decidido como costume, fixando assim, a opinio iuris de que a prática é aceita como direito por todos os Estados (MELLO, 2000, p. 312-316).

O autor não coloca a jurisprudência como formadora dos tratados e influenciadora das demais decisões judiciais dos tribunais, apresentando como principal importância e única função a formação do costume internacional (MELLO, 2000, p. 312-316). De acordo com Albuquerque de Mello:

> É de se recordar que a CIJ quase não recorre a precedentes judiciais nas suas sentenças. A jurisprudência é mais utilizada pelos votos em separado. A CIJ só dá valor à jurisprudência quando ela é dotada de constância e generalidade. A CIJ nunca recorreu

> a jurisprudência interna dos Estados. A jurisprudência pode vir a se tornar em costume. Ela é importante para fixar o costume. (MELLO, 2000, p.312)

Por outro lado, Cançado Trindade não somente reconhece a importância da jurisprudência como formadora do costume internacional, como aponta para as decisões dos tribunais como fontes do Direito Internacional (TRINDADE, 1981, p. 116). Ao associar a jurisprudência como fonte do Direito das Gentes, o autor atribui um papel cada vez mais ativista das Cortes, podendo, através de seus precedentes, criar regras que vão ser legitimadoras de futuras decisões em casos análogos (TRINDADE, 1981, p. 116).

Assim, com a criação dos Tribunais Permanentes, Trindade atribui aos órgãos jurisdicionais papel importante na criação e desenvolvimento no sistema de jurisdição internacional (TRINDADE, 1981, p. 116). Segundo Trindade:

> Não há como negar à grande massa de decisões arbitrais e judiciais o caráter de "fonte" do direito internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso desigual (1. e., algumas mais inovadoras ou criativas do que outras). Decisões da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, podem conter um reconhecimento judicial, ou mesmo proceder à aplicação de um costume geral – como nos casos do *Lotus* (1927), do *Wimblendon* (1923), do *Canal de Corfu* (1947), das *Reservas à Convenção sobre o Genocídio* (1951), de *Nottbohm* (1955) – ou de um costume especial – a exemplo dos casos do *Asilo* (1950), dos Nacionais dos EUA em Marrocos (1952) e do *Direito de Passagem* (1960). (TRINDADE, 1981, p.116)

Dessa forma, como pode-se extrair das reflexões acima, a doutrina se divide quanto à jurisprudência como fonte do Direito Internacional, tendo em vista que cada autor a classifica de uma forma diferente, sob pontos de vista diversos.

O artigo 38 do Estatuto da CIJ delega papel subsidiário para a jurisprudência e, completando essa questão, o art. 59 do Estatuto da CIJ também estabelece que as decisões judiciais apenas são obrigatórias para as partes envolvidas no litígio, nesses termos: "A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão".

Lauterpacht, que defende uma posição semelhante com aquela expressa por Cançado Trindade, entende que essa regra do artigo 59 do Estatuto da CIJ é mitigada pela própria lei enunciada pelo artigo 38 (LAUTERPACHT, p.8, 1958). Segundo o autor:

> Tem sido também sugerido, mais plausível, que a limitação de termos do Artigo 59 se refere para as atuais "decisões" da Corte, *i.e*, para as partes operativas distinto do raciocínio subjecente à decisão e contendo os princípios legais em que ela é baseada.

> Além disso, o aparente rigor do Artigo 59 é mitigado pelo artigo 38, que admite que as decisões judiciais – incluindo, que deve ser assumido, as decisões da própria Corte – como um meio subsidiário para determinar as regras do Direito.[2] (LAUTERPACHT, p. 8, 1958, tradução própria)

Entretanto, como será visto adiante, não há como negar o papel relevante que a jurisprudência possui na prática dos Tribunais Internacionais, mesmo não possuindo o caráter de fonte formal propriamente dito, tendo em vista a enorme influência que esta exerce nas decisões de todos os Tribunais Internacionais e na formação e consolidação do costume internacional, bem como na elaboração de Tratados Internacionais e legitimação das próprias decisões das Cortes. Assim, o papel da jurisprudência é inegável na prática, embora não seja possível reconhece-la como fonte formal do Direito Internacional.

Existem diversos fatores pelos quais os precedentes judiciais não são colocados como fonte formal, notadamente políticos, pois envolvem questões de soberania estatal, porque seria bastante impactante para a ordem jurídica internacional que os Estados fossem julgados com base em normas as quais estes não assentiram na sua criação, o que seria claramente uma mitigação ao princípio *pacta sunt servanda*, que é basilar no Direito Internacional Público. Kelsen afirma que esta noção de Cortes criando o direito através de suas decisões aproxima o Direito Internacional com os direitos internos dos países, pois estes que elaboram normas impositivas aos seus jurisdicionados, enquanto aquele deve prezar pela horizontalidade de suas normatizações (KELSEN, 1952, p. 366)

Por outro lado, o artigo 38 do Estatuto da CIJ não confere nenhuma hierarquia entre as fontes do Direito Internacional e não é, sob nenhum pretexto, estático. Nessa lógica, as formas de produção do Direito Internacional devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade internacional, sob pena de engessar o sistema jurídico.

Considerando a existência e vigência de inúmeros Tribunais Internacionais Permanentes, classificar que as decisões de tais órgãos possuem apenas caráter elucidativo, sem considerar sua especial importância atual, é simplificar toda a doutrina de fontes do direito e desconsiderar todo o avanço social internacional ocorrido desde 1920, quando o artigo foi redigido.

Portanto, a partir dessas constatações, pode-se afirmar e problematizar que a flexibilização do sistema de fontes é um fenômeno atual e necessário para a comunidade internacional, já que ele dá uma maior importância as decisões jurisprudenciais. Entretanto, deve-se tomar cuidado com formulações extremas, que apresentam graves perigos, pois, conferir o papel de fonte formal à jurisprudência, pode colocar em

[2] Original: *It has also been suggested, more plausibly, that the limiting terms of Article 59 refer to the actual "decisions" of the Court, i.e, to the operative part as distinguished from the reasoning underlying the decision and containing the legal principles on which it is based. Moreover, the apparent rigor of Article 59 is mitigated by Article 38, which admits judicial decisions – including, it must be assumed, the decisions of the Court itself – as a subsidiary means for determining the rules of law.* (Lauterpacht, p. 8, 1958)

risco a soberania dos países signatários do Estatuto da CIJ, tendo em vista que os Estados somente assentiram com a ideia dos precedentes como meio subsidiário, como expresso na letra do artigo 38 do Estatuto da CIJ.

Assim, há um contraponto essencial entre a ideia de dar lógica ao Direito Internacional em confronto com a soberania dos Estados parte do Estatuto, tendo em vista que, nessa situação, pode ocorrer de um país ser julgado por um Tribunal com uma norma criada por esta mesma Corte, sem que o Estado tivesse a oportunidade de deliberar sobre a regra, aceitando-a ou não. Essas são questões sempre estarão em posição central toda vez que se reflete sobre o papel da jurisprudência no cenário jurídico internacional, tendo em vista a enorme complexidade que o assunto apresenta.

4. INFLUÊNCIAS EXERCIDAS PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA NOS JULGADOS DOS DEMAIS TRIBUNAIS

A partir de todo esse entendimento de se considerar como fundamental o papel das decisões judiciais na prática do Direito Internacional, resta-nos compreender se, com o advento de inúmeros Tribunais Permanentes de Direito Internacional, as decisões proferidas por diferentes órgãos jurisdicionais interagem e exercem influência entre si, e se as decisões da Corte Internacional de Justiça vinculam a jurisprudência dos demais Tribunais.

Primeiramente, não é válida a afirmação de que a Corte Internacional de Justiça vincula obrigatoriamente os outros Tribunais, mesmo ela sendo o órgão Supremo de Jurisdição das Nações Unidas. O Sistema de Direito Internacional pressupõe uma organização horizontal, sem nenhuma hierarquia. Sendo assim, nenhum Tribunal ocupa posição hierárquica superior a outro, não sendo possível falar em um sistema de *Common Law* Internacional, em que vigora o *stare decisis*, no qual o precedente da CIJ vincularia todos os órgãos judiciários (CONDORELLI, 2006, p.8). Segundo Condorelli:

> A resposta é certamente negativa no que concerne à doutrina e à jurisprudência, as quais o próprio artigo 38 qualifica explicitamente como "meios subsidiários (auxiliary means, no texto em inglês) para a determinação das normas jurídicas": em outras palavras, elas representam uma importante ajuda para detectar e interpretar (ou "determinar") as normas, mas não as produzem. Em particular, não vige no direito internacional o princípio do precedente obrigatório (ou *stare decisis)*, como se extrai expressis verbis do artigo 59 do estatuto da ICJ, que limita estritamente às partes em litígio e ao caso em questão a força obrigatória da coisa julgada internacional. (CONDORELLI, 2006, p.8)

Entretanto, mesmo com a ausência de hierarquia, é inegável que existe um sistema de cooperação entre tais Cortes Internacionais, pois muitas sentenças dos diversos Tribunais citam-se mutuamente como forma de legitimação das decisões. Nesse sentido, ainda de acordo com Condorelli:

> Todavia, negar o valor de fontes em sentido próprio à doutrina e à jurisprudência não equivale a negar as suas peculiaríssimas e também insubstituíveis relevâncias. Com efeito, o direito internacional resulta, pode-se dizer, da acumulação caótica de "materiais" dispersos e não coordenados, representados sobretudo pela práxis dos sujeitos internacional, de numerosos tratados internacionais em vigor entre grupos 9 variáveis de Estados, bem como uma miríade de outros "documentos" e "atos" de origem, forma e autoridade diversas e frequentemente incertas, se não indefinidas. Em suma, por conta da não institucionalização da sociedade internacional e da consequente dispersão dos processos normativos, o direito internacional é policêntrico, fragmentário, assistemático, visto que nenhuma autoridade superior exercita o poder de ordená-lo num sistema coerente. Nestas condições, o papel da doutrina, mas ainda mais da jurisprudência, revela-se essencial, dado que a estas duas compete naturalmente a tarefa de colocar em evidência – através de um esforço de síntese que parte de elementos esparsos e heterogêneos, quando não divergentes – qual é a lógica unitária que preside as relações internacionais, e quais as regras às quais estas relações devem conformar-se. Os precedentes judiciais, em particular, acabam por gozar de uma autoridade pronunciadíssima, seja junto à doutrina, seja junto à jurisprudência sucessiva, porque representam elementos de referimento preciosos para determinar o conteúdo das regras internacionais e sua evolução, contribuindo de alguma maneira a responder à necessidade difusa de certeza jurídica. (CONDORELLI, 2006, p.8)

Há que se falar, portanto, em um sistema de cooperação jurisdicional internacional, no qual os diferentes órgãos estão atentos às decisões dos outros sem nenhuma obrigatoriedade, para, assim, formar um sistema judicial lógico e coerente, proporcionando segurança jurídica ao Direito das Gentes. Para confirmar essa tese, são elucidativas as palavras de Loris Marotti:

> Com efeito, de maneira a encontrar, enunciar e aplicar um determinado princípio processual, uma corte internacional tende a demonstrar a larga aceitação deste no direito internacional referindo-se à prática internacional e, em particular, como se verá, à jurisprudência da CIJ relacionada a normas procedimentais básicas. (MAROTTI, 2018, p.52)

Corrobora com a veracidade dessas constatações, de acordo com a explanação de Cançado Trindade, a Reunião de Luxemburgo, ocorrida em 2002, na qual os presidentes de diversos órgãos judiciais internacionais, como a Corte de Justiça das Comunidades Europeias, Corte Internacional de Justiça, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte de Justiça da Comunidade Andina e Corte Centro Americana de Justiça se reuniram para traçar objetivos em

comum. Nesse encontro específico, de acordo com o supracitado professor mineiro – presente na reunião como Presidente da CIDH – cada Corte expôs suas bases e avanços jurisprudenciais, bem como apontaram de forma uníssona a necessidade de se ter uma melhor coordenação entre tais órgãos judiciários, diante da ausência de hierarquia, objetivando a criação de um sistema judicial que preserve uma certa "segurança jurídica" para as controvérsias entre Estados soberanos (TRINDADE, 2013, p.51-57).

Para deixar ainda mais assente a afirmação de que os Tribunais estão em constante cooperação, deixando-se influenciar e influenciando outros, serão apresentadas algumas decisões que um Tribunal justifica algum aspecto de sua decisão com base na jurisprudência de outro órgão, salientando a possibilidade de abordagens colaborativas entre as Cortes.

O primeiro caso, apresentado pelo professor Loris Marotti, é o *US - Shirts and Blouses* (MAROTTI, 2018, p. 54), julgado no órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio. O caso chegou ao Órgão de Apelação da OMC, que, após uma controvérsia processual a respeito de qual parte deveria provar a alegação, a Corte afirma, com base na jurisprudência de diversas Cortes, inclusive da CIJ, que a parte que alega um fato deve prová-lo. Nesse sentido é a sentença do Órgão:

> Diversos tribunais internacionais, incluindo a Corte Internacional de Justiça, aceitaram e aplicaram de maneira geral e consistente a regra que a parte que alega um fato, seja o requerente ou o requerido, é responsável por prová-lo. Igualmente, é um cânone probatório aceito de maneira geral na civil law, common law e, de fato, maior parte das jurisdições, que o ônus da prova compete à parte, seja reclamante ou reclamado, que alega uma determinada tese de acusação ou defesa. (MAROTTI, 2018, p.52)

Dessa forma, como ficou demonstrado por essa decisão do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio, vê-se claramente que as cortes estão atentas as decisões de outras Cortes Internacionais, usando-as como base argumentativa legitimadora da decisão, mostrando qual é o entendimento do Direito Internacional sobre a matéria, notadamente reforçando a práxis de que a parte que alega um fato deve provar, tal como é no direito interno dos Estados.

O segundo caso que apresenta como os Tribunais Permanentes Internacionais se relacionam é a controvérsia envolvendo os Povos Indígenas *Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano* e seus membros contra o Panamá, com a sentença em 14 de outubro de 2014 na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2014). Alegava-se a responsabilidade internacional do Panamá referente a uma suposta violação de propriedade coletiva dos supracitados povos indígenas, falta de demarcação de terras, falta proteção efetiva ao território e supostas violações estatais que representariam uma discriminação contra essas etnias.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, para dar uma resposta ao caso, analisando as provas apresentadas, refere-se, como forma de legitimação da deci-

são, a interpretação da regra contida no artigo 1º do Protocolo 1 da Corte Europeia de Direitos Humanos (CIDH, 2014), que afirma a necessidade de indenização quando uma pessoa ou grupo for privada de sua propriedade.

Para corroborar com esta afirmação, o Tribunal ainda cita a Resolução 1.803, da Assembleia Geral das Nações Unidas (CIDH, 2014), que se guia no mesmo sentido do entendimento da CEDH. Esse é um dos inúmeros exemplos de influência da jurisprudência de Tribunais em outros órgãos de decisão internacional, formando uma rede de integração, sem nenhuma hierarquia. A seguir, é exposto o fragmento da Sentença da Corte que afirma tal influência:

> "No mesmo sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou a regra contida no artigo 1° do Protocolo n° 1, considerando que existe um direito intrínseco de receber uma indenização pela privação da propriedade. Outrossim, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução n° 1.803, afirmou que, no âmbito da soberania de um Estado para a expropriação por motivo de utilidade pública, é dever deste pagar uma compensação apropriada ao proprietário. Além disso, o princípio segundo o qual é exigível a indenização em caso de expropriação foi reafirmado pela jurisprudência internacional. (CIDH, 2014, p. 99)

Uma terceira controvérsia que merece ser analisada sob o prisma da influência da jurisdição internacional sobre os Tribunais Permanentes é o caso *Veliz Franco* e Outros contra o Estado da Guatemala, na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2014).

Em apertada síntese, Rosa Elvira Franco Sandoval processou a Guatemala na Corte Interamericana de Direitos Humanos devido à falta de resposta estatal referente ao desaparecimento de sua filha, María Isabel Veliz Franco, que fora encontrada morta. No seu cadáver, foram encontradas evidências de violência sexual. A princípio, a Corte identificou indícios da alegada omissão estatal nesse caso, com o Estado omitindo provas da referida violência sexual cometida contra María (CIDH, 2014).

Mas o que nos interessa aqui é o ponto 209 da sentença, no qual a CIDH deixa assente a influências sobre ela das jurisdições internacionais, considerando, como prática dos tribunais internacionais, a inadmissibilidade de se apresentar como prova antecedentes sexuais da vítima da violência de cunho sexual.

Aqui, há influências tanto da Corte Internacional de Justiça, que afirma, em suas regras de procedimento, a importância de não se inferir o consentimento por parte da vítima em casos de violência sexual, quanto o Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica (CIDH, 2014), que, no artigo 54, reafirma a inadmissibilidade de apresentação de antecedentes sexuais. Este exemplo é mais uma prova de que as Cortes interagem entre si, em um movimento de coordenação, com especial atenção às regulamentações da CIJ. A sentença da CIDH afirma:

> 209. Segundo determinadas pautas internacionais em matéria de violência contra a mulher e violência sexual, as provas relativas aos antecedentes sexuais da vítima são, em princípio, inadmissíveis, pois a abertura de linhas de investigação sobre o comportamento social e sexual prévio das vítimas em casos de violência de gênero não é mais do que a manifestação de políticas e atitudes baseadas em estereótipos de gênero. (CIDH, 2014, p. 82)

As Cortes Internacionais, portanto, possuem um sistema de influências comuns, o que proporciona maior coerência ao Direito das Gentes. Como os exemplos apresentados, os Tribunais Internacionais apresentam abordagens colaborativas, utilizando-se dos precedentes como um norte argumentativo para a decisão. Essa colaboração é importante para a sistematização do Direito Internacional, na medida em que minimiza o seu caráter fragmentário. As Cortes devem privilegiar as abordagens colaborativas em detrimento dos conflitos entre Tribunais, na medida em que isso poderia afetar ainda mais a coerência sistêmica do Direito Internacional, tendo em vista que este já é um sistema descentralizado.

5. CONCLUSÃO

A partir de todas essas considerações e apontamentos, é inegável afirmar que a Jurisprudência das Cortes tem importância essencial para todo o sistema judicial internacional, mesmo com o art. 38 do Estatuto da CIJ marginalizando-a como uma fonte subsidiária, o que não demonstra a práxis dos Tribunais Internacionais. Entretanto, esta é uma matéria amplamente discutida que, como visto durante o artigo, não encontra consenso na doutrina e apresenta questões sensíveis para os Estados Nacionais, como a soberania estatal e a própria segurança jurídica dos entes estatais, na medida em que o Estatuto da CIJ não é expresso no sentido de conferir papel de fonte formal para os precedentes das Cortes Internacionais. Assim, a maior valorização da jurisprudência no cenário jurídico ainda é objeto de política internacional, tendo em vista que o Direito Internacional preza pela horizontalidade das relações entre seus jurisdicionados, devendo estes estabelecer as normas para eles mesmos, através de tratados e a aceitação de um costume como sendo direito.

Outra consideração importante é que os respectivos Tribunais estão em constante cooperação, buscando legitimar as suas decisões com base na jurisprudência de uma outra Corte. Esse é um fator essencial do uso da jurisprudência: possibilitar relações integrativas e colaborativas das Cortes, podendo minimizar, mesmo que de maneira suave, o caráter fragmentário do Direito Internacional. Porém, como demonstrado durante o artigo, não há a possibilidade de se falar em um precedente obrigatório emanado pela CIJ, já que o sistema internacional carece de hierarquia e a adoção de um sistema de *Common Law* para a jurisdição internacional seria uma grave violação a soberania, já que os Estados não assentiram com a criação do sistema de precedente obrigatório e, de acordo com o artigo 59 do Estatuto da CIJ, as decisões somente são obrigatórias entre as partes, não podendo vincular outros Estados. Com o *Common Law,* uma decisão de um caso por uma Corte vincularia todos os Estados, já que o precedente seria obrigatório, violando a horizontalidade das relações internacionais.

Porém, isso não significa que as demais Cortes estão impedidas justificar e legitimar suas decisões com base em outras jurisprudências, tendo em vista a possibilidade de abordagens colaborativas entre tribunais. Porém, essa cooperação não significa elevar os precedentes a categoria de fonte formal do Direito Internacional, pois tal interpretação contraria a letra dos artigos 38 e 59 do Estatuto da CIJ, e toca em questões sensíveis de política internacional, como uma possível violação à segurança jurídica dos Estados, na medida em que estes podem ser julgados por uma norma legislada por uma Corte, na qual os países envolvidos não puderam assentir com a criação dessa regra, o que viola o princípio da prevalência das relações horizontais dos Estados.

É inegável o quanto essa matéria debatida é controversa perante a doutrina e os Estados. A jurisprudência, mesmo sendo considerada pelo artigo 38 do Estatuto da CIJ como um mero meio auxiliar, na prática possui uma importância que vai além disso: serve como um norte argumentativo e possibilita uma abordagem cooperativa entre Cortes Internacionais, que podem balizar sua argumentação baseados na justificação de um outro caso julgado por uma outra Corte ou até por ela mesmo. Entretanto, isso não significa que as decisões dos Tribunais esteja sendo elevada a categoria de fonte formal do Direito, pois isso seria contraditório a própria literalidade do artigo 38 da CIJ, além de ser um precedente perigoso que eventualmente poderia violar a soberania estatal e o princípio do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que tal possibilidade representaria um poder legislativo às Cortes, o que não estaria de acordo com a horizontalidade em que se baseia as relações internacionais

A partir de todos os julgados e todas as discussões doutrinárias, é possível conferir, portanto, papel de maior destaque para a jurisprudência, para além de mero meio subsidiário, apontando nortes e caminhos para as decisões judiciais e possibilitando uma abordagem mais colaborativa entre as cortes, o que minimiza o caráter fragmentário que o Direito Internacional. Porém, essa questão não deve ser analisada à luz de visões extremadas, que conferem valor de fonte formal à jurisprudência, na medida em que tal interpretação afronta a literalidade do artigo 38 do Estatuto da CIJ e coloca diversas questões relacionadas a soberania nacional, que já foram discutidas nesse artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público: Jurisprudência como fonte do Direito Internacional.* 17ª edição, 2009.

CONDORELLI, Luigi. *Fontes do Direito Internacional.* 2007. Acesso em: 20 abr. 2019

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano v. Panamá.* 14 de outubro de 2014, CIDH. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/725c8ffe5d2f3bc673d2fc663f59891d.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala. 19 de maio de 2014, CIDH.* Disponível em < http://www.cnj.jus.br/files/

conteudo/arquivo/2016/09/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>

Cf. TEDH, James Vs. UK, *Sentença de fevereiro de 1985, Petição n° 8.793/79, par. 54; e TEDH, Lithgow e outros Vs. Reino Unido, Sentença de julho de 1986, Petição n° 9.006/80;* 9.262/81; 9.263/81; 9.265/81; 9.266/81; 9.313/81; 9.405/8, pars. 114 e 120. IN: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano v. Panamá*. 14 de outubro de 2014, CIDH. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/725c8ffe5d2f3bc673d2fc663f59891d.pdf>

Cf. Resolução n° 1.803 (XVII) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1962, titulada "Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais" (1962). IN: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Povos Indígenas Kuna De Madungandí E Emberá De Bayano V. Panamá***.** 14 de outubro de 2014, CIDH. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/725c8ffe5d2f3bc673d2fc663f59891d.pdf>

Cf. Convenção do Conselho da Europa sobre Prevenção e Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica, supra, art. 54. IN: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Caso Veliz Franco e outros vs. Guatemala.* 19 de maio de 2014, CIDH. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>

DAL RI Jr., Arno; LIMA, Lucas Carlos. *A Flexibilização da Doutrina Clássica de Fontes e o Papel das Decisões Judiciais no Ordenamento Internacional.* Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. X, p. 51-74, 2015. Disponível em<http://centrodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2014/05/A Flexibilizac%CC%A7a%CC%83o-da-Doutrina-Cla%CC%81ssica-de-Fontes-e-o-Papel-das-Deciso%CC%83es-Judiciais-no-Ordenamento-Internacional.pdf>

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Statute of the Court,* art. 38. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>

KELSEN, Hans. *Principles of International Law.* 1952. University of Michigan Libraries.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. *The Development of International Law by the International Court.* London: Stevens & Sons Ltda, 1958.

LIMA, Lucas Carlos. *As Decisões Da Corte Internacional De Justiça Como Elemento De Desenvolvimento Do Direito Internacional.* 2014. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2014/11/LIMA_Desenvolvimento-do-Direito-Internacional-atrav%C3%A9s-da-Corte.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2019.

MAROTTI, Loris. *O diálogo entre a Corte Internacional de Justiça e outros Orgãos Judiciais Internacionais sobre questões processuais.* 2018. Disponível em: <https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/RDUno/article/download/.../2662>. Acesso em: 26 abr. 2019.

MELLO, Celso D. Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público.* Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2000. 12ª edição, v. 1.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Instrumentos de Interpretação e de Compensação.* 2010. 12º edição. Acesso em: 22 abr. 2019.

SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Publico.* Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos: O Diálogo dos Múltiplos Tribunais Internacionais Contemporâneos...* 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2019

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo.* Fundação Alexandre de Gusmão, 2ª edição. Brasília, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Reavaliação das Fontes do Direito Internacional Público ao início da década de 80.* Revista de Informações Legislativas, v.18, nº 69 p. 116. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181264>

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL: IMPACTOS DO RESP Nº 1.340.553/RS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

INTERCURRENT PRESCRIPTION AND TAX ENFORCEMENT PROCESS: IMPACTS OF "RESP NO. 1,340,553 / RS" ON THE BRAZILIAN JUDICIARY

Giovana Olivato Rodrigues*
Leonardo Milani Amaral**

Resumo: O presente trabalho objetiva discutir o Processo de Execução Fiscal brasileiro, sobretudo em relação ao instituto da prescrição intercorrente, à luz das teses julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.340.553/RS, afetado à sistemática dos recursos repetitivos. Nesse sentido, a partir da análise de dados estatísticos e da realização de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, pretende-se traçar panorama acerca da situação do Processo Executivo fiscal no Brasil, trabalhar o instituto da prescrição intercorrente na Lei nº 6.830/1980, apresentar as teses firmadas no julgado e discutir suas possíveis consequências. Desta forma, pretende-se construir com este trabalho entendimento no sentido de que as referidas teses, apesar de constituírem um marco que atinge o foco de congestionamento do Judiciário Brasileiro, são estanques e desfavorecem a análise casuística, de forma que podem favorecer os devedores de má-fé.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente. Execução fiscal. REsp nº 1.340.553/RS. Superior Tribunal de Justiça. Poder Judiciário.

Abstract: *This paper aims to discuss the Brazilian Tax Enforcement Process, especially in relation to the institute of intercurrent prescription, in the light of the theses judged by the Superior Court of Justice in Special Appeal No. 1,340,553 / RS, affected by the systematic of repetitive appeals. In this sense, based on the analysis of statistical data and the performance of bibliographic, legislative and jurisprudential research, it is intended to outline the situation regarding the tax executive process in Brazil and to work on the intercurrent prescription institute in Law 6.830 / 1980, as well how to present the theses signed in the court and discuss their possible consequences. In this way, it is intended*

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Estagiária na Banca Marcela Guimarães Sociedade de Advogados, especializada em matéria tributária. Ex-estagiária do Núcleo de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria Seccional Federal em Uberlândia/MG, órgão vinculado à Advocacia Geral da União (AGU). Endereço eletrônico: giovanaor@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9894530590967321>.
** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Técnico em Serviços Jurídicos pela Escola Técnica Estadual "Prof. Idio Zucchi". Estagiário na Banca Marcela Guimarães Sociedade de Advogados, especializada em matéria tributária. Ex-estagiário do Núcleo de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria Seccional Federal em Uberlândia/MG, órgão vinculado à Advocacia Geral da União (AGU). Endereço eletrônico: leeoamaral85@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5481458631766264>.

to build with this work an understanding that the aforementioned theses, despite constituting a milestone that reaches the focus of congestion of the Brazilian Judiciary, are watertight and disfavor the case-by-case analysis, in a way that they can favor debtors of bad faith.

Keywords: *Intercurrent prescription. Tax enforcement. REsp nº 1,340,553 / RS. Superior Justice Tribunal. Judicial power.*

1. INTRODUÇÃO

A fim de compreender melhor as implicações do julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.340.553/RS, no que tange à relação entre a necessidade recuperação de créditos pela Fazenda Pública e a morosidade do Poder Judiciário brasileiro, o presente trabalho trata da sistemática para a contagem da prescrição intercorrente prevista no artigo 40, *caput* e parágrafos da Lei n° 6.830/1980, a Lei de Execução Fiscal (LEF), bem como das peculiaridades relacionadas ao trâmite de tais feitos perante o Judiciário brasileiro.

Com efeito, o caso chegou ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir de recurso interposto pela Fazenda Nacional, em face de acórdão que havia reconhecido de ofício a prescrição intercorrente e extinto a Execução Fiscal, o qual foi selecionado como representativo de controvérsia e, logo, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Na ocasião, o ente público sustentou a ocorrência de violação à sistemática da prescrição intercorrente, bem como que não havia sido caracterizada sua inércia no caso em concreto. Destarte, em setembro de 2018, a Corte procedeu ao julgamento do recurso, pacificando os critérios básicos de interpretação e aplicação do artigo 40 da LEF.

Nesse sentido, para além da própria sistemática a qual o julgamento do recurso esteve submetido, sua relevância é denotada, sobretudo, pela temática abordada. Considerando-se o impacto que o julgado tem surtido nas milhares de execuções fiscais em tramitação no Brasil, surgiram controvérsias sobre a aplicação e assertividade de suas teses, haja vista estas estarem inseridas em posição central no âmbito da discussão sobre a morosidade do Judiciário brasileiro, em contraposição à necessidade de recuperação dos créditos da Fazenda Pública.

Por um lado, ao estipular marcos temporais definidos e a necessidade de efetiva citação ou constrição patrimonial como único meio de elidir a fluência do prazo prescricional, pode-se resultar na extinção de milhares de execuções fiscais com baixa probabilidade de êxito e no consequente desafogamento do Judiciário, ainda que parcial. Por outro, a definição estanque de tais marcos, bem como a ausência da possibilidade de realização de diligências mínimas ou estabelecimento de critérios casuísticos, podem facilitar o êxito de ocultação pessoal ou patrimonial do devedor, além de dificultar a recuperação dos créditos públicos, gerando possível lesão ao erário.

Desta forma, a partir da análise de determinados tópicos do julgado no REsp nº 1.340.553-RS, aliada à realização de pesquisa bibliográfica sobre o tema e suas nuances, além do manejo de dados estatísticos fornecidos por relatórios técnicos, tra-

çar-se-á um panorama acerca da situação das execuções fiscais no Brasil, abordar-se-á o instituto da prescrição intercorrente em seus variados aspectos, bem como apresentar-se-ão as implicações argumentativas decorrentes das teses firmadas no julgado. Destarte, por meio de enfoque sistemático, pretende-se construir com este trabalho entendimento no sentido de que as teses estabelecidas no julgado enfrentam o epicentro do congestionamento do Judiciário brasileiro; mas, ao desfavorecerem a casuística, podem privilegiar devedores de má-fé.

2. SITUAÇÃO DAS EXECUÇÕES FISCAIS NO BRASIL

Inicialmente, cumpre realizar breve panorama acerca das nuances do processo executivo fiscal no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se, sobretudo, dados estatísticos sobre sua situação fática atual.

Nesse sentido, serão abordados, sobretudo, aspectos quantitativos, qualitativos e temporais, além de medidas que vêm sendo tomadas com relação a tal cenário, a partir dos quais se possa traçar um diagnóstico acerca da efetividade das execuções fiscais e relacioná-la às teses firmadas no REsp nº 1.340.553/RS. Para tanto, colheram-se dados do Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2019, bem como do Comunicado nº 127 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o qual aborda a questão do "custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)".

2.1 RELAÇÃO DE DADOS

O processo de execução fiscal constitui o único meio de cobrança judicial da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, seja esta de natureza tributária ou não. Por esta razão, é instrumento largamente utilizado pelas procuradorias de tais entes, fato que, aliado à própria sistemática da LEF e às dificuldades de ordem prática que envolvem a localização do devedor e seus bens, tornou o processo executivo fiscal um dos maiores desafios contemporâneos do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, interessante destacar que, de acordo com o CNJ, historicamente, chegam ao Judiciário brasileiro o dobro de casos em fase de conhecimento do que em fase de execução e, ao final de 2018, contava-se com um acervo de cerca de 79 milhões de processos pendentes de baixa. No entanto, apesar de ingressarem muito mais processos em fase de conhecimento, do total do acervo supramencionado, 54,2% dos processos estavam em fase de execução. Desta forma, já se evidencia, *a priori,* a existência de uma dificuldade do Judiciário na satisfação dos processos executivos em geral, pois estes compõem mais da metade do acervo nacional, mesmo constituindo, quando da propositura, número muito inferior ao dos processos de conhecimento.

Ao se abordar as execuções fiscais propriamente ditas, a situação mostra-se ainda mais agravada. Conforme o Relatório Justiça em Números,

> A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 73% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 90% em 2018 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes desse Relatório. (CNJ, 2019, p. 126)

Tais dados indicam, quanto ao referido congestionamento, a constatação de que

> [...] de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018. (CNJ, 2019, p. 131)

Outrossim, quanto à quantidade de processos em tramitação, o relatório elaborado pelo CNJ também constatou que o tempo de giro do acervo de tais processos é de mais de oito anos, o que significa que "mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente" (CNJ, 2019, p. 132).

Tais dados destacam as principais peculiaridades do trâmite das execuções fiscais no Brasil, o qual é marcado, sobretudo, pelo alto volume de processos em andamento e pela alta taxa de congestionamento deles decorrente, fatores que, por si só, indicam a pouca efetividade que o instrumento judicial, ao menos em seus moldes atuais, apresenta.

No mesmo sentido, conforme o Comunicado nº 127 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os executivos fiscais, no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), possuem alta dispendiosidade aos cofres públicos, bem como têm duração média excessivamente longa, haja vista que

> [...] o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela PGFN junto à Justiça Federal é de R$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de 25,8%. (IPEA, 2012, p. 14)

Nessa mesma seara, levando-se em consideração a citada dispendiosidade, relacionada à probabilidade de êxito dos executivos fiscais, o IPEA também chegou à conclusão de que uma execução fiscal somente se demonstra economicamente viável se o valor em cobro for superior a R$ 21.731,45. Isto é, nos em que onde houver a cobrança de valores inferiores a este, é muito provável que, mesmo se a Fazenda Pública recuperar o seu crédito integralmente, tal montante ainda será inferior aos custos gerados com a movimentação do Judiciário.

2.2 ALGUMAS MEDIDAS QUE VÊM SENDO ADOTADAS

Em observância a este cenário, o Ministério da Fazenda editou a Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, alterada pela Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012, a qual trouxe novas regras acerca da inscrição de créditos em dívida ativa e o respectivo ajuizamento das execuções fiscais, nos seguintes termos:

> Art. 1º Determinar:
> I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R$ 1.000,00 (mil reais); e
> II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais). [...]
> Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

A norma foi certeira ao permitir o não ajuizamento e arquivamento de execuções já ajuizadas que não sejam economicamente viáveis, em consonância ao Comunicado nº 127 do IPEA. Ademais, mesmo tendo sido inicialmente voltada às execuções fiscais de responsabilidade da PGFN, as disposições supra vêm sendo utilizadas também como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a ordem tributária relativos a tributos de competência da União, conforme assentado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.709.029/MG, inserto no Tema Repetitivo 157.

No entanto, a medida tem efetividade reduzida em relação ao cenário global das execuções fiscais, tendo em vista que os dispositivos supra são aplicáveis apenas aos créditos tributários de competência da União. Logo, não se aplicam à cobrança de créditos tributários das Fazendas Estaduais e Municipais, bem como também não se aplicam à cobrança de créditos não tributários de todas esferas. Esta circunstância foi recentemente registrada pelo STJ no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus (AgRg no HC) nº 549.428/PA, posto que

> [...] 2. O fato da União, por razões políticas ou administrativas, optar por autorizar o pedido de arquivamento das execuções fiscais que não ultrapassam o referido patamar não permite, por si só, que a mesma liberalidade seja estendida aos demais entes federados, o que somente poderia ocorrer caso estes também legislassem no mesmo sentido, tendo em vista que são dotados de autonomia [...].

Nessa senda, importante mencionar a Portaria PGFN nº 396 de 20 de abril de 2016, alterada pela Portaria PGFN nº 520 de 27 de maio de 2019 que, ao tratar do regime diferenciado de cobrança de créditos, trouxe a prerrogativa ao procurador res-

ponsável de requerer a suspensão do trâmite da execução fiscal pelo artigo 40 da LEF nos casos considerados como irrecuperáveis ou de baixa recuperação, desde que os valores não excedam a quantia de um milhão de reais, conforme consta do artigo 20, *caput,* da referida norma:

> Art. 20. Serão suspensas, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei nº 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais ou cujos débitos sejam considerados irrecuperáveis ou de baixa perspectiva de recuperação, desde que não constem dos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.

Contudo, apesar de a previsão favorecer o rito legal da prescrição intercorrente, trata-se de norma de pouca efetividade em relação ao congestionamento causado no Judiciário pelas execuções fiscais, posto que sua aplicação supõe um estágio já avançado da tramitação do feito, de forma que tenham sido feitas diligências suficientes para demonstrar a ausência de bens. Vale ressaltar também a ausência de definição objetiva quanto aos critérios para a classificação do crédito em cobro como irrecuperável ou de difícil recuperação.

Outra medida, mais recente, consiste no advento da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, convertida da Medida Provisória nº 899/2019, que regulamentou o instituto da transação, previsto no artigo 171 da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional - CTN).

O diploma normativo representa um relativo avanço, em termos de abrangência, em relação às disposições retro citadas, posto que se aplica não somente aos créditos tributários da União, de responsabilidade da PGFN; mas também à dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais, de responsabilidade da Procuradoria-Geral Federal (PGF) ou da Procuradoria-Geral da União (PGU), bem como aos créditos tributários não judicializados, sob a administração da Receita Federal do Brasil (RFB).

Nesse sentido, a legislação oferece uma série de benefícios ao devedor como forma de estimular a transação, conforme consta do artigo 11, incisos I a III e parágrafo primeiro da referida lei, nesses termos:

> Art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios:
> I - a concessão de descontos nas multas, nos juros de mora e nos encargos legais relativos a créditos a serem transacionados que sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios estabelecidos pela autoridade fazendária, nos termos do inciso V do *caput* do art. 14 desta Lei;
> II - o oferecimento de prazos e formas de pagamento especiais, incluídos o diferimento e a moratória; e
> III - o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições.

> § 1º É permitida a utilização de mais de uma das alternativas previstas nos incisos I, II e III do *caput* deste artigo para o equacionamento dos créditos inscritos em dívida ativa da União. [...]

Quanto a tais possibilidades, os parágrafos terceiro e quarto do mesmo dispositivo trazem ainda atenção especial aos devedores que forem pessoas naturais, microempresas e empresas de pequeno porte:

> § 3º Na hipótese de transação que envolva pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, a redução máxima de que trata o inciso II do § 2º deste artigo será de até 70% (setenta por cento), ampliando-se o prazo máximo de quitação para até 145 (cento e quarenta e cinco) meses, respeitado o disposto no § 11 do art. 195 da Constituição Federal.
> § 4º O disposto no § 3º deste artigo aplica-se também às:
> I - Santas Casas de Misericórdia, sociedades cooperativas e demais organizações da sociedade civil de que trata a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014; e
> II - instituições de ensino.

Interessante notar que, apesar do caráter recente da legislação, já se encontra, em âmbito infralegal, regulamentação relativamente ampla, a exemplo da Portaria PGFN nº 11.956/2019, Portaria PGF nº 333/2020, Portaria da Advocacia Geral da União (AGU) nº 249/2020 e Portaria ME nº 247/2020, além da Portaria PGFN nº 9924/2020, que trouxe requisitos para a transação extraordinária em razão da pandemia da Covid-19. Cabe destaque também à recentíssima edição da Lei Complementar nº 174, de 05 de agosto 2020, que possibilitou, na forma do art. 5º, inciso II, alínea "a" da Lei nº 13.988/2020, a transação excepcional de débitos relativos ao Simples Nacional, a qual foi regulamentada, no âmbito da PGFN, pela Portaria nº 18.731/2020.

Desta forma, observa-se que a regulamentação entorno da transação oferece condições mais favoráveis para que o devedor possa adimplir seu débito junto à Fazenda Pública, o que pode representar uma alternativa mais vantajosa à tramitação muitas vezes infindável das execuções fiscais, sobretudo quanto aos créditos tidos como de difícil recuperação. Cabe à Fazenda Pública, contudo, a despeito da regulamentação do tema, trazê-lo ao conhecimento dos devedores e fomentar medidas de incentivo à adesão desses.

3. A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Neste capítulo, será apresentado o instituto da prescrição intercorrente de maneira abrangente, abordando-se aspectos relativos à sua previsão legal, natureza jurídica, história e finalidade no ordenamento jurídico brasileiro, além de expor como se dava a sua aplicação pelos tribunais pátrios anteriormente ao julgamento do REsp nº 1.340.553/RS.

Inicialmente, no que diz respeito à base lógica do instituto da prescrição intercor-

rente e sua inserção no processo de execução fiscal, cabe destacar que

> No plano das execuções, o Judiciário tem que ser provocado no prazo por lei estabelecido (prescrição propriamente dita); mas não só: em tal plano, as condições necessárias à outorga da correlata tutela (fornecimento, por exemplo, de informações acerca do paradeiro do devedor e de seu patrimônio) têm que ser oferecidas no tempo apropriado, sob pena de se frustrar sua conferência (da referida tutela), quedando o processo em aberto *ad infinitum* - resultado evidentemente repudiado pelo valor que por detrás da noção de prescrição (segurança jurídica). (CONRADO, 2013, p. 276)

Logo, importante compreender que o instituto em questão consiste, em suma, na sistemática da prescrição material aplicada aos casos nos quais já fora proposta a ação de execução fiscal e, no entanto, não tenha sido possível localizar o devedor ou bens suficientes para arcar com o débito executado, sendo que a Fazenda Pública, representada pela respectiva Procuradoria, não pratica atos necessários para seu prosseguimento, ou seja, demonstra-se negligente e inerte, de forma que os autos encontrem-se paralisados por tempo superior ao máximo previsto em Lei.

3.1 PREVISÃO LEGAL E PRAZO APLICÁVEL

Com efeito, o instituto foi positivado no parágrafo 4º do artigo 40 da LEF em razão do advento da Lei nº 11.051/2004, sendo somado à sistemática da suspensão da execução fiscal já prevista pelo texto original. Veja-se:

> Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.
> § 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.
> § 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.
> § 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.
> § 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) [...]

Vale destacar que a previsão legal supra é objeto de controvérsia, tendo em vista o teor do artigo 146, inciso III, alínea 'b' da Constituição Federal, que restringe a vei-

culação de matérias relativas à prescrição à lei complementar. Desta forma, tendo em vista que a Lei nº 11.051/2004 e a própria LEF possuem *status* normativo de lei ordinária, há forte discussão acerca da (in) constitucionalidade do artigo 40 da LEF, a qual está sendo analisada pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 636.562/SC, inserido no Tema 390 de Repercussão Geral e ainda pendente de julgamento.

No que diz respeito ao prazo aplicável, não mencionado no texto legal, consignou-se que este é quinquenal, tanto para os créditos tributários quanto para os não tributários, apesar de tal prazo ter origem em diplomas legais diferentes para cada tipo de crédito. No que tange aos créditos tributários, o prazo encontra-se no artigo 174, *caput,* CTN[1]; e, quanto aos créditos não tributários, este encontra guarida no artigo 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932[2], por ausência de previsão específica e por aplicação analógica consolidada jurisprudencialmente[3].

Logo, em razão das previsões dos dispositivos supracitados e da consolidação da jurisprudência nacional em torno da unicidade de prazo, o STJ editou a Súmula nº 314, segundo a qual "em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3.2 BREVE HISTÓRICO E FINALIDADE

Apesar de só ter passado a integrar expressamente o ordenamento pátrio a partir do advento da Lei nº 11.051/2004, conforme mencionado, as origens da prescrição intercorrente remontam a construções jurisprudenciais anteriores até mesmo à vigência da atual LEF, como demonstrado na seguinte ementa, extraída de acórdão datado de setembro de 1980 proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos:

> EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 617 C/C ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I - A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO SOMENTE OCORRE COM A CITAÇÃO VÁLIDA, SE OBSERVADAS AS REGRAS CONSUBSTANCIADAS NOS PARÁGRAFOS DO ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. II - NA ESPÉCIE, ALEM DA INOBSERVANCIA DAQUELAS REGRAS, O FEITO PERMANECEU PARALISADO, COM VISTA A EXEQUENTE, POR MAIS ONZE ANOS. SO TAL CIRCUNST NCIA É SUFICIENTE PARA A DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, CASO NÃO FORA DE PRESCRIÇÃO SIMPLES. III - RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

[1] Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.
[2] Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.
[3] A este respeito, ver o teor do REsp nº 1.105.442/RJ, inserido no Tema Repetitivo 135, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 09/12/2009.

No mesmo sentido, em decisão ainda anterior à edificação da ordem constitucional ora vigente, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a impossibilidade de se suspender a execução fiscal de maneira indefinida, lastreando a aplicação, até então interpretativa, da prescrição intercorrente:

> EXECUÇÃO FISCAL. A INTERPRETAÇÃO DADA, PELO ACÓRDÃO RECORRIDO, AO ART. 40 DA LEI N. 6.830-80, RECUSANDO A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR TEMPO INDEFINIDO, É A ÚNICA SUSCEPTÍVEL DE TORNÁ-LO COMPATÍVEL COM A NORMA DO ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, A CUJAS DISPOSIÇÕES GERAIS É RECONHECIDA A HIERARQUIA DE LEI COMPLEMENTAR.

Depreende-se dos julgados supra que, antes da positivação do instituto em análise, a sistemática da suspensão da execução fiscal quando da não localização de bens ou do devedor permitia que o arquivamento dos autos ocorresse por tempo indeterminado, permanecendo inerte o credor, sem que lhe fosse aplicada nenhuma sanção; ou mesmo, dando margem à reativação do processo quando este bem entendesse, por meio do requerimento de diligências, não raro, com pouquíssimo potencial de efetividade. Em ambos os casos, o crédito permaneceria sendo perseguido indeterminadamente, mesmo diante do claro fracasso da pretensão executiva.

Logo, a prescrição intercorrente surge como resposta a este cenário, pois

> A razão prática para a criação do instituto está em dar solução à suspensão *sine die* do processo diante da não localização do devedor ou de bens penhoráveis. O fundamento é buscado no princípio da segurança jurídica, na raiz do qual está a repulsa à infinitude de situações pendentes. De fato, contraria a própria natureza do processo que fique suspenso indefinidamente, *ad aeternum*. (POLO, 2019, p. 741)

Observa-se, então, que o fundamento básico da prescrição intercorrente reside na segurança jurídica decorrente da consolidação das relações com o decurso do tempo, somada ao princípio da razoável duração do processo. Nessa senda, dos fundamentos que embasam a razão de ser do instituto, é possível notar que este possui duas finalidades precípuas, que se completam. A primeira, e mais óbvia, é punitiva, visando à censura do credor inerte. Assim,

> A prescrição intercorrente mostra-se perfeitamente alinhada com o modelo constitucional de processo civil, pois não basta que o credor exerça seu direito de ação ajuizando a demanda, é necessário que permaneça ativo, impulsionando o processo. [...] Isso porque é totalmente incompatível com a Constituição, especialmente dado as garantias de duração razoável do processo e de celeridade na resolução de litígios, a existência de processos eternos. A inércia do credor não pode levar à imprescritibilidade

de uma obrigação patrimonial. (HOFF, 2018, p. 25-26)

No entanto, a segunda finalidade, sobre a qual há certa controvérsia, denota um caráter protetivo ao devedor, de forma a não permitir que este, não possuindo patrimônio apto, seja cobrado eternamente, mesmo sendo o credor diligente. Nesse sentido,

> [...] há situações, e não são poucas, em que o credor impulsiona o processo, não se mostra inerte, mas mesmo assim, não obtém êxito com a demanda. Isso não ocorre no processo de conhecimento, pois ainda será possível ao Juiz julgar a lide. Porém, em se tratando de processo de execução, no qual se busca satisfazer o crédito do exequente, não há sentido manter o processo se não há mais atos úteis a esse fim para serem praticados. Isto quer dizer que quando o devedor ou o seu patrimônio não podem ser localizados, não há utilidade na execução. Não há como alcançar o fim a que se pretendia, motivo pelo qual deve ser extinto. (HOFF, 2018, p. 26)

Desta forma, conclui-se da congregação das finalidades supra descritas que o instituto da prescrição intercorrente tem sua existência justificada, em síntese, "como limite da execução: ainda que o devedor esteja obrigado a responder pela obrigação que contraiu, não fica obrigado eternamente". (HOFF, 2018, p. 26).

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Quanto à sua natureza jurídica, a prescrição intercorrente consiste em meio de extinção da execução fiscal e, por conseguinte, do próprio crédito em cobro. Trata-se, pois, de meio impróprio para a sua extinção, haja vista que o encerramento do instrumento processual e do crédito que o lastreia ocorrem sem a satisfação deste. (GONÇALVES; MELO FILHO; POLO, 2019)

Nesse sentido, vale destacar que esta possui posição *sui generis* no ordenamento, haja vista consistir em "instituto jurídico híbrido de direito material e processual que se difere da prescrição ordinária, da decadência e da preclusão" (HOFF, 2018, p. 10), caracterizado, sobretudo, pelo decurso do lapso temporal tratado supra somado à sistemática prevista no artigo 40 da LEF, isto é, pela "contagem do prazo da prescrição ordinária no curso do processo de execução fiscal". (GONÇALVES; MELO FILHO; POLO, 2019, p. 740)

Cabe ressaltar que a natureza híbrida do instituto se dá em razão de, na seara processual, constituir forma de extinção do processo executivo pelo decurso temporal sem que haja efetiva movimentação dos autos; enquanto que, somado ao encerramento do processo, extingue-se o próprio crédito perseguido, em verdadeira sanção de direito material.

Isto significa dizer que:

> Relativamente aos créditos de natureza não tributária, o correto é dizer que ocorre o encobrimento da eficácia da pretensão executiva do crédito, que não mais poderá ser exigido. No Direito tributário, o crédito é atingido diretamente. No Direito comum o crédito é atingido indiretamente. Nos dois casos, contudo, o resultado é o mesmo: a impossibilidade de cobrança do crédito, que não poderá, portanto, ser renovado em outra ação. Esse é o ponto sensível do instituto. (GONÇALVES; MELO FILHO; POLO, 2019, p. 742)

Nota-se, portanto, que o instituto da prescrição intercorrente, ao consolidar a não satisfação do crédito em cobro pelo decurso do tempo e impossibilitar a rediscussão deste em outro feito, possui posição estratégica no processo de execução fiscal, sendo o fator de motivação das diligências da parte credora, para que esta não perca seu crédito, bem como, por outro lado, fator que possibilita a extinção de processos inertes e com baixa probabilidade de êxito pelo Poder Judiciário.

3.4 CENÁRIO ANTERIOR AO RESP Nº 1.340.553/RS

Anteriormente ao julgamento do Recurso Especial em questão, o entendimento que se tinha sobre o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal era, em síntese, que quando não fosse localizado o devedor ou bens penhoráveis, o juiz suspenderia o curso da execução. Ficando suspenso por um ano, ainda sem localização do devedor ou de bens sobre os quais pudesse recair a penhora, havia o arquivamento dos autos. A partir deste ponto, iniciar-se-ia a contagem da prescrição quinquenal. Assim, se não fossem encontrados bens ou o devedor em cinco anos, a obrigação tributária seria extinta, necessariamente em função da inércia da Fazenda Pública e em respeito ao princípio geral da prescritibilidade das obrigações (JESUS, 2014, p. 213).

É de se observar, no entanto, que até então era a literalidade do artigo 40 da LEF que prevalecia, posto que por mais que os autos permanecessem inertes, era comum que se desprezasse tal período caso não houvesse ocorrido a expressa decretação de suspensão ou arquivamento dos autos pela norma supra. Logo, não raro os autos permaneciam inertes ou sem a realização de diligências efetivas por período considerável, até mesmo superior ao prazo prescricional; sem, contudo, que fosse decretada a superveniência da prescrição intercorrente e a consequente extinção do feito.

A seguir, colaciona-se alguns julgados nos quais é possível identificar tais peculiaridades, inerentes ao cenário pré-julgamento do REsp nº 1.340.553/RS:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO DE CAUSA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CONSUMADA. SÚMULA 314 DO STJ. 1. Antes de transcorrida a prescrição intercorrente, contada do término do prazo de um ano da suspensão do processo, o juiz a quo extinguiu a execução pela falta de interesse superveniente da Fazenda Nacional. Não observou, contudo, as especificidades da Lei nº 6.830/80, no que concerne à prescrição intercorrente. Nesse caso, o termo inicial para a con-

> tagem do prazo prescricional obedece aos parâmetros fixados na Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça. 2. "O termo inicial do prazo prescricional intercorrente é o término da suspensão do processo por um ano, sendo desnecessária a intimação da exeqüente do despacho de arquivamento, nos termos da Súmula 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição intercorrente" (AGRAC 1998.34.00.006091-6/DF, Juiz Federal Mark Yshida Brandão (conv.), 11/07/2014 e-DJF1 p. 720). 3. Não consumado o prazo da prescrição quinquenal intercorrente (art. 40, §§ 2º e 4º, da Lei nº 6.830/80), a extinção do processo por falta de interesse de agir, foi inadequada. 4. Apelação provida. Sentença reformada.

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO EXTINTO, DE OFÍCIO, AO FUNDAMENTO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MEDIDA PROCESSUAL INADEQUADA. ERRO NO PROCEDIMENTO. NÃO OBSERV NCIA DO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI 6.830/80. INÉRCIA DA EXEQUENTE NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. "O artigo 40 e §§ da LEF impõe, para fins de decretação da prescrição intercorrente, o decurso do prazo de um ano de suspensão do feito, seguido de arquivamento provisório pelo prazo de cinco anos. Não transcorrido o prazo legal, deve ser afastada a ocorrência da prescrição. A ocorrência de irregularidade no procedimento executivo impede o reconhecimento da prescrição intercorrente [Enunciado 106 da Súmula do STJ]" (AP 0002469-66.2000.4.01.3100/AP, TRF1, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Maria do Carmo Cardoso, e-DJF1 23/01/2015, p. 1.409). 2. Sempre que foi intimada para dar prosseguimento ao feito, a União (FN) não se manteve inerte, tendo atuado prontamente, seja para prestar qualquer esclarecimento, seja para requerer o que entendesse de direito diante de diligência negativa de citação. Logo, equivocada, no caso presente, a decretação da prescrição intercorrente, porque não comprovado o arquivamento do feito por prazo superior a cinco anos em decorrência de inércia da exequente. 3. Apelação provida.

Percebe-se, assim, que, em momento anterior ao julgamento do recurso, a execução fiscal era suspensa por um ano caso não fossem localizados o devedor ou bens passíveis de penhora e, se assim continuasse, esta era arquivada durante cinco anos, quando finalmente seria considerada extinta, junto com o crédito lastreado. No entanto, o ponto central tratava-se da ausência de qualquer caráter automático de tais marcos, pelo que apesar de comumente se verificar no plano fático dos autos, afastava-se a decretação da prescrição intercorrente em razão de não ter sido seguida a sistemática do artigo 40 da LEF.

3.5 TESES ESTABELECIDAS NO RESP Nº 1.340.553-RS

Quando do julgamento do recurso, o Tribunal, por maioria, definiu algumas teses sobre o assunto (Teses nºs 566, 567, 568, 569, 570 e 571). Nesse sentido, consignou-se que a contagem do prazo de um ano de suspensão da execução e do respectivo prazo prescricional previsto no artigo 40, parágrafos 1º e 2º da LEF, tem início automaticamente no momento da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou de bens penhoráveis no endereço fornecido, sendo que o magistrado tem o dever de declarar a ocorrência da suspensão da execução, sem prejuízo do caráter automático da contagem.

Importante ressaltar que, nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, depois da citação válida, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o juiz declarará suspensa a execução. Por outro lado, após o início da vigência da referida Lei, o despacho do juiz que ordena a citação é o ato interruptivo da pretensão punitiva, ficando definido que, se tratando de qualquer dívida ativa de natureza tributária ou não, depois da primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o juiz também declarará suspensa a execução.

Assim, quando terminado o prazo de um ano de suspensão, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável conforme a natureza do crédito em questão, independentemente de petição da Fazenda Pública ou de pronunciamento judicial nesse sentido. Durante esse prazo, o processo deve estar arquivado nos termos do artigo 40, parágrafos 2º, 3º e 4º da LEF. Após o esgotamento do prazo da exigibilidade e depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá o juiz reconhecer de ofício a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Foi também consignado que o curso da prescrição intercorrente somente pode ser interrompido pela efetiva constrição de bens ou pela efetiva citação do devedor, não bastando, portanto, o mero peticionamento em juízo. Outrossim, os requerimentos de citação ou constrição feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo de um ano de suspensão com o prazo de prescrição aplicável de acordo com a natureza do crédito deverão ser considerados, pois, citados os devedores ou constritos os bens, a qualquer tempo, mesmo depois de esgotados os prazos supramencionados, tem-se como interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição da providência que restou frutífera.

Ademais, se for alegar nulidade por falta de intimação dentro do procedimento da prescrição intercorrente, a Fazenda Pública deverá, em sua primeira oportunidade de se manifestar nos autos, demonstrar o prejuízo que sofreu, exceto no caso em que a falta da intimação for sobre a constituição do termo inicial da contagem do prazo, situação em que o prejuízo é presumido. Por fim, impõe-se ao magistrado a necessidade de fundamentar o ato judicial de reconhecimento da prescrição intercorrente por meio da demonstração dos marcos legais aplicados na contagem do prazo, inclusive no que se refere ao período em que a execução ficou suspensa.

4. POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES DO RESP Nº 1.340.553/RS

Neste capítulo, pretende-se apresentar uma perspectiva ampla dos argumentos concordantes e discordantes em relação às teses firmadas no Recurso Especial em análise, a partir dos quais se torna possível antecipar quais serão as reações práticas dos diferentes grupos que lidam com o tópico da prescrição intercorrente no cotidiano jurídico. Por fim, apresentar-se-á o posicionamento adotado pelos autores no que se refere ao tópico discutido.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS TESES

Por um lado, entende-se que os parâmetros definidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais hão de estimular, ainda que gradualmente, uma desobstrução do Poder Judiciário, posto que, como destacado anteriormente, o trâmite das execuções fiscais se trata do maior desafio do Judiciário brasileiro.

Isso porque, ao condicionar a continuidade do trâmite do processo a atos eficazes de constrição de bens para a satisfação do crédito, impõem a necessidade de se atingir um cenário pouco realista, conforme se verifica a partir da análise dos dados anteriormente demonstrados: a existência de patrimônio suficiente de titularidade do devedor. Assim, se é verdade que poucas execuções fiscais atingem seu principal objetivo de ver o crédito da Fazenda recuperado em um prazo razoável, forçoso é admitir que muitas delas encontram-se fadadas a serem alcançadas pela prescrição intercorrente.

Além disso, a decisão em comento pode constituir incentivo à adoção de outras formas mais ágeis e eficientes para a recuperação de créditos da Fazenda Pública, como as transações administrativas, o protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa e o cadastro do devedor em órgãos de restrição de crédito. Insta observar que, desde a superveniência do acórdão do STJ, tem havido maior atenção a estas questões, sobretudo no que diz respeito à Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, convertida da Medida Provisória nº 899/2019 e suas regulamentações infralegais, conforme anteriormente apresentado.

Ainda nessa perspectiva, pode-se citar a interpretação do julgado em relação à expressão "o juiz suspenderá" prevista no artigo 40 da LEF, segundo a qual a suspensão de um ano de que trata o dispositivo terá início automático no primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública. Ou seja, o termo inicial do referido prazo não depende da faculdade do juiz ou de expresso requerimento da Fazenda Pública, visto que é definido pela lei (*ex lege*), bastando que esta tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido ou da não localização do devedor. Dessa maneira, despende-se menos tempo de tramitação vã da execução no Poder Judiciário.

Portanto, nota-se que que o julgado acaba por enaltecer e reforçar o caráter cogente do artigo 40 da LEF sem, contudo, apegar-se a formalismos desnecessários

para a regular fluência dos prazos de suspensão e prescrição, respectivamente. Logo, além de pacificar a aplicação do dispositivo retro, o STJ cuidou de adequá-la à realidade dos processos executivos.

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS TESES

Por outro lado, há de se ressaltar, nas alterações trazidas pelo entendimento, dificuldades práticas da aplicação dos parâmetros estabelecidos, principalmente no que diz respeito à recuperação dos créditos pela Fazenda Pública. A título de exemplo, hodiernamente é raro o aparecimento da certidão negativa de bens feita pelo oficial de justiça no processo, porquanto a maioria dos meios de busca de bens é eletrônica, situação na qual haveria de se flexibilizar o entendimento, ou ao menos determinar como se deve proceder, de modo que a realidade fática não seja desconsiderada.

Além disso, o requisito essencial da prescrição intercorrente de inércia censurável do titular do direito em exercê-lo no tempo foi afastado com essa interpretação, de modo que atos potencialmente úteis para a localização de bens estão sendo ignorados do cômputo da prescrição. Tal irresignação paira no fato de que a busca por bens do executado não depende unicamente do exequente, mas também do Poder Judiciário, de maneira colaborativa. Esses atos ocorrem em um prazo que muitas vezes é superior a 6 meses, mas não por inércia do autor, necessariamente.

Nessa senda, argumenta-se que seria mais apropriado como início da fluência da prescrição o arquivamento do processo, de modo que, enquanto são feitos pedidos potencialmente úteis à localização de bens, considera-se que o processo está em regular andamento, não havendo inércia punível. Por fim, somente após o arquivamento do processo seria razoável considerar possível de se interromper a fluência do prazo exclusivamente por ato efetivo de constrição.

Ademais, o Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), em artigo publicado em seu sítio eletrônico, destacou que o prazo de suspensão de um ano previsto no *caput* do artigo 40 LEF não se aplicaria em matéria tributária. Isso porque a prescrição intercorrente, quanto aplicada a feitos desta natureza, teria sua aplicação embasada pelo artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com o esgotamento do prazo interrompido pelo despacho do juiz que ordenou a citação, e não na LEF (IBET, 2018).

Argumenta-se, outrossim, que o STJ atribuiu à prescrição intercorrente um caráter punitivo pela inércia do titular da ação, o que não deveria ser a finalidade do instituto jurídico em questão, o qual seria, na verdade, "norma temporal que impede a perpetuação do direito", ou seja, independe do subjetivismo da inércia. Nessa senda, o mencionado artigo 174 do CTN disciplinou que o despacho que ordena a citação em execução fiscal interrompe o prazo de prescrição, de modo que o período já transcorrido não será considerado na nova contagem, que se inicia no mesmo instante em que é interrompido o prazo, ao contrário do que restou determinado em uma das teses do STJ, que versa sobre qual o pedido por parte da Fazenda Pública inauguraria a "interrupção" (prazo de um ano de suspensão somado ao prazo de cinco anos de prescrição).

Afirma-se, por fim, que qualquer hipótese de suspensão ou interrupção no prazo

de prescrição intercorrente depende da reserva de lei complementar, conforme artigo 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, comentado anteriormente. Logo, o prazo de um ano de suspensão e cinco anos do prazo prescricional, bem como as regras de suspensão e interrupção da prescrição intercorrente, para os créditos de natureza tributária, são inconstitucionais, por não terem sido veiculadas por meio de lei complementar.

4.3 POSIÇÃO ADOTADA PELOS AUTORES

Apresentados os posicionamentos de maior relevância em relação ao REsp nº 1.340.553/RS, os autores defendem uma posição intermediária: julga-se ter sido positiva a fixação de marcos temporais mais definidos, pelo STJ, em relação às etapas estabelecidas pelo art. 40 da LEF para a superveniência do instituto da prescrição intercorrente. No entanto, ao fixar tais marcos, entende-se que a Corte Superior acabou por depreciar a casuística e mitigar o requisito da inércia censurável do credor.

É de se observar, conforme demonstrado, que no cenário anterior ao julgado, como não havia um entendimento definido acerca dos marcos temporais da prescrição intercorrente, era comum observar casos em que, por mais que os autos da execução fiscal não fossem movimentados por prazo superior a cinco anos, não se configurava a prescrição, pelo simples fato da ausência de manifestação do magistrado nesse sentido, ou mesmo de expresso arquivamento dos autos, circunstâncias meramente formais que acabavam por tornar o devedor um escravo de sua dívida.

Nesse sentido, ao consignar o caráter automático do prazo de um ano de suspensão dos autos, bem como do posterior início do prazo prescricional, o STJ trouxe maior segurança jurídica ao instituto e, por conseguinte, ao devedor de boa-fé que, de fato, não possui condições para arcar com a dívida. Desta forma, independentemente de manifestação do juiz ou ausência de menção expressa à suspensão em comento, os prazos fluirão de maneira cogente.

No entanto, ao se estabelecer que os autos serão suspensos no primeiro momento em que se constatar a não localização do devedor ou de seus bens, e elevar-se somente as efetivas citação e constrição patrimonial como únicos elementos aptos a interromper o transcurso do prazo, dificulta-se a recuperação dos créditos das fazendas públicas e, indiretamente, favorece-se o devedor de má-fé, que oculta a si e a seu patrimônio do Judiciário, ciente do transcurso automático do prazo.

Desta forma, apesar da boa intenção dos marcos estabelecidos pelo STJ no REsp nº 1.340.553/RS e dos efeitos positivos que este terá no epicentro da morosidade do Judiciário, as teses estabelecidas no julgado pecam por serem demasiado estanques e desfavorecedoras da casuística, sobretudo ao não preverem a possibilidade de a Fazenda Pública lançar mão de um conjunto de diligências mínimas para a recuperação do crédito antes da suspensão dos autos, mesmo que estas se mostrem infrutíferas, de forma que o início da suspensão não ocorra antes de realizadas tais diligências.

Ademais, o julgado retira do magistrado responsável pela causa a prerrogativa de julgar diligências requeridas pela Fazenda Pública como potencialmente úteis à

recuperação do crédito e, por conseguinte, aptas a interromperem o transcurso dos prazos de suspensão e prescrição, mesmo que *a posteriori* se mostrem infrutíferas. Estas diligências demonstrariam a ausência de inércia do credor e sua postura ativa na recuperação do crédito, em razão de que não lhe seria justo impor o transcurso forçado dos prazos de suspensão e prescrição intercorrente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisados os dispositivos legais que tratam da prescrição intercorrente nos processos de execução fiscal, o histórico e a realidade quantitativa das execuções fiscais no Brasil, as teses estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a aplicação do artigo 40 da Lei n° 6830/1980, bem como as opiniões jurídicas contrárias e favoráveis a elas, foi possível alcançar certas conclusões, as quais serão expostas a seguir.

Primeiramente, é notável que o ajuizamento de execuções fiscais não tem se demonstrado o meio mais eficaz de recuperação de crédito da Fazenda Pública, além de esse tipo de demanda judicial ser responsável por ocupar parte significativa do Poder Judiciário brasileiro, durante muitos anos, muitas vezes em vão. Muito em função desta realidade, o Poder Público adota medidas alternativas de negociação de dívidas fiscais com os contribuintes de boa-fé dispostos a regularizarem sua situação, por exemplo as chamadas transações extraordinárias.

Diante do julgamento do Recurso Especial n° 1.340.553/RS, a aplicação do instituto da prescrição intercorrente disposto no artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais gerou implicações relevantes para a Fazenda Pública e para os devedores. Isso porque, ao exigir citações efetivas e constrições patrimoniais de sucesso como únicos elementos aptos a interromperem o transcurso do prazo prescricional, torna-se mais provável a ocorrência da prescrição sem que o crédito tenha sido recuperado.

Por um lado, o Fisco pode ser prejudicado, já que seus esforços em encontrar bens penhoráveis não serão considerados para fins de interrupção do prazo em análise, por exemplo. Doutra banda, o devedor de boa-fé que não tem condições para arcar com os débitos demandados é contemplado pelas teses definidas pelo STJ, bem como o Poder Judiciário há de contar com certo grau de desobstrução, tendo em vista que muitos processos serão alcançados pelo instituto da prescrição.

Não se pode olvidar, também, que a decisão ensejou opiniões diversas de juristas, advogados privados e procuradores federais, estaduais e municipais, os quais, ao manifestar suas opiniões a respeito do tema, evidentemente consideraram suas realidades e seus objetivos, razão pela qual expuseram diferentes pontos de vista. No entanto, é quase consenso entre todos o fato de que, conforme admitido pelos próprios ministros do STJ, o acórdão não foi suficiente para abarcar todas as nuances vivenciadas pelas execuções fiscais no Brasil, o que nos leva a compreender que a questão ainda há de suscitar discussões futuras.

É fato, portanto, que o posicionamento definido apresenta prós e contras do ponto de vista prático, tanto para o exequente quanto para o executado, seja no que diz

respeito aos processos judiciais já em curso, ou no que se refere às próximas medidas para cobrança e recebimento de valores por parte da Fazenda Pública, administrativamente.

Por fim, resta-nos acompanhar as consequências práticas da decisão aqui estudada no cenário das execuções fiscais no Brasil, a médio e longo prazo, principalmente no que tange ao surgimento de meios alternativos de recuperação de crédito, ao sucesso de transações administrativas firmadas com devedores e à desobstrução do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. *Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências*. Presidência da República, Brasília, DF, 24 set. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 03 ago. de 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, alterada pela Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012. *Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.* Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37631>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 549.428/PA*. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 19/05/2020. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201903614581&dt_publicacao=29/05/2020>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1.340.553/RS*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12/09/2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201691933&dt_publicacao=16/10/2018>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo nº 1.709.029/MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgamento: 28/02/2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702518799&dt_publicacao=04/04/2018>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 314.* Brasília, DF, 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_*internet*/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_25_capSumula314.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos (Superior Tribunal de Justiça). RIP 03106500/SP. Relator: Ministro Antonio de Padua Ribeiro. Julgamento: 04/12/1980. Brasília, DF, 1980. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=EXECU%C7%C3O+FISCAL+PRESCRI%C7%C3O+APLICA%C7%C3O+ART+617&b=TFRC&p=true&t=&l=20&i=1>. Acesso em 29 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n° 0021447-68.2016.4.01.9199.* Relator: Desembargador Federal Hercules Fajoses. Julgamento: 17 mai. 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível n° 0028645-30.2014.4.01.9199.* Relator Convocado: Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista. Julgamento: 25 jul. 2016. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 106217/SP.* Relator: Ministro Octavio Galloti. Julgamento: 08/08/1986. Brasília, DF, 1986. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur65766/false>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números 2019.* Ano-base 2018. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal.* São Paulo: Noeses, 2013.

GONÇALVES, Eduardo Rauber; MELO FILHO, João Aurino de; POLO, Marcelo. *Análise do julgamento do recurso repetitivo sobre prescrição intercorrente (Recurso Especial nº 1.340.553/RS).* In: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal. 7ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

HOFF, Giovana Leivas Muller. *A prescrição intercorrente no processo de execução fiscal.* 2018. 87f. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS (IBET). *Nova interpretação do STJ sobre prescrição intercorrente em matéria tributária.* Brasil, 2018. Disponível em:<https://www.ibet.com.br/nova-interpretacao-do-stj-sobre-prescricao-intercorrente-em-materia-tributaria/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Comunicado nº 127:* custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Brasil, 2012. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=12794>. Acesso em: 25 jul. 2020.

JESUS, Isabela Bonfá de. *Manual de Direito Tributário.* 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 213.

ADOÇÃO NO BRASIL: CONTORNOS SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

ADOPTION IN BRAZIL: CONTOURS ON THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO FAMILY EXPERIENCE IN CHILDREN AND ADOLESCENTS

Letícia Alves Fernandes*

Resumo: Versa o presente trabalho sobre o estudo da convivência familiar, sendo este um direito previsto em face das crianças e adolescentes que aguardam na fila da adoção. Objetiva-se analisar a (in)efetividade dessa garantia constitucional, esculpido no artigo 227 da Constituição Federal, além dos direitos presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, através da realidade do instituto da adoção no Brasil. Assim sendo, busca-se compreender a linha tênue entre a conquista de um novo lar pelo adotado e a excessiva burocracia diante desse instituto, o que culmina em um processo moroso e desgastante. Desse modo, mostra-se relevante o estudo do processo da adoção, tendo em vista que esse instituto, quando eficaz, culmina na conquista de garantias constitucionais pelas crianças e adolescentes. Assim, a partir de uma análise sobre os percalços que a adoção enfrenta no país, objetiva-se propor medidas alternativas a esse instituto para oferecer um processo mais célere ao infante na inserção em nova família. O método de abordagem a ser utilizado é o método dedutivo, partindo-se da premissa de que é assegurado a criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, para se chegar ao resultado conclusivo de que o processo de adoção como meio para a efetivação dessa garantia, precisa ser revisto com o intuito de dar mais agilidade ao procedimento. O método de procedimento é o monográfico, visando delimitar o caso através da análise do instituto da adoção e da excessiva burocracia nesse processo para posterior resolução da conclusão, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Adoção. Direito à convivência familiar. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: *This paper deals with the study of family coexistence, which is a right foreseen in the face of children and adolescents waiting in line for adoption. The objective is to analyze the (in) effectiveness of this constitutional guarantee to the infant, sculpted in article 227 of the Federal Constitution, in addition to the rights present in the Statute of the Child and Adolescent, through the reality of the adoption institute in Brazil. Therefore, it seeks to understand the fine line between the adoption of a new home by the*

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, na Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis. Endereço eletrônico: leticiaalvessff@gmail.com.

adoptee and the excessive bureaucracy in front of this institute, which culminates in a time consuming and exhausting process. Thus, the study of the adoption process is relevant, considering that this institute, when effective, culminates in the achievement of constitutional guarantees by children and adolescents. Thus, based on an analysis of the obstacles that adoption faces in the country, the objective is to propose alternative measures to this institute to offer a faster process to the infant in the insertion in a new family. The approach method to be used is the deductive method, starting from the premise that the infant is guaranteed the right to family life in order to arrive at the conclusive result that the adoption process as a means for the realization of this guarantee needs to be reviewed. in order to speed up the procedure. The procedure method is monographic, aiming to delimit the case through the analysis of the adoption institute and the excessive bureaucracy in this process for later resolution of the conclusion, through bibliographic research.

Keywords: *Adoption. Right to family life. Child and Adolescent Statute.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da Adoção no Brasil, frente aos direitos previstos na legislação, em especial sobre o direito à convivência familiar previsto na Constituição Federal (CF) e art. 19 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Desse modo, far-se-á um estudo sobre o histórico desse instituto, bem como a incidência nas legislações brasileiras.

Além disso, o artigo visa a compreensão de que crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, necessitam que suas garantias constitucionais sejam de fato, efetivadas. Assim sendo, cumpre destacar o papel da adoção no cenário brasileiro atual, em que inúmeras crianças são abandonadas pela família natural, vivendo então temporariamente nas entidades de acolhimento oferecidas pelo Estado. De acordo com Diniz (2015), a adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil.

Ademais, é válido ressaltar os percalços que o instituto da Adoção enfrenta, tendo como empecilhos a morosidade da Justiça e a excessiva burocracia nos procedimentos para a conquista da adoção. Nesse cenário, além da burocratização do sistema e processos que não possuem duração razoável de tempo para efeitos da dignidade da pessoa humana, muitas famílias optam pela desistência da adoção, sendo um problema para os candidatos, pois a oportunidade de um novo lar passa a ser uma realidade distante.

Outrossim, o perfil desejado pelos adotantes contradiz com o perfil de crianças abrigadas, pois, percebe-se a existência de determinados grupos, a citar crianças em desenvolvimento que possuem algum tipo de deficiência e as que possuem irmãos, que não possuem visibilidade nas filas de adoção. Assim, muitas das vezes os adotantes desistem de adotar pelo fato de não possuir crianças com o estereótipo desejado por eles, o que culmina no isolamento do grupo de crianças deficientes e que

possuem irmãos no procedimento adotivo.

Nesse sentido, Maria Tereza Sadek (2014) afirma que a porta de entrada atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para a grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos, produzindo um paradoxo: demandas demais e demandas de menos.

Dessa forma, cabe salientar que é necessário ser revisto os procedimentos da adoção no Brasil, de modo a se obter processos mais céleres, afim de proporcionar para as famílias e principalmente para as crianças e adolescentes que esperam nos abrigos e afins, a concretização de direitos fundamentais, em especial do direito à convivência familiar presente no ECA e também na Constituição Federal.

Por fim, o presente trabalho visa propor soluções alternativas para o modelo vigente da adoção, de modo a contribuir para a eficaz conquista de direitos fundamentais as crianças em desenvolvimento, principalmente a grupos pouco desejados pelos adotantes, devendo a criança e adolescente serem vistos com prioridade absoluta no processo de adoção, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente presente no ECA.

2. A INSTITUIÇÃO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Neste capítulo far-se-á um estudo sobre o histórico da adoção no Brasil, bem como acerca da evolução das legislações brasileiras que regulam tal instituto. Além disso, é de grande importância ressaltar que com a promulgação da Constituição Federal as crianças e adolescentes passaram a ocupar a incrível posição de sujeitos de direitos, o que culminou na conquista de direitos fundamentais, em especial ao direito à convivência familiar, assunto que será reiterado abaixo.

2.1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

É válido ressaltar que o instituto da Adoção modificou-se juridicamente durante anos, e ao analisar as mudanças sob o viés social, percebe-se que ao longo do século XX, as crianças e adolescentes conquistaram um espaço com mais direitos na legislação. Assim, destaca Vilardo (2018) que elas ocupavam o segundo plano no tocante às garantias fundamentais e tutela do próprio Estado. Isso porque, antes da entrada em vigor da Constituição Federal/1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente/1990, as crianças e adolescentes eram vistos pela sociedade apenas como reflexos de seus pais, além de extensão de sua personalidade e patrimônio.

Nesse sentido, a autora Pereira (2011, p. 6-7) comenta:

> A história da humanidade é a história dos adultos. Se hoje a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, reconhecidos no ordenamento jurídico nacional e internacional, objeto de amor e de intensa proteção e afetividade da família, é preciso lembrar que nem sempre gozaram dessa privilegiada situação.

Assim, a instituição da adoção na legislação brasileira é vista como um meio jurídico capaz de equilibrar as desigualdades históricas sofrida pelas crianças e adolescentes. Dessa forma, afim de superar as adversidades de uma legislação caracterizada pelo abandono do infante, o principal e importante questionamento feito foi de como tutelar a criança e o adolescente frente à ausência de instrumentos legais realmente efetivos no intuito de prevenir o abandono e a falta de prioridade no interesse da pessoa em desenvolvimento (VILARDO, 2018).

Importante salientar que o ordenamento jurídico passou a ser mais concreto no que tange a adoção, a partir do Código Civil de 1916, o qual, era composto de onze artigos que abordavam essa temática. Passadas algumas décadas, a legislação mencionada sofreu alterações pela Lei n. 3.133/1957, a qual, buscava facilitar o processo de Adoção por meio da alteração de artigos do Código Civil. Essa alteração ocorreu através da Lei n. 6.697/1979 a partir da vigência de uma legislação especial para a infância: o Código de Menores. Destaca Beltrame (2005) que esse Código tinha por objetivo concentrar a finalidade da adoção na proteção integral do menor sem família.

Neste diapasão, sob um viés comparativista, até o Código de Menores, adotar ainda era visto com um olhar de garantia aos direitos dos pretendentes, mas pouco se compreendia a adoção como ferramenta de garantia de dignidade para infantes, como é compreendido atualmente (VILARDO, 2018).

Segundo Ferreira (2010), tais leis ocasionaram o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que proporcionou mudanças relevantes no que se refere aos direitos das crianças e adolescentes de serem criadas e educadas por uma família. Ao longo do tempo, o instituto da adoção foi aperfeiçoado, e se estruturou instrumento de direitos para as crianças de forma mais clara a partir da Constituição Federal/1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente/1990. Nesse sentido, cumpre-se destacar as palavras de Vilardo (2018, p. 21):

> Além de positivar dispositivos mais eficazes para a tutela de direitos infantis e juvenis, a Constituição abrigou princípios muito relevantes [...]. Neste sentido, a Carta Magna representou uma nova perspectiva jurídico-social da criança e do adolescente: como sujeitos de direito.

Por fim, como expõe Abreu (2013), no tocante as legislações brasileiras que tratam do referido estudo está a Lei 12.010/2009 conhecida como nova Lei de Adoção, que visa proporcionar o aumento significativo do número de adoções no país, e, consequentemente, a diminuição do número de crianças em abrigos. Assim, visa à proteção dos direitos da criança e do adolescente, e, em especial à implementação do direito à convivência familiar, garantia que será estudada neste artigo.

2.2 O INFANTE COMO SUJEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a conquista de uma nova posição pelas crianças e adolescentes, ou seja, ganharam um status igualitário em relação aos adultos, o que culminou na determinação legal de sujeitos de direitos.

Assim, é notável a importância da Carta Magna, pois através dos princípios fundamentais inaugurados em seu texto, foi possível um novo olhar sobre as crianças em desenvolvimento, passando então a possuírem o status de pessoas possuidoras de direitos fundamentais.

Consoante Vilardo (2018), sob a perspectiva inovadora da Constituição Federal, o núcleo familiar ganhou novos contornos institucionais, pois o instituto da adoção passou a ter como principal objetivo dar um lar às crianças e adolescentes que não possuem, visando a efetivação do direito fundamental à convivência familiar.

Dessa forma, é conferido pela lei à criança e ao adolescente uma posição revolucionária, colocando-os como indivíduos beneficiados de autonomia e dignidade, sendo este o princípio máximo da Constituição Federal (ABREU, 2013). Desse modo, configuram merecedores de proteção do Estado, da sociedade e da família, como esculpido no artigo a seguir da Constituição Federal:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Consoante Abreu (2013), o Estatuto da Criança e do Adolescente procura normatizar os direitos e garantias destinadas a criança e ao adolescente, estabelecidos através da nova ordem constitucional. Assim, a partir das novas diretrizes da adoção no Brasil, o ECA busca assegurar em seus dispositivos uma forma de buscar o desenvolvimento pleno da criança, em condições de liberdade e dignidade, colocando a importante doutrina da proteção integral da criança, como uma tutela prioritária pelo Estado.

Nesse sentido, Vilardo (2018) reflete que a partir da garantia da prioridade absoluta concedida ao infante no artigo acima, fica claro que esse princípio se trata de uma obrigação estatal, a qual, impõe ao Estado a responsabilidade por iniciativas que atendam necessidades deste público. Assim, este princípio vincula o orçamento público à efetivação de direitos fundamentais das crianças e adolescentes, afim de cumprir o disposto na alínea "d" do artigo 4º, ECA e do art. 227, I, CF.

2.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Consoante Kreuz (2012) as inovações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente afirmam que as medidas de proteção devem ser aplicadas para assegurar os direitos já reconhecidos na legislação, em especial, o direito à convivência familiar e comunitária. Direito esse, que ganhou destaque com a elaboração do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, em 2006, e mais recentemente, com a Lei nº. 12.010/

2009, conhecida como a Lei Nacional da Adoção.

Desse modo, entre os direitos fundamentais assegurados às crianças e adolescentes, destaca-se o direito à convivência familiar, esculpido no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 19 e ss. do ECA. Destaca-se a importância desse direito, pois se acredita que pela manutenção do infante no seio familiar, os direitos fundamentais, a citar: saúde, alimentação, educação, cultura, respeito, entre outros, certamente também estarão sendo atendidos e efetivados (KREUZ, 2012).

Nesse ínterim, vale dizer que o direito à convivência familiar envolve uma série de situações que proporcionam o desenvolvimento saudável da fase infantil e juvenil, com a consequente percepção para a criança de que ela é amada e que tem alguém que com ela se preocupa (KREUZ, 2012). De acordo com Vilardo (2018) o direito à convivência familiar representa um relevante progresso para o instituto da adoção, pois é assegurado a compatibilidade da família que se formará, além de que materializa o princípio do melhor interesse da criança, trazido nas legislações supracitadas acima.

Diante do exposto no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, cumpre-se destacar o seguinte trecho:

> Crianças e adolescentes têm o direito a uma família, cujos vínculos devem ser protegidos pela sociedade e pelo Estado [...]. No caso de ruptura desses vínculos, o Estado é o responsável pela proteção das crianças e dos adolescentes, incluindo o desenvolvimento de programas, projetos e estratégias que possam levar à constituição de novos vínculos familiares e comunitários, mas sempre priorizando o resgate dos vínculos originais ou, em caso de sua impossibilidade, propiciando as políticas públicas necessárias para a formação de novos vínculos que garantam o direito à convivência familiar e comunitária (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2006, p. 16-17).

Assim sendo, o direito de conviver em meio familiar possui natureza constitucional. Com isso, a criança deve ser criada e educada afim de garantir o seu desenvolvimento integral, como previsto no art. 19 do ECA.

3. O PROCESSO DE ADOÇÃO

Desenvolver-se-á neste capítulo uma análise sobre a diversidade de conceitos doutrinários no que tange a adoção. Ademais, será exposto quais os requisitos exigidos na legislação brasileira para que o processo adotivo seja realizado de maneira lícita e quais os efeitos que a adoção confere ao filho adotado na composição de nova família.

3.1 CONCEITO

A adoção é instituto do Direito Civil que possibilita às crianças em desenvolvimento a terem um novo lar, diferente da família de origem. É por meio do processo adotivo que é criado um novo vínculo de convívio e afeto entre adotante e adotado. Neste diapasão, Nelson Rosenvald e Christiano Chaves (2015, p. 908) elucidam o conceito de adoção da seguinte maneira:

> Contemporaneamente, a adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo.

Já, para Caio Mário da Silva Pereira: (2017, p. 475)

> A Adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim.

Ressalta Dias (2016) que o instituto da adoção se compõe de um parentesco eletivo, ou seja, advém de um ato de vontade de criar vínculos de paternidade-maternidade-filiação com o objetivo de afeição, de amar e de ser amado.

Cabe-se ressaltar que no cenário adotivo atual, existem dois tipos de adoção: a adoção unilateral e a adoção conjunta. A primeira, é aquela realizada por somente uma pessoa, permitida ser feita diretamente no Cartório, sem passar pelo sistema judiciário. Já a segunda, que é o objeto de estudo deste artigo é comentada no art.42, §2º do ECA, sendo realizada por duas pessoas através dos procedimentos previstos no Poder Judiciário. Importante dizer que, na adoção conjunta os adotantes devem estar casados civilmente ou viverem em união estável, sendo necessário a comprovação da estabilidade familiar, sendo permitida a adoção por casais homoafetivos sem discriminação (TARTUCE, 2017).

Consoante Vilardo (2018), depreende-se que o processo adotivo perpassa pelas vias judiciais e por meio disso, o Estado adquire certo controle sobre a formação das novas famílias. Assim, o poder estatal contribui para a adoção na medida em que tutela direitos fundamentais e garante que a lei seja cumprida de forma lícita para ambas as partes do processo. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2016, p. 818) elucida que "o estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção - ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial".

Portanto, por meio da adoção se insere a criança e o adolescente em um novo lar, cujo objetivo é a efetivação dos direitos fundamentais, observando-se principalmente o convívio familiar e o princípio do melhor interesse da criança.

3.2 REQUISITOS PARA A ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Cumpre destacar que a adoção conjunta, é um processo que perpassa pelas vias do Judiciário, assim o pretendente necessita preencher requisitos dispostos nas legislações correspondentes. Porém, é válido lembrar que a adoção só pode ocorrer nas hipóteses em que não há possibilidade de continuação da criança na família natural ou extensa, consoante ao art.39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (VILARDO, 2018).

Assim, como previsto no art.42 do ECA, o primeiro requisito para uma pessoa entrar com um processo de adoção é ter mais de dezoito anos, independente de estado civil. Além disso, segundo Maria Berenice Dias (2016), no tocante à idade, é necessário que haja uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e adotado. Importante dizer que, em casos em que os adotantes sejam mais de uma pessoa, essa regra do distanciamento temporal de dezesseis anos vale-se para apenas um deles.

Nesse sentido, vale ressaltar as palavras de Gustavo Ferraz de Campos Mônaco (2004, p. 6):

> Em que pese posições divergentes, a maioria da doutrina nacional entende que a diferença de idade para se deferir a adoção há de ser verificada pela idade do mais jovem dos pretensos adotantes. Assim, se o cônjuge ou convivente mais jovem contar com 16 anos de idade, a única opção que lhes restará será a de adotar uma criança recém-nascida ou que conte com poucos meses (imaginando-se a adoção por alguém casado ou convivente e que tenha 16 anos e 4 meses, por exemplo, hipótese em que poderá adotar uma criança com até 4 meses de idade).

Ainda no que tange aos requisitos legais para a adoção, é necessário atentar-se ao estágio de convivência, pois este elemento é fundamental para que a adoção seja deferida. O estágio possui duração máxima de noventa dias, condicionado ao caso em questão, em que considera-se a idade da criança e as particularidades da situação, como exposto no art.46 do ECA (VILARDO, 2018).

Já, em relação aos requisitos formais presente no Código Civil, exige-se que no processo adotivo as partes tenham legitimidade e interesse de agir, além disso, o pedido deve ter possibilidade jurídica, pois a adoção está condicionada ao processo judicial (MÔNACO, 2004).

3.3 EFEITOS DA ADOÇÃO

Antes de adentrar aos efeitos que a adoção integra na relação de adotado e adotante, é de extrema relevância deixar claro a partir de qual momento tais efeitos começam a de fato, valer. Conforme previsto no art.47, §7º do ECA, os efeitos começam a serem aplicados, no caso concreto, a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, com exceção na hipótese em que o adotante após inequívoca manifes-

tação de vontade, falecer no curso do procedimento adotivo, caso em que terá força retroativa a data do óbito.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve a conquista de uma posição igualitária entre filhos biológicos e filhos adotivos, ou seja, ambos possuem os mesmos direitos e qualificações como exposto no art.227, §6º dessa legislação e no art.41 do ECA. Assim, quando concluída a sentença judicial, o infante não é apenas caracterizado por ser adotado, mas conquista a posição de filho, sem qualquer adjetivação ou discriminação (DIAS, 2016).

Consoante aos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (2017), o instituto da adoção produz efeitos tanto pessoais quanto patrimoniais. Contudo, há de ressaltar que existem impedimentos matrimoniais. Têm-se como exemplos de impedimentos matrimoniais as hipóteses previstas no art. 1521 do CC/2002, decorrente da possibilidade de surgimento de problemas congênitos à prole nesses casos.

Importante ressaltar que com a adoção ocorre o desligamento dos vínculos entre o adotado e os pais biológicos, como previsto no Enunciado n. 111 do CJF/STJ.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

> O adotado adquire os mesmos direitos e obrigações como qualquer filho. Direito ao nome, parentesco, alimentos e sucessão. Na contramão, também correspondem ao adotado os deveres de respeito e de obediência. Os pais, por sua vez, têm os deveres de guarda, criação, educação e fiscalização (2016, p. 820).

Segundo Flávio Tartuce (2017) quando o processo adotivo é deferido ocorre a alteração do sobrenome do adotado para o do adotante. Assim, será constado no registro de nascimento o(s) nome(s) do(s) adotante(s) como pai(s) e seu(s) ascendente(s) como avó(s). Ademais, em face da adoção ocorre a possibilidade de mudança do prenome do infante, caso seja a vontade do adotante ou adotado, devido ao desligamento de vínculos com a família de origem.

Como citado acima, a relação de parentesco conquistada pelo processo adotivo é estabelecida pelo filho adotado e se estende a toda família do adotante, tanto em linha reta, quanto em linha colateral. Todos os parentes do adotante tornam-se parentes do adotado (DIAS, 2016).

Vale ressaltar que a jurisprudência tem tido entendimentos no sentido do dever de pagar alimentos, além de indenização por danos morais e materiais aos adotantes que desistem da filiação civil, com o intuito de auxiliar no tratamento psicológico da criança que será deixada novamente nos acolhimentos institucionais (DIAS, 2016).

Por fim, cumpre-se destacar que, por meio da adoção o filho adotivo é atingido no que tange aos efeitos sucessórios. Sendo assim, tem-se a reciprocidade nas questões sucessórias entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária,

conforme o art.41, §2º do ECA. Assim, o filho adotivo torna-se herdeiro necessário, e na situação de partilha tem o direito de receber o mesmo que os demais, ou seja, o adotado concorre na sucessão aberta do pai sem restrição alguma (PEREIRA, 2017).

4. PROBLEMÁTICAS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO CENÁRIO ATUAL

De acordo com Beltrame (2005) atualmente os adotantes enfrentam inúmeros problemas no decorrer do processo adotivo. Dentre essas problemáticas, as principais são a demora no processo judicial de adoção e a burocracia que envolve tal procedimento.

Ressalta-se que, por mais que a Nova Lei de Adoção tenha regulamentado alguns pontos com o intuito de facilitar o procedimento judicial, isso não foi suficiente para dar agilidade ao processo. Assim, ainda hoje a adoção é caracterizada por ser um processo lento e burocrático, o que muitas vezes gera desânimo nos pretendentes que optam por métodos informais (VILARDO,2018).

4.1 A MOROSIDADE COMO UM IMPEDIMENTO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO

Conforme exposto por Pereira (2013), a excessiva lentidão nos processos de adoção é uma questão que deve ser resolvida. Assim, devido a morosidade enfrentada, inúmeras crianças permanecem muitos anos em abrigos institucionais sem a propensão de possuir uma nova família.

Consoante Vilardo (2018), a longa espera na fila de adoção e a quantidade de crianças sem um lar representa uma estatística que não possui lógica. Segundo dados fornecidos pelo Cadastro Nacional de Adoção havia em torno de 46 mil pretendentes cadastrados e cerca de 9.500 crianças e adolescentes cadastrados em 2019. Segundo Assis (2019), a partir disso, observa-se que o número de interessados em adotar é muito superior a quantidade de crianças e adolescentes postos a adoção. Tal fato decorre de muitas vezes, as crianças e adolescentes disponíveis à adoção não se encaixarem nos perfis desejados pelos pretendentes.

Como bem elucida Maria Berenice Dias (2016, p. 803):

> Em face da demora no deslinde do processo, a criança deixa de ser criança, tornando-se "inadotável", feia expressão que identifica que ninguém a quer. O interesse dos candidatos à adoção é sempre pelos pequenos. Assim, a omissão do Estado e a morosidade da Justiça transformam as instituições em verdadeiros depósitos de enjeitados, único lar para milhares de jovens, mas só até completarem 18 anos. Nesse dia simplesmente são postos na rua.

Nesse sentido, a longa demora até que se obtenha o deferimento do pedido de adoção cria um obstáculo para os interessados no instituto, além de impedir o sonho

de um novo lar pela criança. Assim, a morosidade da Justiça fere princípios constitucionais, como a exemplo do convívio familiar, pois, muita das vezes ocorre a desistência pelo adotante no decorrer do processo, gerando traumas e frustrações para a criança após a criação de expectativas de uma nova família.

Portanto, a celeridade do processo adotivo é o que garante o direito à convivência familiar ao infante, direito esse que é preservado constitucionalmente com absoluta prioridade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS,2016). Sendo assim, é inaceitável o fato de a criança em desenvolvimento perder oportunidades de ser inserido em novo lar em razão de um processo moroso que se apega de forma prioritária ao formalismo e deixa em segundo plano, o bem estar da criança e adolescente (VILARDO,2018).

4.2 A EXCESSIVA BUROCRACIA COMO AFRONTA AO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

É válido ressaltar que, por mais que haja o cuidado do Estado em proteger as partes no processo adotivo, a densa burocratização causa influência negativa na tomada de decisões dos pretendentes à adoção, o que, consequentemente afeta o infante que aguarda por uma nova família (VILARDO, 2018).

Como exposto por Dias (2016) é tamanha a burocracia para disponibilizar as crianças e adolescentes à adoção que, quando isso ocorre muitas das vezes nenhum dos pretendentes mais os quer. Os candidatos à adoção então perdem a oportunidade de partilhar momentos da primeira infância da criança, devido a espera durante anos na fila da adoção.

Desse modo, a excessiva burocratização por parte dos agentes estatais, baseada na expectativa primordial de proteção às crianças e adolescentes, em última análise, tem como resultado o desânimo dos pretendentes à adotar. Tal desânimo advêm de uma série de obrigações paralelas impostas antes mesmo de ingressar com o processo, além da longa espera na fila de adoção (VILARDO,2018).

Diante das problemáticas expostas acima, conclui-se que o processo de adoção enfrenta inúmeros percalços desde o momento da manifestação de vontade em adotar até o momento em que o processo é deferido no tribunal competente. Conforme Maria Berenice Dias (2018, p. 2):

> Assim, não há como negar que a responsabilidade deste caos é do próprio Estado que acabou criando um verdadeiro ciclo do abandono. Crianças e adolescentes estão crescendo sem que lhes seja garantido o direito a um lar. Quem quer adotá-los desiste, cansa de esperar, o que os têm levado a "fazer filhos". Conclusão: crianças sobram nos abrigos.

Portanto, em virtude dessa situação as pessoas que possuem o desejo de constituir família ao invés de se sujeitarem aos procedimentos da adoção, optam por fazer uso das técnicas modernas de reprodução assistida. Por mais que essas técnicas

sejam legítimas, com a realização delas, os números de crianças e adolescentes nos abrigos tendem a aumentar (DIAS, 2016).

4.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS À ADOÇÃO: NOVOS FORMATOS PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS VIGENTES

Uma vez que a criança em desenvolvimento é considerada como sujeito de direito, por mais que já possua legislações atinentes à regularização de sua vivência social, é notória a importância que a adoção tem na conquista de direitos fundamentais a crianças e adolescentes desprovidos de uma família. Então, através da realidade que o instituto adotivo enfrenta no Brasil, é necessário que o modelo vigente seja remodelado de modo a garantir a formação de novas famílias de maneira mais ágil e eficaz.

Conforme os ensinamentos de Beltrame (2005), o Poder Judiciário deve buscar simplificar os procedimentos de habilitação para a adoção, com o intuito de prevenir desgastes e problemas futuros para as partes envolvidas no processo. Assim, com menos burocracia, as situações jurídicas das crianças e adolescentes seriam resolvidas de uma maneira mais ágil, efetivando dessa forma, os direitos fundamentais, sobretudo a convivência familiar.

Neste ínterim, os órgãos competentes devem reconhecer que a adoção conjunta é um instituto carente de efetividade atualmente, e com isso, buscar maneiras de tornar o sistema adotivo brasileiro mais eficaz e apto a formar novas famílias de maneira mais simplista. Logo, com modificações baseadas na realidade enfrentada dos dependentes desse processo, pode surgir uma maior confiança e segurança jurídica nesta seara, o que, porventura culmina em aumento nas adoções.

Outrossim, vale destacar um mecanismo de busca ativa criado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) que contribui de forma positiva para aperfeiçoar o referido instituto na região. Esse mecanismo utilizado pelo TJES e por outros tribunais do país, chama-se Campanha Esperando por Você, e tem como objetivo divulgar as crianças e adolescentes que aguardam por um lar, através de um vídeo e um pequeno resumo sobre características marcantes dos mesmos, suas metas de vida, sonhos, além das condições fáticas (VILARDO, 2018). Ainda segundo a autora esta campanha é uma prática atrativa aos pretendentes, pois aproxima os infantes dos possíveis pais, criando vínculos afetivos.

Por esta razão, seria viável maior divulgação da Campanha Esperando por Você por todo o Brasil, tornando-o mais utilizado e conhecido pela população. Assim, por meio desse mecanismo, tornar-se-á a adoção um instituto mais humanista e responsável afetivamente tanto com as crianças e adolescentes que aguardam por um novo lar, quanto com os pretendentes.

Tendo em vista que, a grande maioria das crianças que não possuem visibilidade nas filas de adoção, são aquelas que tem irmãos ou que possuem algum tipo de de-

ficiência, torna-se necessário uma maior atenção para tais casos. Nessa ambiência, afim de contribuir para que menores nessa situação conquistem nova família, uma hipótese alternativa seria alguma forma de auxílio financeiro por parte do Estado com vista a aumentar o número de adoções, e consequentemente diminuir a quantidade de crianças e adolescentes dos referidos casos nos abrigos.

Assim, adotantes que pelo processo de adoção vierem a agregar em suas famílias, por exemplo, crianças deficientes ou que possuem irmãos, ter-se-ia alguma assistência financeira por parte do Poder Público para, de fato, proporcionar uma boa qualidade de vida a eles.

Portanto, deve-se colocar em pauta os empecilhos que a adoção enfrenta na realidade atual, além de propor uma visão crítica sobre a temática, visto que, por meio desse sistema, inúmeras crianças abandonadas são inseridas em novo parentesco, dotados de amor e afeto. Assim, o instituto da adoção possui um papel marcante na vida das pessoas que percorrem seus caminhos, pois, ao final do processo adotivo tem-se a manifestação da dignidade da pessoa humana na vida da criança adotada, o que torna a adoção quando eficaz, um ato sublime.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, com o advento da Constituição Federal em 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, a situação jurídica da criança em desenvolvimento foi alterada. Assim, antes da entrada em vigor de tais legislações a criança e adolescente não eram vistos como pessoa possuidora de direitos fundamentais, mas somente um reflexo de seus pais. Nesse sentido, com a promulgação da Carta Magna e do ECA, as crianças e adolescentes conquistaram uma posição revolucionária, ou seja, passaram a ser considerados sujeitos de direitos.

Com essa inovação constitucional, tornou-se consolidada a ideia de que os mesmos necessitam de um olhar atento no que refere as garantias constitucionais previstas a eles. Logo, com o entendimento de que a partir da eficácia do direito à convivência familiar, outros direitos atrelados a esse, de forma automática, também seriam efetivados, teve o reconhecimento que a família é o meio pelo qual, as crianças em desenvolvimento obtêm a concretização dos demais direitos fundamentais.

Nesta seara, o instituto da adoção, que é regulado pelo ECA, passa a ser uma oportunidade de convívio familiar a quem não possui, pois, por meio do procedimento adotivo, as crianças desprovidas de um lar conquistam a incrível posição de filho das pessoas que optam por esse processo.

Nessa ambiência, vale ressaltar que após 30 anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o processo adotivo encontra-se com inúmeros percalços que impedem a efetivação da colocação de crianças carentes de um lar em famílias dispostas a abrigá-las e amá-las. Assim, torna-se importante a discussão dessa temática, com vistas a contribuir para que o direito fundamental à convivência familiar seja efetivado de maneira mais eficaz através da adoção.

Em face das problemáticas que a adoção conjunta possui atualmente, em espe-

cial no tocante a morosidade da Justiça e a excessiva burocracia nos procedimentos para adotar, a realidade que os dependentes desse processo enfrentam é algo cruel. Com isso, é perceptível as consequências geradas no sistema social, em que os pretendentes em adotar um filho acabam desistindo de tal ato, voltando-se para alternativas informais.

Neste diapasão, a adesão da Campanha Esperando por Você e de outras campanhas de busca ativa por todos os tribunais do Brasil, torna-se uma alternativa para que haja crescimento nas adoções no país, criando assim, oportunidades para um maior número de crianças e adolescentes que aguardam na fila da adoção por uma nova família.

Ademais, é necessária uma atenção especial as crianças que não possuem grande visibilidade dos pretendentes a adotar, a citar os que possuem deficiência e os que têm irmãos. Como visto, o auxílio financeiro por parte do Poder Público aos adotantes que agregarem crianças nessa situação à sua família, seria uma maneira de contribuir para a efetivação da convivência familiar ao maior número de infantes possível.

Por fim, é de salutar importância rever os formatos vigentes da adoção previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a culminar em processos mais ágeis, acessíveis e simplistas, com o intuito de possibilitar a efetivação de garantias constitucionais a crianças e adolescentes, sobretudo o convívio familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Paulo Diniz de. *A nova Lei de Adoção na perspectiva do direito fundamental à convivência familiar.* 2013. 56 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

ASSIS, Bruna Silveira. *O processo de Adoção no sistema jurídico brasileiro a partir das alterações da Lei nº13.509/2017.* 2019. 43 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Centro Universitário de Lavras, Lavras, 2019.

BITTENCOURT, Pollyana Conte. *Morosidade no processo de Adoção.* 2018. 23 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Unicesumar - Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2018.

BELTRAME, Martha Silva. Caminhos e personagens da adoção. IN: TRINDADE, Jorge (coord.). Direito da criança e do adolescente: uma abordagem interdisciplinar. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, n.54, p.219-242, outubro 2004 a abril 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Adoção.* Disponível em https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf. Acesso em: 15 jul. 2020.
Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n°. 8.069 de 13 de julho de 1990.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 10 jun.2020.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção:* um direito que não existe. Artigos. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13115)Adocao__um_direito_que_nao_existe_.pdf . Acesso em: 10 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias.* 11ª Edição Rev., Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena de. *Curso de Direito Civil Brasileiro:* Direito de Família. 22. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Campanha Esperando por Você.* Disponível em: http://www.tjes.jus.br/esperandoporvoce/. Acesso em: 18 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias.* 7ª Edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. *Adoção:* guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12.010 de 03/08/2009. São Paulo: Cortez, 2010.

KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente:* direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.* Brasília, 2006. 181 p. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf . Acesso em: 06 jul. 2020.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Adoção:* esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). Questões controvertidas no Novo Código Civil. 1.ed. São Paulo: Método:2003, v.1, p.331-354.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil.* Volume V. 25ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. Em busca do melhor interesse da criança. In: LE MONDE DIPLOMATIQUE Brasil. Encarte especial baseado na palestras e debates do seminário Além da adoção, realizado em 29 de agosto, no Teatro Eva Hertz, em São Paulo. São

Paulo,
out. 2011

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*. São Paulo, nº 101, p. 55-66, março a maio de 2014. Disponível em http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736. Acesso em: 30 jun. 2020.
TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil brasileiro*. vol. único, 12º. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

VILARDO, Natália Paula Cremonêz dos Santos. *Adoção*: uma análise sobre a burocratização dos procedimentos de adoção e a utilização da informalidade como alternativa ao sistema moroso. 2018. 80 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharel em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

AS DIFERENTES FORMAS DE PROSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DE SEU REGIME JURÍDICO E PROPOSTAS DE REGULAMENTAÇÃO

THE DIFFERENT FORMS OF PROSTITUTION AND CRIMINAL LAW: A ANALYSIS OF IT LEGAL REGIME AND REGULATION PROPOSALS

Tamara dos Santos Ramos*

Resumo: O presente artigo se propõe a uma análise quanto aos motivos da ausência de regulamentação para a prostituição, eis que o próprio sistema legislativo, que criminaliza seu entorno, tolerando de forma pura e simples, mas com o objetivo de asfixiar a atividade, permite a contribuição previdenciária como prostituta. Além disso, foram apresentadas as diferentes formas de prostituição – forçada, necessária e voluntária – que são ignoradas pelo Congresso. Para alcançar a proposta, foram analisados os debates que ocorreram nas votações dos Projetos de Leis 98/2003, 4.244/2004 e 4211/2012, que propunham a regulamentação da prostituição. Para uma melhor compreensão, também foi analisado o tratamento classificatório que o Código Penal deu ao "ser mulher" e como a prostituição é regulamentada. A partir dessa análise, se fez a problematização de um tratamento generalizado da prostituição, sem a devida compreensão das particularidades de cada caso e de cada mulher.

Palavras-chave: Prostituição. Código Penal. Projetos de leis. Regulamentação. Dignidade sexual.

Abstract: *This article proposes an analysis of the reasons for the absence of a regulation for prostitution, as the legislative system itself that criminalizes its surroundings, tolerating in a pure and simple way, but with the objective to asphyxiate the activity, allows the social security contribution of the prostitute. In addition, the different forms of prostitution, forced, required and voluntary, which are ignored by the Congress, are presented. In order to achieve the proposal, the debates that took place in the votes on draft laws 98/2003, 4,244 / 2004 and 4211/2012, which proposed the regulation of the prostitution, were analyzed. For a better understanding, the classificatory treatment that the Penal Code gave to being a woman and how prostitution is regulated was also analyzed. From this analysis, a generalized treatment of prostitution was problematized, without proper understanding of the particularities of each case and each woman.*

Key-words: *Prostitution. Penal Code. Draft laws. Regulation. Sexual dignity.*

* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/. E-mail: tamararamostm@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal é encarado como um instrumento para proteção de bens jurídicos. O legislador possui margem democrática para selecionar quais bens serão tutelados, ou não, pelo Direito Penal. O critério para criminalização de uma conduta é o potencial lesivo que causa um dano de forma patrimonial ou extrapatrimonial.

Os bens jurídicos podem ser materiais ou imateriais. Não se encontra grandes desafios para definir um bem material, pela etimologia da palavra é possível, de forma instantânea, verificar o bem material. Entretanto, o mesmo não ocorre com os bens extrapatrimoniais. Como exemplo desses bens podemos citar a vida, a liberdade e a dignidade sexual.

A dignidade sexual, no ordenamento brasileiro, é tutelada como bem jurídico e utilizada como argumento para impedir a regulamentação da prostituição. Por essa razão, a dignidade sexual será utilizada para analisar as diferentes formas de prostituição feminina.

A classificação do "ser mulher" dentro do Direito Penal é marcada por grande estigma social e religioso. A pena prevista para o estupro sofria significativa variação segundo a qualificação ou rótulo atribuído às mulheres (virgens, "honestas" ou prostitutas). A qualificação é uma forma de controle e neutralização dos corpos e mentes. Prostitutas, adúlteras e não honestas não podem receber proteção do instrumento de neutralização dos desviantes, dos que atentam contra os costumes. Nesse sentindo, Davis leciona:

> Seja tomando-as por desviantes ao considerá-las prostitutas, adúlteras, ou vítimas objetificadas em sua fragilidade e passividade, a régua classificatória da norma penal extrapola o sistema punitivo e opera em todos os âmbitos da vida em sociedade, moldando comportamentos de acordo com as expectativas do patriarcado, aqui entendido como o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens. (DAVIS, 2018, p.2)

Dito isto, as leis não poderiam dar protagonismo e liberdade às desviantes, as que andam fora dos costumes. Nesta mesma linha, não poderia ser conferida regulamentação de que atentam contra os "bons costumes". Assim, a prostituição é tolerada na medida em que atende às expectativas de quem a consome.

O complexo fenômeno da prostituição e suas diferentes formas não são levados em consideração. Por essa razão, o objeto de análise do artigo é a prostituição feminina e suas diversas formas – forçada, necessária e voluntária.

A prostituição é uma ocupação lícita, o Código Penal só criminaliza o rufianismo, lenocínio e casas de prostituição. Entretanto, os projetos de leis apresentados ao congresso propondo a regulamentação, a fim de proporcionar mais segurança para o indivíduo que decide seguir a prostituição, ocupação lícita, foram silenciados, arquivados ou retirados de pauta.

Para compreender o quadro acima descrito, ocupação lícita, mas sem regulamentação, foram feitas as análises dos debates dos projetos na Câmara dos Deputados.

2. ESPÉCIES DE PROSTITUIÇÃO E A DIGNIDADE SEXUAL

A prostituição é entendida como única, não sendo levado em consideração as particularidades de cada caso. Dentro da sociedade, nas conversas de rua ou de casa, para alguns é encarada como exercício pleno de suas liberdades, para outros é falta de caráter e pudor, havendo também os que entendem que é um grave atendado à dignidade da mulher.

A dignidade sexual decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tal princípio deve ser entendido como a máxima promoção da vida humana, que vai muito além de estar vivo, sendo garantido ao indivíduo uma vida digna. Ter uma vida digna é ter garantida suas liberdades, dentre elas a liberdade sexual. Entretanto, o termo utilizado não recebe a interpretação de modo a garantir a dignidade sexual pelo exercício da liberdade sexual. O legislador retirou a expressão "crimes contra os costumes", mas manteve o estigma moralista e religioso, no qual o Estado aponta a forma correta, digna e boa que uma pessoa deve exercer sua liberdade sexual.

> Ao eleger a expressão —crimes contra a dignidade sexual, o legislador erigiu a categoria de bem jurídico tutelável a dignidade sexual, passando a ter como fundamento desta proteção, a dignidade da pessoa humana e o respeito à vida sexual, compatibilizando, assim, a norma penal aos preceitos constitucionais, que acabou por albergar com isso, a tutela da liberdade e do desenvolvimento sexual de cada indivíduo. (MARGOTTI, 2016, p. 120, *apud* SA, 2012)

A dignidade sexual deveria ser utilizada como forma de promoção da liberdade sexual, é utilizada para limitar o seu exercício. Na ausência de um olhar crítico, "à dignidade da pessoa humana, e, por sua vez, à dignidade sexual, é dado um sentido amplo, trazendo em si a noção de "padrão digno", correto, de valores axiológicos impostos que devem sempre ser observados" (MARGOTTI, 2016).

Dito isto, passamos a analisar as formas de prostituição – forçada, necessária e voluntária – que são consideradas como únicas. Tal equívoco, pode ser considerado como um dos motivos para a ausência de regulamentação da prostituição.

O uso da palavra "forçada" está diretamente ligado à exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes. Esses grupos são muito mais vulneráveis a essa forma de violência, com especial gravidade para áreas mais pobres que não contam com uma atuação presente e direta do Estado. Este fato viola frontalmente a disposição do artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis:*

> 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.

Além disso, o mesmo Estatuto, em seu artigo 224-A, que no entendimento da doutrina foi tacitamente revogado pelo art. 218-B do Código Penal, incluído pela Lei 12.015/2009, tipifica como crime a conduta de submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual, com previsão de pena de reclusão de quatro a dez anos.

A situação acima descrita não é objeto do presente trabalho, eis que se trata de violação dos direitos humanos, mas necessária sua exposição para demonstrar que a Lei Penal não diferencia a prostituição segundo as diferentes formas que ela se apresenta.

A dignidade sexual, ao ser invocada para respaldar a criminalização da conduta do agente, que força um indivíduo a se prostituir, limitou e distorceu o princípio que decorre da dignidade da pessoa humana. Uma pessoa prostituída, sofreu uma grave ofensa à sua liberdade individual, portanto a sua dignidade enquanto pessoa humana.

Pensar em pessoas prostituídas, é entender que em determinada situação há uma força física (tráfico de pessoas, exploração sexual), em outras há uma força socioeconômica (ausência de políticas públicas para pessoas hipossuficientes). As duas situações anteriormente descritas são maquiadas por uma falsa liberdade de escolha. Então, para os casos em que fazer sexo é a única forma de prover seu sustento, e a mulher se prostitui por valores que somados ao final do mês não totalizam um salário mínimo, estamos diante da "mulher em situação de prostituição"[1]. Essa mulher também sofreu uma ofensa à sua liberdade, a sua dignidade enquanto pessoa humana. Essa prostituição é praticada em decorrência de uma marginalização econômica e social, portanto será classificada como "necessária". A ausência do Estado Brasileiro para prover emprego e educação para essa mulher, ou uma atuação por meio de políticas públicas, deixam essa mulher em tamanha vulnerabilidade que ela busca a prostituição como forma de subsistência.

Mais uma vez a dignidade da pessoa humana foi ofendida e, por consequência, a sua dignidade sexual. Essa ofensa não ocorre porque ela comercializou seu corpo, uma vez que o que é comercializado é o ato sexual, e não o corpo. A ofensa ocorre quando não há liberdade sexual, quando não há dignidade humana, quando não há escolhas possíveis.

[1] A expressão "mulher em situação de prostituição", será utilizada para descrever a mulher que se prostitui não por uma escolha livre e consciente, mas porque para esta mulher faltaram oportunidades. A prostituição foi o meio que ela encontrou para sua sobrevivência. A expressão não é de autoria da idealizadora do trabalho, foi utilizada num debate sobre prostituição realizado pela revista Pública.

Na prostituição "necessária"[2] não há uma força física, mas há questões socioeconômicas que retiram as possibilidades de escolhas dessa mulher. Essa forma de prostituição, fruto da marginalização social, não é efetiva à proibição do Estado, mediante a utilização do Direito Penal para coibir essa prática. A situação fática ofende a dignidade humana, quando retira qualquer possibilidade de escolha. O indivíduo é prostituído pelas forças sociais que agem sobre ele.

Em dicotomia com a descrição acima, temos mulheres que entendem a prostituição como uma profissão, um trabalho que precisa ser regulamentado, pois decorre da "escolha" da pessoa adulta, que decide, por vontade própria, ter por ocupação o trabalho sexual, portanto, voluntário. Nesse cenário, não há ofensa à dignidade humana, por consequência, sem ofensa a dignidade sexual. A liberdade, bem imaterial tutelado pelo direito penal, é exercida sem ofensas por meio de forças físicas ou sociais.

Essa diferenciação é importante porque deixa em evidência que existem "tipo/modos" de prostituição: "na rua, em bares, boates e boates com motel, assim como nas denominadas 'casas fechadas'" (ALVAREZ, RODRIGUES, 2009, p. 187) – local, por vezes, de prostituição de alta renda.

Essa foi a escolha realizada, por exemplo, por Gabriela Leite, que, em seu livro "Eu, mulher da vida", narra sua história e conta que abandonou sua vida de classe média, de estudante de Sociologia na Universidade de São Paulo, para ingressar na prostituição, na vida. Também foi a escolha feita por Eny, que decidiu abandonar a casa de seus pais e seu emprego em uma fábrica de chocolates para viver da prostituição, movida pelo desejo de acumular dinheiro e ter uma vida mais luxuosa – feito que alcançou, anos mais tarde, com seu trabalho como prostituta – (MELLO, 2002).

Para as mulheres em destaque acima, houve uma escolha livre e consciente. O exercício do comércio sexual foi uma escolha dentro de outras possibilidades, pois não havia situação de vulnerabilidade econômica eminente. Além disso, fica evidente a possibilidade de uma maior igualdade entre a prostituta e o contratante. A prostituição de alto luxo, voluntária, está muito distante da necessária que também é diferente da prostituição voluntária para as mulheres nas classes mais baixas. A prostituição livre e consciente está presente nas classes mais baixas, mas não ocorre como as de alto luxo.

Essa diferenciação entre os tipos de prostituição, com destaque para a voluntária, é necessária para refletir como as leis brasileiras não se preocupam com as particularidades de cada caso e utilizam o Direito Penal para o controle da sexualidade feminina. Com o objetivo de coibir a exploração sexual, o Estado reconhece como lícita a ocupação prostituta, mas não oferece leis para proteção e, em efeito contrário, ocorre a marginalização. Assim, as prostitutas ficam mais suscetíveis à exploração.

O legislador, na ausência de um olhar crítico sob as diferentes formas de prostituição, busca coibir a exploração sexual com a criminalização das casas de prostituição, o rufianismo e lenocínio. A lei busca a proteção da vítima, que sofre uma ofensa

[2] A palavra necessária está sendo utilizada para demostrar a vulnerabilidade que essa mulher se encontra, para se alimentar e alimentar seus filhos.

a sua dignidade, mas o instrumento utilizado não é efetivo e resulta na desproteção da mulher que se prostitui de forma voluntária. Ainda que o legislador utilize o princípio da dignidade da pessoa humana para tutelar a dignidade sexual, o que de fato ocorre é um controle da sexualidade com base em critérios morais e crenças religiosas não compartilhados por toda sociedade.

> Dignidade como heteronomia consistiria numa dimensão da dignidade que transcende o indivíduo e não se submete à sua autodeterminação. Elementos externos, como valores partilhados por uma coletividade, ordem pública, moral pública e interesses públicos, cercearam a autonomia individual. (FARIA, 2013)

O projeto de instauração da "moralidade pública sexual" (MARGOTTI, 2016, *apud* CAPEZ, 2010) sob os corpos, com destaque para o corpo feminino, sempre esteve presente nos Códigos Penais.

Em análise dos Códigos Penais que vigoraram no Brasil, o crime de estupro, sofria uma modificação na pena, caso fosse praticado contra uma prostituta, sendo a pena menor a ser aplicada, o que demonstra que o legislador estava mais preocupado com a conduta da vítima, a fim de avaliar se merecia ou não proteção do Estado. Nesse sentido, alerta Renata Davis:

> A tradição da legislação penal examinada até aqui corrobora a hipótese de que o sistema penal possui papel fundamental na construção social do "ser mulher" no seio de uma sociedade patriarcal. Ao garantir distinções de tratamento a depender da qualidade da vítima, sobre fatos atrelados à sua sexualidade, incute-se na sociedade a noção de que para merecer a proteção do Estado, mulheres devem se portar dentro de um padrão restrito e específico de comportamento. Assegura-se, desta maneira, a preservação de uma lógica conservadora de controle dos corpos femininos em benefício da manutenção de privilégios patriarcais. (DAVIS, 2018, p.7)

O Código Penal classificava a mulher até 2005, ou seja, há menos de 20 anos, em honesta e não honesta, no que concerne ao tratamento penal dos crimes contra a liberdade sexual. A Lei 11.106/05 deu nova redação aos tipos penais previstos nos artigos 215 – posse sexual mediante fraude – e 216 – atentado ao pudor mediante fraude, revogado em 2009 pela Lei 12.015. A expressão "mulher honesta" presente nos artigos 215 e 216 foi retirada. Entende-se por não honesta aquela mulher que não estivesse de acordo com a "moral" e os "bons costumes", isto é, aquela que se encontrava em conformidade a um padrão social de comportamento adequado ao machismo e ao cis-heteropatriarcado, representado, de forma simples, pela fórmula "bela (branca), recatada e do lar". Então, se o direito penal é para neutralizar os desviantes, porque proteger as desviantes? O que resta, claro, é "o que a lei buscava salvaguardar não era nem mesmo a dignidade sexual daquelas concebidas como honestas, mas sim os costumes – da sociedade patriarcal" (DAVIS, 2018, p. 9).

3. QUANDO O COMÉRCIO SEXUAL É PRATICADO COMO MEIO OU FIM

O comércio sexual está presente em diferentes segmentos da sociedade e, para além de ser uma prática que visa seu sustento próprio ou de sua família, não necessariamente a prostituição é um fim, ela pode ser o meio pelo qual se pretende chegar a um objetivo.

O "*book* rosa", assim conhecido no mundo da moda, é destinado às modelos que aceitam fazer programas sexuais. Com o sucesso da novela "Verdades Secretas", exibida pela rede Globo em 2015, o tema ganhou mais destaque e foi objeto de diversas matérias nos sites como Terra, Diário Gaúcho e Revista Glamour. As entrevistadas afirmavam que é comum no mundo da moda, e revela como a prostituição é dinâmica. As modelos que aceitam fazer o "*book* rosa" não querem ser prostitutas, o sexo por dinheiro não é um fim, mas está presente no ambiente *fashion* da moda. A finalidade é ser uma modelo com destaque, o "*book* rosa" é uma simples oportunidade de trabalho (DAUROIZ, 2015; LACERDA, 2015; BAZILIO,2015).

Ainda nessa linha, a prática de sexo por dinheiro é realizada em diferentes segmentos sociais. Para corroborar com essa afirmação, citamos o estudo da Swansea University que analisou 6.750 estudantes do Reino Unido:

> [...] Segundo o *Independent,* 22% dos alunos já ponderou trabalhar nesta indústria, um em cada vinte já trabalhou enquanto estava a tirar o curso e são mais os homens a recorrerem a este tipo de trabalho do que as mulheres. Destes, 39% disse ter recorrido à indústria do sexo para diminuir as dívidas até ao fim do curso, enquanto que 64% disse que o fazia para sustentar um estilo de vida. Dos inquiridos, 56% referiu ainda fazê-lo para pagar despesas básicas e 59% dos estudantes disse gostar de fazer este tipo de trabalho (SAGAR, 2015).

A pesquisa acima destacada deixa claro que o meretrício está presente na sociedade e, em algumas situações, é utilizado como renda extra ou como um trabalho temporário. Cabe destacar que no Reino Unido a prostituição é legalizada, mas, assim como no Brasil, "manter bordéis, solicitar serviços sexuais publicamente, aliciamento de pessoas para a prostituição, proxenetismo etc. – são tidos como crimes" (MELLO, 2013).

Ainda com destaque para o estudo realizado no Reino Unido, alguns dos entrevistados afirmaram que não se sentiram protegidos realizando este tipo de trabalho e outros afirmaram que mantém a ocupação em segredo em razão do estigma social, além disso, afirmaram que familiares e amigos não sabiam da ocupação.

Com isso, se pretende demonstrar que há uma prostituição "escolhida como ocupação", como profissão, e há uma prostituição fruto de exploração e violência explícita, mas, bem diferente destas duas, há uma decorrente da marginalização social e econômica.

Na última situação descrita acima, temos mulheres que entendem todos os efeitos negativos de serem "mulheres em situação de prostituição", mas que para prover seu sustento e de sua família, ainda que um sustento imediato para suprir uma necessidade básica, como se alimentar, não encontram ou vislumbram uma alternativa de efeitos rápidos para supri-las.

4. SOBRE OS CONTORNOS JURÍDICOS-PENAIS À PROSTITUIÇÃO

Passa-se à análise dos tipos penais envolvidos na atividade de prostituição e de que maneiras o Direito Penal impõe limites à prática.

Diferentemente do que ocorre com a "mulher em situação de prostituição" e na voluntária, em que a pessoa decide ingressar no trabalho sexual, o tráfico de seres humanos envolve além da exploração da vítima, o engano da mesma para que o aliciador obtenha sua aquiescência. Ressalte-se que essa prática em geral envolve grandes redes criminosas de proporções internacionais.[3]

A fim de coibir essa prática, dispõe a alínea —b do artigo 3º do Protocolo de Palermo:

> b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

A presença do uso da coação ou do engano da pessoa é essencial para a caracterização do tráfico de pessoas, bem como a apropriação da liberdade da pessoa traficada e a finalidade de exploração sexual. Todavia, temos países onde a prostituição é regulamentada, por essa razão, a alínea —b do citado artigo 3º do Protocolo de Palermo prevê que mesmo o consentimento da vítima de tráfico será considerado irrelevante se utilizado algum dos meios de engano ou coação descritos na alínea —a.

O artigo acima destacado é de extrema importância, pois se a pessoa é traficada para um país, no qual se prostituir não é crime e contam com leis que regulamentam a prática, ainda assim o consentimento estaria viciado pelo tráfico, pela exploração.

O Código Penal Brasileiro no capítulo V, intitulado "Do Lenocínio E Do Tráfico De Pessoas Para Fim De Prostituição Ou Outra Forma De Exploração", nos artigos 231, 231-A e 232, que tratavam do tráfico internacional e interno para fins de exploração sexual, foram revogados pela Lei 13.334/2016. A Lei trata de forma mais específica o assunto e apresenta princípios e diretrizes a serem alcançadas.

O ordenamento jurídico Penal Brasileiro admite a prostituição, mas pune os crimes de rufianismo e lenocínio. Vejamos, *in verbis:*

[3] Para corroborar com a tese apresentada, foram feitas buscas por processos, mas em pesquisa na Central de Combate a Associação Criminosa (CCAC) não foi possível ter acesso aos processos em razão de sigilo.

> Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos. Pena - reclusão, de dois a cinco anos.
> Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Na parte especial, com o conteúdo destinado a tratar dos "crimes contra os costumes"[4], mais precisamente no art. 213, que tipifica o crime de estupro. Foi retirada a diferenciação da pena para estupros cometidos contra as mulheres consideradas "honestas" e as prostitutas. Essa distinção feita pelos códigos anteriores foi duramente criticada por doutrinadores da época, tal como colocou Edgard Noronha: "A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime" (NORONHA, 1995, p. 105, *apud* MONTENEGRO, 2015, p. 48).

Os incansáveis debates realizados quanto à dignidade da pessoa humana ser condição do indivíduo superaram quaisquer barreiras de condutas, atos, classe social, sexo, raça dentre as distinções que possam ser estabelecidas. Com isso, o Código Penal se propôs a tutelar a dignidade sexual em detrimento dos estigmas sociais. No entanto, a dignidade sexual é utilizada para impedir a regulamentação da prostituição.

A prostituição não é criminalizada. Em verdade, a prostituição é considerada uma ocupação e pode haver o recolhimento de contribuição para o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS. A contribuição pode ser feita como autônomo, no importante de 20% dos rendimentos ou de 11% sobre o salário mínimo. Todavia, manter um estabelecimento, ainda que a proprietária seja uma prostituta, com fins de comércio sexual, conforme a Lei Penal vigente, constitui crime previsto no art. 229, do Código Penal. A despeito da intenção de desestímulo à prática com essa peculiar criminalização, esse tipo penal não parece ter promovido maiores impactos preventivos, como a própria realidade fática demonstra.

5. OS PROJETOS DE LEIS 98/2003 E 2169/2003

O debate quanto a regulamentação ou não da prostituição é um tema ainda em voga no Congresso Brasileiro. Alguns projetos foram apresentados, dentre eles destacamos o Projeto de Lei nº 98/2003, apresentando pelo então Deputado Federal, Fernando Gabeira. O Projeto de Lei (PL) teve como inspiração a Legislação Alemã. Em suma, o projeto dispunha sobre a exigibilidade de pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual, bem com a supressão dos artigos 228, 229 e 231 do

[4] Quando o Código Penal fala em crimes contra os costumes fica evidente que criminalizará os atos que, dentro do imaginário coletivo, em sua maioria, compreende como imoral e, portanto, impróprio para a sociedade. O que se pretende com essa pequena reflexão é demonstrar que imoral é diferente de ilícito. E numa reflexão mais profunda, o imoral é espelho da moral, mas essa moral nem sempre é compartilhada por todos que vivem em sociedade.

Código Penal. Assim, as condutas de favorecimento da prostituição e casa de prostituição deixariam de ser criminalizadas.

A tese apresentada por Gabeira, era a afirmação de que o primeiro passo para retirar a prostituição da marginalidade seria admitir que os trabalhadores sexuais possuem direito ao pagamento pelos serviços sexuais prestados, haja vista que há, entre a prostituta e o indivíduo que usufruiu dos seus serviços, um contrato e ela tem o direito ao pagamento, porque entre eles aconteceu uma relação contratual prevista no Código Civil.

Para atingir tal objetivo, era consequência necessária a revogação dos tipos penais que jamais criminalizaram o ato de se prostituir, mas criminalizavam as práticas adjacentes.

O ex-parlamentar afirmava que a prostituição existe porque a própria sociedade a mantém, apesar de todo o estigma social. Em suas palavras, ressaltou a hipocrisia, seja ela legislativa ou social, que sempre circundou a questão da prostituição.

O PL, ao tempo de sua tramitação, foi encaminhado inicialmente à Comissão de Constituição e Justiça. O relator foi o ex-deputado Chico Alencar, que manifestou entendimento alinhado com os argumentos apresentados no PL 98/2003. Em seu parecer apresentou argumentos como constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa e votou pela aprovação do PL, tendo em vista os diversos benefícios sociais e trabalhistas que a regulamentação iria proporcionar aos trabalhadores do sexo. Assim, destacamos abaixo trecho do seu voto: "Possibilitando-se a atuação lícita, não mais haverá razão para que a atividade se submeta às regras do submundo criminoso. Com isso, será mais fácil, por exemplo, impedir o envolvimento de crianças e adolescentes na prostituição" (ALENCAR, 2003).

Em contrapartida ao PL acima destacado, foi apresentado pelo Deputado Elimar Máximo Damasceno, sob o nº 2169/2003, com o objetivo de criminalizar as condutas de "pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual" (*caput*), ou ainda "aceitar a oferta de prestação de serviço sexual, sabendo que o serviço está sujeito a remuneração" (parágrafo único) (DAMASCENO, 2003).

Em síntese, o objetivo do PL 2.169/2003, era reprimir amplamente a prostituição, criminalizando-se tanto a conduta do trabalhador sexual, que exige pagamento pelos seus serviços, relação contratual, que em uma visão jurídica está dentro da legalidade e das liberdades individuais, e criminalizar o cliente que utiliza os serviços sexuais. A argumentação apresentada pelo parlamentar era sobre a integridade sexual da pessoa humana, que é indisponível. O idealizador do projeto afirma que a integridade sexual era um bem jurídico sacrificado pela prostituição[5].

O segundo projeto foi apensado ao primeiro, juntos tramitaram até ser designado

[5] Cabe uma reflexão sobre o quanto a sexualidade de uma mulher é reprimida e muitas vezes é controlada. Se um indivíduo resolver fazer sexo com diversas pessoas, mas não sendo mediante remuneração haverá uma reprovação social da sua conduta, mas a sua integridade sexual não será questionada, esta ficaria dentro de suas liberdades individuais. Porém a comercialização do sexo pode ser tolerada, mas não pode ser regulamentada.

novo relator, Aloysio Nunes Ferreira, que votou pela rejeição do PL nº 2169/2003 e pela aprovação do PL nº 98/2003. No entendimento do Deputado, que é contrário ao entendimento construído por este trabalho[6], não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro a tipificação de contrato relativo à prostituição, pois, em seu entendimento, não há função social[7], não sendo viável o pagamento por serviços sexuais, uma vez que a prostituição constituiria em obrigação natural[8]. A argumentação ultrapassa a linha do absurdo, se revela preconceituosa e machista, *resultado consequente* da sociedade patriarcal e *falocêntrica.* A prostituição pode ser sempre tolerada, mas não regulamentada, esta deve sempre permanecer no submundo, sendo explorada e marginalizando as mulheres.

Oportuno ressaltar os demais argumentos de Aloysio Ferreira, que defendeu a impossibilidade de descriminalização das condutas de favorecimento a prostituição e o tráfico de mulheres. O projeto substitutivo do Deputado Aloysio Ferreira apenas suprime do Código Penal o artigo 229, que, de forma muito coerente, fundamentou sob o fato de haver tolerância social quanto à existência de casas de prostituição. Ressaltando também que, em si, a prática da prostituição não configura crime.

No ano de 2005, mais uma vez houve a designação de novo relator: Antônio Carlos Magalhães Neto. O Deputado manteve o mesmo entendimento do relator Deputado Aloysio Ferreira e reproduziu os mesmos argumentos quanto à exigibilidade de pagamento por serviços sexuais prestados. No tocante à revogação dos dispositivos do Código Penal, o Deputado posicionou-se contra. Seu fundamento foi a moralidade pública sexual.

Após tramitar por 4 anos, em 31 de janeiro de 2007, o projeto de lei nº 98/2003 foi arquivado em decorrência do encerramento da legislatura anterior. Entretanto, o Deputado Fernando Gabeira, requereu desarquivamento no mesmo ano, em abril. A votação do projeto ocorreu na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, mas só obteve seis votos a favor da sua aprovação. Os argumentos utilizados pelos deputados que votaram contra o projeto eram em sua maioria religiosos e moralistas, como, por exemplo, a fala do Deputado João Campos:

> Não se pode vender a córnea nem outros órgãos humanos. Aqui, se trata de disponibilizar por alguns momentos um órgão, o órgão mais sagrado e mais puro do corpo humano, exatamente o órgão sexual. É o órgão que Deus criou para perpetuar a vida.

[6] Há de se esclarecer que apoiamos a regulamentação da prostituição quando é fruto de uma escolha livre e consciente. A não regulamentação resulta na marginalização dessas mulheres que ficam sujeitas à toda violência, seja ela pelo aparato estatal ou social.

[7] Mais uma vez cabe uma reflexão quanto ao argumento apresentado, fala-se em função social, em verdade, a ausência dela, mas que função social guarda o contrato de um Youtuber em divulgar uma marca, por exemplo?

[8] Tão natural quanto uma mulher fazer sexo, é uma mulher cuidar de seus filhos, mas aceitamos o contrato de babás, admitimos que outras mulheres cuidem de filhos alheios. Assim, o argumento de naturalidade ser só para controlar o corpo feminino, para estigmatizar sua sexualidade.

O discurso do Deputado deixa claro que ainda não há uma separação entre Estado e Igreja, a moral cristã ainda está enraizada no pensamento para muito além do homem comum, chegando aos governantes. Diante desse cenário, a prostituta militante Gabriela Leite, em manifestação pública, afirmou sentir que os Deputados não considerassem as meretrizes como "cidadãs de primeiro grau".

Após diversos trâmites burocráticos na Câmara dos Deputados, o PL

98/2003 junto com o PL 2.169/2003 foram transferidos para a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público em dezembro de 2007.

Curiosamente, o Projeto de Lei nº 98/2003 do Deputado Fernando Gabeira, tramitou durante anos e atualmente encontra-se arquivado. Cabe destacar que nos últimos debates, mais precisamente em dezembro de 2010, o novo relator, Deputado João Campos, elencou quatro possibilidades a fim de resolver a questão da prostituição, seriam eles: o proibicionismo, o abolicionismo, que na opinião do parlamentar, é o que há no Brasil, haja vista que toleramos a prostituição e não proibimos, e, por fim, o regulamentarismo ou nova orientação. Dito isto, o relator reconheceu que "o regime jurídico em vigor não tem sido capaz de evitar, ou pelo menos reduzir a prostituição no Brasil" (CAMPOS, 2010).

Acrescentou que a regulamentação da "profissão"[9] seria algo *desastroso.* Nesta oportunidade, apresentou uma proposta com base no novo abolicionismo do século XXI. O neoabolicionismo inspirado na Suécia consistia na repressão do sistema[10] que sustenta a prostituição e na proteção jurídica de quem se prostitui. Com base nessa proposta seria inviável a aceitação de um contrato que teria como objeto serviços sexuais, ainda que estivessem as partes em igualdade e ser a sexualidade feminina inerente à suas liberdades. Dispor livremente do corpo, desde que isso não acarrete em prejuízos físicos ou psíquicos, não pode o Estado interferir.

O deputado João Campos votou pela rejeição do PL 98/2003 e afirmou, em suma, que a prostituição se trata de um dos males da sociedade, sendo indigna do ponto de vista do direito, da moral e da religião. Ainda votou pela aprovação do PL 2.169/2003, mantendo a criminalização à conduta de pagar ou oferecer pagamento a alguém pela prestação de serviço de natureza sexual, suprimindo-se o parágrafo único. Isto porque, no entendimento do relator, não seria exigível o pagamento pela prestação oferecida.

[9] O vocábulo "profissão" foi utilizado durante a argumentação contra a regulamentação da prostituição pelo próprio Deputado João Campos em seu voto. Não há como se afirmar se de forma consciente ou inconsciente, bem como se o Deputado, ao tempo do seu voto, entendia como profissão ou se ainda entende.

[10] Ao utilizar a palavra "sistema" podemos trazer a ideia que a prostituição é algo forçado, mas, conforme foi verificado na pesquisa, algumas prostitutas decidiram se prostituir mesmo tendo outro trabalho que as sustentassem. A prostituição não pode ser encarada como algo uniforme, há diversas formas de prostituição e o caminho mais longo que resolverá qualquer problema de exploração sexual, ou não, tem que ser feito pelo poder público com educação e saúde.

6. OS PROJETOS DE LEIS 4.244/2004 E 4211/2012

O deputado Eduardo Valverde em outubro de 2004 apresentou o PL 4.244/2004. O objetivo do PL era regulamentar a profissão de trabalhadores do sexo atrelado a isso estava, de forma muito coerente, a concessão de direitos, que se entedia necessário, em razão do exercício da prostituição, acesso à saúde (artigo 4º), previsão de obrigatoriedade de registro profissional e inscrição no Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) (artigo 5º), e a definição dos possíveis regimes de trabalho (artigos 3º e 7º).

O projeto que passa a ser analisado nesse tópico é considerado pelo presente trabalho como o projeto que melhor se adequa a situação do trabalhador sexual. De forma técnica analisa a condição de trabalho, os riscos da ocupação e oferece uma solução legislativa a fim de coibir a exploração e proteger o cidadão. O PL no art. 1º apresenta o conceito trabalhador da sexualidade. *In verbis:*

> Art. 1º [...] toda pessoa adulta que com habitualidade e de forma livre, submete o próprio corpo para o sexo com terceiros, mediante remuneração previamente ajustada, podendo ou não laborar em favor de outrem.

No art. 2º apresenta um rol exemplificativo do trabalhador sexual. O Projeto de Lei demonstra estudo e a máxima percepção da real situação do trabalhador sexual e trouxe também amparo para atores pornográficos. Feito um comparativo com o pioneiro projeto do Deputado Fernando Gabeira 98/2003 resta clara a complexidade do Projeto de Lei 4.244/2004, pois prevê as diretrizes da regulação do trabalho de todos os profissionais que, de forma direta ou indireta, serão afetados, além de direitos e garantias sociais, os quais, constitucionalmente, fazem jus a todos os cidadãos brasileiros.

Segundo o Deputado Eduardo Valverde, o PL 4.244/2004 se justifica porque:

> Assumindo a premissa de que milhares de pessoas exercem a prostituição no Brasil, proponho este projeto com intuito de regulamentar a atividade, estabelecer e garantir os direitos destes trabalhadores, inclusive os previdenciários. Fica estabelecido ainda o acesso gratuito aos programas e ações de saúde pública preventiva de combate às doenças sexualmente transmissíveis, bem como à informação sobre medidas preventivas para evitá-las.

Entretanto, um ano após à apresentação do PL, o que representou uma derrota não só para os direitos sociais, mas também para a busca de proteção Estatal para os marginalizados, o projeto foi retirado de tramitação a requerimento do Deputado Eduardo Valverde. As razões do requerimento foram a "repercussão social negativa" que o projeto causou (MOTA 2008, p. 118). Mais uma vez o moralismo religioso, alinhado ao estigma social, foi responsável pelo insucesso dos projetos, ainda que

o artigo 19, I da Constituição Federal estabeleça a laicidade da República Federativa do Brasil[11].

Oportuno destacar que dentre os argumentos apresentados para a não regulamentação, estavam a impossibilidade de se receber pagamento pelo ato sexual, argumentos estes baseados em critérios religiosos, e a ausência de função social do contrato de prestação de serviços sexuais. No tocante aos preceitos religiosos invocados pelos parlamentares acima já destacados, deixam claro que no Brasil ainda há uma confusão entre público e privado, particular e coletivo. Este fato fica evidente quando um parlamentar utiliza argumentos religiosos de cunho pessoal para manter a marginalização de uma parcela específica da sociedade. Nega-se direitos sociais e a existência, retira a dignidade de um administrado do Estado por valores extremamente pessoais e íntimos.

Um princípio deve ser utilizado para proteção, e no caso do "princípio da função social do contrato", este, especificamente, veio para a proteção dos contratantes, para que estejam em igualdade e, quando não tiverem, o princípio será invocado, este não retira as liberdades pessoais, mas deve sempre garantir o equilíbrio. E como é de conhecimento de todos, a prostituição é um fato na nossa sociedade, tolerar, ignorar e marginalizar as mulheres que tem essa ocupação não vai resolver o problema.

Com efeito, a argumentação apresentada pelos parlamentares contra a regulamentação se torna duplamente alarmante uma vez que, não é reconhecido como devido direito da meretriz o pagamento pelos serviços sexuais, mas uma mulher pode fazer o recolhimento do seu INSS como prostituta.

Desde 2002, o Estado brasileiro reconhece a "ocupação de prostituta", ano em que a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) oficializou a atividade em sua lista, item 5198, permitindo assim que profissionais do sexo, possam recolher contribuições previdenciárias.

Dito isto, resta evidente que a sociedade brasileira é capaz de sustentar essa situação dicotômica. E para uma melhor compreensão utilizamos as palavras da Isabela Rissio:

> Reivindicações dos movimentos organizados de trabalhadores do sexo, como a retirada da atividade de caftinas e cáftens do conjunto de condutas criminalizadas em nosso país, quando aventadas, são duramente criticadas e obstinadamente rejeitadas. A vontade política dos maiores afetados pelos tipos penais atacados é prontamente desconsiderada, em nome de uma dita —moralidade pública sexual– que na prática não se verifica. Já proposição de garantia de direitos sociais a cidadãs e cidadãos brasileiros que escolheram fazer da prestação de serviços sexu-

[11] Ao final desse parágrafo restou uma reflexão sobre a laicidade prevista no artigo 19 e o fato do preâmbulo da Magna Carta que, ainda que este não tenha força normativa, é a clara representação dos valores sociais que estão pautados em fundamentos religiosos. Este fato fica mais evidente ao observar que até as cédulas de dinheiro foram influenciadas, apresentando a frase "Deus seja louvado".

> ais seu ofício causa repercussão social negativa – ainda que esta mesma sociedade consuma avidamente o produto oferecido pelos trabalhadores sexuais. (RISSIO, 2011, p.38)

Por fim, citamos o PL do ex-deputado Jean Willians, nº 4211/2012, batizado com o nome da prostituta Grabriela Leite[12]. No rol de Projetos que tentaram a regulamentação da prostituição, o PL encontra-se arquivado, após ser rejeitado pelo relator Pastor Eurico sob o argumento que a regulamentação aumentaria os índices de exploração sexual de mulheres, homens e também de crianças. Mas, conforme já debatido em momento oportuno pelo presente trabalho, a prostituição existe, tem várias características, vários tipos, está em diferentes segmentos da sociedade e é, acima de tudo, tolerada e consumida pela sociedade.

A profissão do sexo é legal, possuiu tutela pelo Direito Previdenciário, ainda que seja ilícita a relação de emprego ou estabelecer casas de prostituição. Diante desse cenário, o Brasil tolera a prostituição, só que, ao analisar as leis no entorno da prostituição, podemos perceber que, de forma velada, a prostituição, de certa forma, é regulamentada, havendo algumas lacunas provenientes do estigma social. Nessa perspectiva, o PL 4211/2012 buscava modificar o tratamento legislativo do comércio sexual e não regulamentar. O PL, silenciado e arquivado, trazia como principais propostas: a legalização plena do serviço sexual, possibilitando a responsabilidade civil do inadimplente (§ 1º do art. 1º do PL); possibilidade de intuição de cooperativas e casas de serviço sexual desde que não ocorra a exploração, ou seja, que um terceiro lucre com o serviço alheio (Art. 3º do PL); e aposentadoria especial (Art. 5º do PL).

Todavia, o estigma social silenciou e arquivou o projeto deixando muitas mulheres na marginalização. Em entrevista concedida a UOL, Gabriela Leite disse: “Ser prostituta não é crime; ter casa de prostituição é crime. Isso cria um problema sério, porque a prostituta, que não está na criminalidade, tem que conviver com quem está e viver na marginalidade.” (LEITE, 2012).

CONCLUSÃO

Em que pese qualquer argumentação no sentido de que a regulamentação faria aumentar a violência ou a exploração sexual, o presente trabalho não pode e não fará um exercício de futurologia e “adivinha”. De fato, não há como prever se ocorrerá consequências negativas, mas o que se pode afirmar é que o Estado Brasileiro não pode mais tolerar a ausência de regulamentação de uma ocupação habitual. O comércio sexual está presente na sociedade, é tolerado por ela e explorado em suas diversas formas. Quando falamos em “mulher em situação de prostituição” o que se quer denunciar é o fato de a prostituição ser o único caminho, ser a única opção, ser fruto da marginalização social e econômica, e, por essa razão, é uma ofensa à dignidade sexual.

Todavia, há mulheres que fazem do comércio sexual um fim ou um meio e pos-

[12] Gabriela Leite escreveu dois livros, fundadora da Daspu, loja de grife que reverte os lucros para ações afirmativas para prostitutas. Gabriela morreu em 2013 vítima de câncer.

suem condições socioeconômicas que as possibilitam fazer uma escolha livre e consciente, exercendo suas liberdades.

Fazer sexo está dentro da seara das liberdades pessoais, na qual o Estado não deve interferir. Entretanto, havendo uma situação em que o sexo passa a ser uma mercadoria amplamente comercializada na sociedade, o Estado tem o dever de regular e, acima disso, proteger os que dessa ocupação sobrevivem. Pois, a ausência de regulamentação deixa as meretrizes em posição de máxima vulnerabilidade, como as prostitutas que atuavam na boate "Quatro por Quatro" que pegou fogo em outubro de 2019[13], ou seja, toleramos e usufruímos da prostituição, mas, por uma escolha legislativa e social, não regulamentamos. Objetivamos um indivíduo dotado de personalidade para que permaneça nas noites e nos becos ou, até mesmo, nas salas comerciais dos prédios nas grandes cidades, como o Rio de Janeiro, a fim de que não possam incomodar a estrutura patriarcal da sociedade.

Os Projetos de Leis apresentados no decorrer do artigo trazem propostas diferentes para a regulamentação. O PL 4.244/2004, retirado de pauta em razão da "repercussão social negativa", atendia de forma mais ampla às necessidades dos trabalhadores sexuais e visava inibir a exploração. O motivo pelo qual o projeto é retirado demonstra de forma clara que a dignidade sexual é utilizada para controlar a sexualidade e impedir a regulamentação, por valores morais e religiosos não compartilhados por toda sociedade.

A exploração sexual é o que o Estado busca coibir e o PL do ex-deputado Eduardo Valverde, com um projeto complexo, de forma a atender às necessidades dos trabalhadores de modo a retirá-los da clandestinidade e da exploração. O art. 7º do projeto possibilitava a cooperação dos trabalhadores. Na mesma linha estava o projeto apresentado pelo ex-deputado Jean Willians. Apresentava mudanças significativas para proteção e inibição da exploração. Mas ambos foram silenciados e arquivados. Assim, as prostitutas permanecem na marginalização, suscetíveis às mazelas do estigma social refletido nas leis.

A opção do legislador em não regulamentar não enfraqueceu o comércio sexual, ele é forte e pode ser encontrado em salas comerciais no centro do Rio de Janeiros e/ou sites especializados no comércio sexual, assim como nas ruas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, G. O.; RODRIGUES, M. T. *Prostitutas cidadãs:* movimentos sociais e políticas de saúde na área de HIV/Aids. Ser Social, n. 8, p. 187-208, 14 ago. 2009.

BAZILIO, Cristiane. *Veja as histórias de três gaúchas que, como Angel, aceitaram fazer o book rosa.* Diário Gaúcho. 11 jul. 2015. Disponível em: http://diariogaucho.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2015/07/veja-ashistorias-de-tres-gauchas-que-

[13] "Quatro por Quatro" é uma famosa casa de prostituição localizada no Centro da Cidade do Rio de Janeiro. Quando o incêndio aconteceu, o noticiário apresentou manchetes como: "Spa dos homens" e "Casa de Saliência". Utilização de eufemismo para que não houvesse o questionamento da prostituição.

-como-angel-aceitaram-fazer-o-book-rosa- 4799700.html. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária PL 4.211/2012. Regulamenta a atividade de profissionais do sexo. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899. Acesso em 14 de setembro de 2019.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária PL 4.244/2004. Regulamenta a atividade de profissionais do sexo. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei ordinária PL 98/2003. Regulamenta a atividade de profissionais do sexo. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266197. Acesso em 14 de fevereiro de 2020.

BRASÍLIA. DECRETO n.º 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm. Acesso em 13 de julho de 2020.

CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES. Ministério do Trabalho. Disponível em: http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/ResultadoFamiliaDescricao.jsf. Acesso em: 20 out. 2019.

DAUROIZ, Alline. *Eu faço book rosa:* "estava feliz por ter feito algo com prazer, mas a sensação de ser um objeto é horrível". Revista Glamour. 31 jul. 2015. Disponível em: https://revistaglamour.globo.com/Na-Real/noticia/2015/07/eu-faco-book-rosa-estava-feliz-por-ter-feito-algo-com-prazer-mas-sensacao-de-ser-um-objeto-e-horrivel.html. Acesso em: 19 nov. 2019.

DAVIS, Renata. *Virgem, Honesta, Adúltera, Prostituta:* Quando O Direito Penal Classifica Mulheres. Rio de Janeiro, 2018.

DIP, Andreia. Pública. *Agência de jornalismo investigativo.* São Paulo. 25 set. 2018. Disponível em: https://apublica.org/2018/09/regulamentar-a-prostituicao-e-o-melhor-caminho-para-as-mulheres. Acesso em: 15 mai. 2019.

FARIA, Márcio Gustavo Senra, A prostituição no Brasil no século XXI: Razões para sua regulamentação. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Orientador: Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmento. 2013.

[2] Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Refugiados em Números. 3ª ed. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados-apenas-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf/view>. Acesso em: 02.03.2019.

GOES, Ancelmo. *Famosa casa de saliência do Rio está em chamas.* O Globo, Rio de Janeiro. 18 out. 2019. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/incendio-famosa-casa-desaliencia-do-rio-esta-em-chamas.html. Acesso em: 19 nov. 2019.

LACERDA, Aline. *"Ofereceram R$ 12 mil por noite", diz modelo sobre book rosa.* Terra. 25 jun. 2015. Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/moda/book-rosa-modelo-conta-que-ofereceram-r12-mil-por-noite-com-ela,80d7a872328bcb472bdc2b06da8cca292u5gRCRD.html. Acesso em: 08 jul. 2020.

LEITE, Gabriela. *Entrevista de Gabriela Leite ao Programa Roda Viva.* TV Cultura, 01 jun. 2009. Entrevista a Heródoto Barbeiro, Kátia Mello, Carla Gullo, Sérgio Torres, Margareth Rago e Carmen Amorim. Disponível em: http://www.rodaviva.fapesp.br/materia_busca/723/gabriela%20leite/entrevistados/gabriela_leite_2009.htm. Acesso em: 17 set. 2019.

LEITE, Gabriela. *Eu, mulher da vida.* Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1992.

MARGOTTI, Alessandra. O bem jurídico penalmente tutelado pelos crimes contra a dignidade sexual. In: Limites ao Poder Punitivo: Diálogos na Ciência Penal Contemporânea. Luís Augusto Sanzo Brodt e Flávia Siqueira (org). 2016. P. 311-337.

MELLO, Lucius de. *Eny e o Grande Bordel Brasileiro.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

MONTENEGRO, Marília. *Da mulher honesta à lei com nome de mulher:* o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. Videre. Dourados/MS, nº 03, p. 137-159, 2010.

MOTA, Karine Alves Gonçalves. E*stado como Agente Regulador da Atividade Econômica: Prostituição.* 2008. 118 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília/SP.

RISSO, Isabela. *A prostituição no Brasil:* trabalho, silêncio e marginalização. 2011. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, Curitiba. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31569/1534%20ISABELA%20PESCE%20STOROLLI%20RISSIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 fev. 2020

SAGAR, Tracey. *Estudantes recorrem à indústria do sexo para pagar despesas básicas.* Sapo. 27 mar. 2015. Disponível em: https://sol.sapo.pt/noticia/127983. Acesso em: 08 fev. 2019.

AS *FAKE NEWS* E AS SUAS REPERCUSSÕES NA AMBIÊNCIA DA INTERNET: OS IMPACTOS NEFASTOS NAS ELEIÇÕES

FAKE NEWS AND THEIR REPERCUSSIONS IN THE INTERNET ENVIRONMENT: THE NEFAST IMPACTS ON ELECTIONS

Alicia Alves Correia dos Santos*
João Victor de Castro Chaves**
Kerolly Keicy de Albuquerque Nascimento***
Rafael Silva dos Santos****
Ylanna Maria da Silva Cavalcante*****

Resumo: O presente artigo visa aprofundar no que diz respeito aos impactos nefastos nas eleições causados pela disseminação de *fake news* na *internet*, tomando como base o Direito Eleitoral e Penal. Para isso, convida-se o leitor a fazer uma reflexão e análise dos impactos das *fake news* no âmbito eleitoral e suas implicações diretamente na tomada de decisões dos cidadãos durante o período eleitoral. No decorrer deste artigo, será de fácil acesso identificar uma discussão acerca de dois princípios positivados na Constituição Federal, o princípio democrático e o da liberdade de expressão, assim como a ausência de legislação específica que regule crimes virtuais na ambiência política. Este artigo foi construído com base em pesquisas bibliográficas atinentes ao tema além de diversos exemplos na prática do campo eleitoral.

Palavras-chave: *Fake News*. Eleições. Política. *Internet*.

Abstract: *This article aims to deepen with regard to the harmful impacts in the reviews caused by the spread of false news on the internet, using as a basis the Electoral and Criminal Law. To this end, it asks the reader to reflect and analyze the impacts of false news in the electoral sphere and its implications directly in making policy decisions during the electoral period. Throughout this article, it will be easy to access a discussion of two positive principles in the Federal Constitution, the democratic principle and freedom of expression, as well as the absence of specific legislation that regulates crimes that commit crimes of a political nature. This article was built based on bibliographic research related to the theme, as well as several samples in the practice of the electoral field.*

Keywords: *Fake News. Elections. Politics. Internet.*

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT, Maceió. Email: aacs15@outlook.com
** Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT, Maceió. Email: joaovictorcc@hotmail.com
*** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT, Maceió. Email: Kerolly_albuquerque@hotmail.com
**** Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – UNIT, Maceió. Email: Rafael.contato16@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Consoante ao dicionário de Cambridge (2020), o termo "*fake news*" designa histórias falsas que possuem caráter jornalístico e são propagadas pela *internet* ou por outros meios e, em sua maioria, são criadas para influenciar posições políticas ou com intuito de se tornarem vexatórias. Apesar de ter aparência de um termo contemporâneo, as *fake news*, que em tradução literal para o português, significa "notícias falsas", são mais antigas do que se pode presumir; o dicionário americano *Merriam-Webster* (2020), juntamente com alguns estudiosos, produziu uma matéria chamada "A verdadeira história da *fake news*" e dentre algumas descobertas, se constatou que o termo surgiu por volta do fim do século XIX, tendo aproximadamente 125 anos de existência.

Sabe-se que a disseminação de notícias falsas perpassa diversas gerações, entretanto, o que difere são os meios em que a notícia é veiculada e compartilhada. Em tempos pretéritos, o meio de propagação se dava por meios de comunicação como jornais impressos e, principalmente, pelas pessoas que disseminavam as notícias que ouviam de terceiros (umas para as outras). Contudo, com o surgimento da *internet*, tornou-se fácil e rápida a forma de difundir essas notícias, e, ao invés de esperar um terceiro chegar com a notícia a você, chegava-se em questão de segundos mediante o ciberespaço. No que tange a esfera eleitoral e política, essas propagações acabam influenciando nas eleições de um país, estado ou município. Correntemente, essas notícias acabam expondo uma história política de repercussão para que seja vista como prejudicial a uma agência, entidade ou pessoa, trazendo grande impacto social até que seja provada a sua não veracidade em meio à repercussão.

O artigo recorre à pesquisa bibliográfica efetuada com o intuito de buscar informações fundamentadas, em livros, artigos e trabalhos acadêmicos de tese, Constituição Federal, Código Eleitoral e monografias que serão referenciadas no decorrer do trabalho.

Tais pesquisas foram realizadas em sua maioria por meio da *internet*, destaca-se ainda a pouca literatura disponível sobre *fake news* no direito brasileiro. A abordagem utilizada foi à qualitativa, pois a intenção é explicar a influência negativa das *fakes news* nas eleições. De acordo com Gerhardt e Silveira (2009) a pesquisa qualitativa preocupa-se com "aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais". Deste modo, vale ressaltar que foram analisados casos referentes às eleições presidenciais brasileiras e estrangeiras, em diversos aspectos sociais de maneira a mostrar que a difusão de informações sem embasamento pode afetar diferentes áreas, em especial no âmbito eleitoral, objeto do artigo em questão.

Em suma, o presente artigo objetiva discorrer no que pertine aos impactos nefastos causados nas eleições pela disseminação das *fake news* por meio da *internet*, além de contribuir na construção de uma consciência social no que se refere à checagem de informações antes do seu compartilhamento, a fim de que se adote uma cultura de verificação alicerçada na responsabilidade de difusão de notícias que influenciarão no curso do processo eleitoral — considerando-se que as *fake news* influenciam significativamente os cidadãos em suas escolhas nos diversos segmentos

sociais.

2. *FAKE NEWS:* BREVE HISTÓRICO E CONCEITO

As *fake news* são divulgações de notícias falsas que ganharam evidência no mundo contemporâneo pela facilidade de sua difusão. É pertinente trazer à baila os seguintes exemplos de divulgação de notícias falsas pretéritas: o episódio da rádio Columbia Broadcasting System (CBS), que em 1938, transmitiu uma falsa invasão alienígena para seus ouvintes, trazendo pânico para aqueles que escutaram; ou de jornais impressos que traziam notícias falsas para aumentar o número de leitores interessados, mediante notícias sensacionalistas – chamada de impressa marrom no Brasil, expressão utilizada para se referir a jornais que para alavancar seu público divulgavam notícias escandalosas, com teor exacerbado, sem nenhum compromisso com a realidade dos fatos.

É fácil flagrar que as *fake news* existem há bastante tempo, como por exemplo, as notícias para entretenimento, como também as notícias falsas de morte de alguém. Provavelmente, alguns jornais eram desprovidos de motivação, sendo sua intenção precípua a ser os primeiros a noticiar um fato ou um evento, tendo por via de consequência a divulgação de notícias inverossímeis. Outros, no entanto, claramente tinham a intenção de prejudicar o bem-estar social; essas *fake news* anteriores à *internet* foram engendradas conforme a época.

Na era digital com o advento da *internet* o acesso se democratizou tornando-se globalizado, havendo informações de todo o mundo, e de modo quase instantâneo. Porém, com essa globalização também surgiu com mais facilidade a criação de sites que propagam *fake news*, apenas para diversão como é o exemplo do *site* Sensacionalista – *site* brasileiro de sátiras de notícias. No entanto, muitos outros *sites* são desenvolvidos para a propagação de *fake news* com o intuito de enganar e levar as pessoas a pensar que algo falso é verossímil. Muitos desses *sites* alegam que estão veiculando notícias que a grande mídia não tem coragem de transmitir. Mas, na verdade, são teorias da conspiração e verdadeiras mentiras forjadas para induzir as pessoas ao erro. Em princípio, muitos fazem isso por considerarem a *internet* um local desregulamentado e que não há punição, fazendo assim impulsionar a criação de *fake news* com o intuito de ludibriar e prejudicar as pessoas.

A despeito de que o termo *fake news* (ou notícia falsa, em português) tem uso recente, o surgimento da propagação de notícias com conteúdo falso advém de séculos passados, não possuindo uma data oficial para sua proveniência. O termo ganhou caráter de conhecimento mundial no ano de 2016, mediante a corrida para a presidência dos Estados Unidos da América, em que foram compartilhadas intensamente pelos eleitores do candidato Donald Trump, notícias falsas a respeito da candidata Hillary Clinton.

As *fake news* sempre estiveram presentes ao longo da história, porém, o que mudou ao longo do tempo foi sua nomenclatura, o meio a qual ela se propaga e a força de persuadir os receptores dessas notícias. O dicionário *Merriam-Webster*, reitera que a palavra "fake" é nova no vocabulário e até o século XIX os países ingleses usavam o termo "false news" para caracterizar a circulação das notícias falsas.

O jornal Correio Braziliense, em matéria especial, mostrou como a produção e veiculação de *fake news* é uma forma de mercado, que, em sua maioria, é alimentado por pessoas de grande influência, geralmente são políticos em campanha eleitoral que contratam equipes especializada. A matéria apresentada pelo jornal supracitado, intitulada de "*Fake News: memórias de mercenários*" expõem relatos anônimos de três produtores de *fake news*, especializados em tecnologia e marketing político e que chegam a ganhar, por candidato, R$ 500,00 (quinhentos mil reais) em períodos eleitorais, o que propicia uma grande circulação de dinheiro para fins de proliferação dessas notícias, alimentando o mercado das *fake news*.

As equipes propagadoras das notícias falsas podem ser compostas de publicitários e profissionais de marketing até aos policiais, que, por possuírem cargos dentro da polícia, acabam garantindo a segurança dos equipamentos que serão utilizados a fim de não serem descobertos.

Essas pessoas que compõem equipes de propagação das notícias acabam comprando ilegalmente *e-mails*, números e criam perfis falsos nas redes sociais para proliferar a notícia desejada. Os perfis falsos são criados com fotos e dados inventados, que começam a interagir com outros perfis com intuito de disseminar notícias e vídeos de *sites* falsos, além de incentivar os seus contatos a fazerem o mesmo, conseguindo aumentar o número de pessoas que acessam a essa notícia falsa.

3. DEMOCRACIA E O PAPEL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE ÀS *FAKE NEWS*

No âmbito democrático, acrescido da liberdade de expressão exercida por cada cidadão, as *fake news* exercem um papel constante na área política e eleitoral. A sua ascensão ocorreu em 2016, um dos exemplos foi quando ocorreu o referendo inerente a saída do Reino Unido da União Europeia que foi apelidado de "*Brexit*" (união dos termos *british* = britânico e *exit* = saída). Durante a discussão sobre o *Brexit* houve várias *fake news* com o objetivo de induzir a população a erro; entre elas a ideia de que imigrantes eram perigosos, de acordo com o seguinte entendimento de Jon Danzig, jornalista investigativo, em matéria publicada no jornal Polígrafo:

> Estas pessoas foram tratadas como se fossem sub-humanas, instrumentalizadas em nome de uma ideia: a de que a sua presença em território britânico era perigosa e que só havia uma maneira de acabar com o fenómeno: a saída da União Europeia. (ESTEVES, 2019)

Nesse seguimento, as discricionariedades dos conteúdos inverídicos muitas vezes ficam à frente do conteúdo jornalístico verossímil, é o que relata o diretor do Departamento de Comunicação Social da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio de Janeiro, Leonel Azevedo de Aguiar, em entrevista definiu as *fake news* como: "uma série de crimes disseminados pela *internet* que não podem ser confundidos com o jornalismo informativo e sua contribuição tradicional à democracia". Leonel de Azevedo defendeu o termo conhecido na área como "jornalismo de referência", que tem descrição por si só, manifestado por grande parte dos órgãos de imprensa. Complementou

em entrevista: “os fatos são sagrados, mas os comentários são livres. As notícias têm um referencial concreto, que é a realidade objetiva."

A sensação de impotência causada pelas notícias falsas atingem diretamente o eleitorado, pelo poder do voto e total liberdade para assim fazê-lo, e o Estado, por todo o caos em meio ao pleito eleitoral e impacto pós eleições, atos sendo assim, abarca em totalidade a esfera da liberdade de expressão deixando a desejar uma argumentação mais ampla, já que as divulgações feitas em massa nas redes sociais não devem ser proibidas por expressarem de forma manifesta o quesito próprio da liberdade de expressão, prevista constitucionalmente.

A liberdade de expressão frente à democracia são fatores que juntos, dão a cada pessoa o poder de opinar acerca de todo assunto e fazer com que essa opinião mútua gere um resultado maior, mas em questão, o domínio sobre o eleitoral, que em meio ao caos de uma notícia falsa gera uma premência por compartilhamentos e curtidas, fazendo com que isso supere a seriedade em que as notícias publicadas são tratadas. É válido ressaltar a necessidade da criação de mecanismos que interfiram de forma direta e atue com preponderância na esfera eleitoral para com as *fake news,* tornando livre a população para que possam verificar a veracidade de qualquer informação publicada.

Diante disso, em meio às sobreditas questões que muitos acreditam corroborar com as notícias falsas, visto que os valores vultosos recebidos e a propagação desse tipo de informação juntamente as manchetes sensacionalistas e conteúdos fictícios ensejam inúmeros acessos e conseguem envolver e criar seguidores a cada publicação com a mais profunda sensação que o impacto das *fake news* torna cada vez mais preocupante o futuro democrático, de forma nociva, proporcionando em uma ameaça a própria democracia, visto que podem deturpar os resultados eleitorais.

3.1 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após a superação da contenda contra os poderes cesaristas que oprimia o povo brasileiro, foi possível sobrepujar o histórico constitucional estribado em líderes tomados por ideais extremistas, havendo a conquista aos Direitos Fundamentais, inerentes a qualquer ser humano, que tem por objetivo assegurar os direitos básicos e limitar o poder estatal, estando esses direitos positivados na Constituição Federal do Brasil, firmada em 1988.

Destaca-se o conceito de liberdade de expressão conforme Mondaini:

> O que interessa é garantir a liberdade de desenvolvimento das pessoas, a possibilidade de expressão e da expressão de sua vontade. Porém, liberdade com expressão da pessoa não é fazer tudo que se quer, mas poder fazer tudo o que seja expressão de uma necessidade humana fundamental, tratada no nível da razão. A liberdade, sendo pessoal, é essencialmente social, tem como referência uma função social. Portanto garantir a liberdade é fazer com que o Estado seja a convergência das decisões socialmente assumidas. (MONDAINI, 2008 p.58)

Os Direitos fundamentais apesar de garantir à sociedade condições basilares de convivência e moderação no que tange ao poder posto pelo Estado aos cidadãos, não sendo absolutos, ou seja, não se sobrepõem aos direitos da personalidade que são irrenunciáveis e intransferíveis, não podendo sofrer limitação.

Com a ascensão da proteção aos indivíduos advinda da CF/88, originam-se do mesmo modo por intermédio do constitucionalismo, os direitos que asseguram a liberdade de manifestação; sendo instrumento de democracia que possibilita aos indivíduos a evolução enquanto ser racional.

No tocante ao debate com os demais cidadãos acerca de quaisquer posicionamentos que venham a ser manifestado por parte do poder público ou qualquer matéria que envolva o tecido social, isto é, o direito à liberdade de expressão com espeque no art. 5o da Constituição Federal de 1988, estando preceituado da seguinte forma:

> 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:
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL, 1988)

Apesar da existência dos direitos *suso* mencionados, há limites na exteriorização do pensamento e da liberdade de expressão, ou seja, é permitido com base constitucional que qualquer indivíduo possa expor seu posicionamento desde que este não implique em dano a outrem ou vá de encontro com outros preceitos legais na seara civil ou penal como: injúria, difamação e calúnia, assim entendida por Fernandes:

> Falar em direito de expressão ou de pensamento não é falar em direito absoluto de dizer tudo aquilo ou fazer tudo aquilo que se quer. De modo lógico-implícito a proteção constitucional não se estende à ação violenta. Nesse sentido, para a corrente majoritária de viés axiológico, a liberdade de manifestação é limitada por outros direitos e garantias fundamentais como a vida, a integridade física, a liberdade de locomoção. Assim sendo, embora haja liberdade de manifestação, essa não pode ser usada para manifestação que venham a desenvolver atividades ou práticas ilícitas. (FERNANDES, 2011, p. 279)

É mister frisar acerca da ponderação quanto a ideologia do "correto", pois não há verdade absoluta e nem direito absoluto que possa se sobrepor aos direitos individuais.

4. AS *FAKES NEWS* NO DIREITO ELEITORAL BRASILEIRO

O fenômeno das *fake news* está amplamente imbricado aos direitos e garantias fundamentais preceituados na Constituição Federal de 1988, tais como o direito à honra, à imagem, à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, visto que há uma proteção desses direitos, bem como uma consequência jurídica para uma eventual violação. Nesse sentindo, não é inoportuno destacar que o Princípio Democrático assegura aos cidadãos brasileiros a participação de forma direta ou indireta nas escolhas dos representantes de Estado, assim, garantindo a capacidade eleitoral, para exercer o sufrágio universal (art. 1.º, parágrafo único, CF).

No direito brasileiro ainda não há um diploma legal que trate especificamente acerca das *fake news,* no entanto, a violação de direito por meio dessas notícias falsas pode ensejar consequências jurídicas no Direito Civil, Penal e Eleitoral. Portanto, cabe salientar que na legislação não-eleitoral, tem-se a incidência dos tipos penais classificados pelo Código Penal de 1940 como "Crimes contra a Honra", englobando a injúria, a calúnia e a difamação, quando há, respectivamente, ofensa à honra subjetiva, atribuição falsa de crime ou, prejuízo à reputação (honra objetiva) de um sujeito, nos termos estabelecidos nos seguintes artigos do Código Penal:

> Calúnia
> Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
>
> Difamação
> Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> Injúria
> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940)

No que tange ao Direito Civil, há a ocorrência dos danos morais ou materiais pela divulgação de notícia falsa, sendo resguardado o direito de indenização à vítima, conforme o art. 186 do Código Civil:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

No que diz respeito às *fake news* na legislação eleitoral brasileira, ramo do direito de preponderância desse fato, em face dos debates políticos e da disputa eleitoral movida por grupos antagônicos. Destaca-se a difusão de propaganda eleitoral que remetam ao fenômeno das notícias falsas.

A Resolução n° 23.610 de 18 de dezembro de 2019, publicada pelo Tribunal Superior Eleitoral, dispõe acerca do tratamento das *fake news* no período eleitoral, sendo tidas como não toleradas, conforme o Art. 27, §1°, *in verbis:*

> Art. 27. É permitida a propaganda eleitoral na *internet* a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição (Lei nº 9.504/1997, art. 57- A).
> § 1º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na *internet* somente é passível de limitação quando ofender a honra ou a imagem de candidatos, partidos ou coligações, ou divulgar fatos sabidamente inverídicos. (BRASIL, 1997)

Por sua vez, a propaganda eleitoral, prevista nos arts. 36 a 41 da Lei de Eleições (Lei n° 9.504/1997), compreendida, nesse sentindo, como:

> Naquela elaborada por partidos políticos, coligações partidárias e candidatos, com a finalidade de angariar votos dos cidadãos, criando na psique dos eleitores imagem de um postulante a cargo eletivo transparente, probo, competente e empreendedor. (FONTELLA, 2012, p.399, *apud* MENDONÇA, 2019, p.307)

Dessa forma, os excessos que ocorrerem na propaganda eleitoral, como a divulgação de informações falsas, injuriosas, difamatórias, inclusive, caluniosas serão puníveis. Havendo como um instrumento didático o direito de resposta, consagrando também pela CF/88 em seu art. 5°, inciso V.

A Lei n° 9.504/1997, ao tratar da propaganda eleitoral, prevê expressamente quanto à divulgação de notícias falsas, como dispõe no art. 58, *caput*, que preceitua:

> Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social. (BRASIL, 1997)

E conforme o seguinte entendimento:

> O direito de resposta, consiste em uma ação eleitoral, que objetiva reparar o dano causado ao ofendido, mediante sua resposta no mesmo meio de comunicação, no qual o ataque fora efetuado, como rádio, televisão, *internet* ou imprensa escrita. (FREITAS; ALARCON; BARCELOS;2018, p. 249, *apud* MENDONÇA, 2019, p. 308)

Nessa perspectiva, Edson de Resende Castro (2018, p. 342) enfatiza que além de proteger um direito individual do ofendido, o direito de resposta visa garantir um direito difuso, corolário da propaganda eleitoral, que é o direito à informação escorreita acerca das propostas, ideias e perfil do candidato, numa campanha eleitoral limpa e honesta.

Assim, cabe, ainda, ao ofendido requerer em juízo eleitoral a retirada das publicações da *internet* que contenham agressões ou ataques ao candidato, inclusive das redes sociais, conforme dispõe o § 3° do Art. 57, alínea d da Lei 9.504/97, sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, admitindo, assim, restrição à liberdade de expressão quando aquelas forem veiculadas.

Por fim, salienta Castro (2018, p. 345) que para as hipóteses em que a lei não comina penalidades, subsiste o poder de polícia do Juiz Eleitoral, que na análise do caso concreto poderá determinar medidas para fazer cessar a conduta danosa.

5. A PROBLEMÁTICA DA INFLUÊNCIA DAS *FAKE NEWS* NAS ELEIÇÕES

Ante o exposto acima, as *fake news* popularmente conhecidas como notícias falsas ou informações distorcidas e difundidas por meio das redes sociais, têm caráter incisivo e de grande preponderância no meio político, refletindo diretamente em resultados de significante impacto, durabilidade e expressiva influência populacional no âmbito de um país.

Esse conjunto de informações, que enseja de modo hodierno uma guerra informativa que vivemos, especificamente em tempos de eleição, abarca uma influência de profunda responsabilidade e atua mediante os sites com índices de compartilhamento paradoxais, que propagam a cada segundo as notícias geradas de forma distorcida dentro desses ambientes virtuais. A fim de exemplificar a influência que esses sites têm no que concerne ao meio populacional é relevante apresentar um trecho da matéria que o site *El País* divulgou a respeito do julgamento do ex-presidente Lula, condenado a prisão em segunda instância por recebimento de propina, nos seguintes termos:

> No dia 24 de janeiro, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) foi julgado e condenado em segunda instância a 12 anos e 1 mês de prisão acusado de receber como propina da construtora OAS um tríplex no Guarujá, entre outros benefícios. Nesse dia, das dez notícias sobre política mais compartilhadas no Facebook, nove foram atinentes ao julgamento, segundo o Monitor do debate político no meio digital. A ferramenta, que busca mapear, mensurar e analisar o ecossistema de debate político no meio digital, identificou que uma matéria do site de notícias G1 foi a mais exitosa, com 49.000 compartilhamentos. Em segundo lugar estava uma matéria de um site que não tem nada a ver com o jornalismo profissional, Jovens Cristãos, com 36.000 compartilhamentos. No ranking, ainda apareciam outros veículos tradicionais, como Veja e UOL, mas também compartilhando o espaço com a chamada imprensa alternativa, como Notícias Brasil Online e Falando Ver-

> dades. (AVEDAÑO; BETIM, 2018)

A respeito do que foi supra apresentado, o site *El País* exemplificou que os meios de notícias mais comuns e confiáveis ainda permanecem no ápice do ranking, mas no meio e muitas vezes acima deles estão sites com uma roupagem totalmente fora da categoria aplicada, mas que, por possuir um viés ideológico de relevante influência acaba progredindo, e atuando com interferência na decisão em massa. Por esse motivo, é cada vez mais difícil distinguir o que é real do que é ficção.

Alguns especialistas buscam a elucidação em uma perspectiva balizada ao termo "polarização política", que consiste na divergência de atitudes políticas entre extremos ideológicos. Os preditos especialistas acreditam que essa prática pavimentou e ordenou um grande terreno para que os sites de repercussão e de grande poder na propagação ideológica sob a mentalidade e a influência populacional inundem as redes sociais e sejam responsáveis pelos votos mais decisivos na disputa pelo poder na ambiência política.

Neste seguimento, a palavra "guerra" é muito utilizada quando se trata do jornalismo e propagação das *fake news*, no qual tanto a imprensa adstrita a dados verídicos quanto aos sites com roupagem falsa estão extremamente engajados em exercer sua real função, disputando ambos pelo maior espaço até a obtenção da condição em que sejam descobertas as falsas notícias, mas também ao ponto em que inúmeras pessoas já as tornaram verdadeiras.

Perante o problema das notícias falsas na dimensão contemporânea dar-se também pelo meio sensacionalista, ou seja, em princípio, as notícias são moldadas para que atinjam um objetivo contrário ao que foi divulgado inicialmente, é o que apresenta o professor universitário e colunista brasileiro Pablo Ortellado em entrevista ao site *El País*:

> Se você olha para os sites maliciosos, eles praticam pouca invenção pura e simples. O grosso da atividade deles é pegar uma matéria da grande imprensa e fazer uma manchete escandalosa, pegar uma especulação e apresentar como verdade... (AVEDAÑO; BETIM, 2018)

Finalmente, considerando ao que foi apresentado pelo professor Pablo Ortellado, emerge a problemática acerca da busca de meios idôneos que nos protejam da imersão na era da pós-verdade.

É inconteste que com a evolução da sociedade e consequentemente a necessidade em se comunicar frequentemente, os meios de comunicação também passaram por mudanças para uma melhor adequação às necessidades humanas, possibilitando maior difusão nas informações; isto é, os meios de comunicação individual ultrapassam os de comunicação coletivas no que concerne a velocidade das informações tendo a *internet* como meio de comunicação mais dinâmico na escala mundial.

Com a evolução das tecnologias de informação e comunicação, houve uma maior facilidade das pessoas em acessar aos meios de comunicação individuais, o que implica diretamente no "mercado" das *fake news*, tendo a manipulação de algoritmos como ferramenta essencial na propagação de notícias falsas. Os usuários revestem-se de motivos escusos para atuarem no cenário mundial de informações, utilizando de assuntos atuais de influência midiática para disseminar falsas notícias com intuito de atrair acessos e consequentemente ganhar anúncios, o que enseja em vantagem competitiva nesse mercado.

No tocante a ambiência política, as *fake news* atuam como um dos agentes precípuos na influência no que se refere a tomada de decisão dos cidadãos durante o período eleitoral; sendo oportuno frisar que é por intermédio de mecanismos computacionais, como por exemplo, a utilização de robôs para o controle de falsos perfis e na manipulação de mensagens programadas que os criminosos atuam nas falsas mensagens alcançando com valores percentuais expressivos de apoio ou repudio em debates políticos e campanhas.

É pertinente também exemplificar o notório método utilizado para influenciar na formação de juízos e convicções acerca do processamento das informações que é o *Big Data*. Trata-se de um recurso tecnológico de cruzamento de dados que tem por finalidade a coleta dos chamados *insights* (intuições); sendo esses *insights* responsáveis pelo cotejamento de informações afins a tudo o que o eleitor pesquisa e comenta no mundo virtual, e deste modo, os políticos conseguem formular estratégias para seus debates e posicionamentos acerca daquilo que se pretende apresentar e defender, com base nos dados obtidos no predito processamento das informações perante os potenciais eleitores, ou seja, convencer o eleitorado mediante a promessa de atender aos seus anseios e buscas em um candidato, atingindo um público alvo.

Neste contexto, incide a aplicação da lei sobre aquele que age de má fé para se beneficiar e causar danos a outrem, seja no âmbito Civil, seja no Penal – desde que a informação que foi disseminada atinja aos bens jurídicos tutelados nessas duas esferas da seara do direito. É necessário salientar que, para haver qualquer reparação judicial é necessário considerar as questões casuísticas presentes no caso concreto no que tange aos ofendidos.

Ademais, há um Projeto de Lei n° 1.258/20, proposto pelo Deputado Luis Miranda (DEM), que objetiva criminalizar a divulgação de notícias falsas em períodos de calamidade pública, estado de sitio ou defesa e intervenção; a proposta pretende alterar o Código Penal para prever o novo crime, e a atribuição da pena será baseada se as *fake news* divulgadas, forem capazes de ensejar tumulto ou pânico, havendo a atribuição do dobro da pena nos casos que envolvam as empresas de *internet* ou autoridade pública.

6. AS *FAKE NEWS* NO COTIDIANO: COMO SE PREVENIR?

As *fake news* obtiveram um crescimento exponencial nos últimos anos em face da *internet*, considerando a sua ascensão como o principal meio de comunicação que, na maioria das vezes, permite uma ampla liberdade de manifestação de pensamento individual e/ou coletiva. É relevante delinear que a própria Constituição Federal

vigente garante a liberdade de expressão e o acesso à informação como um direito fundamental; no entanto, deve-se frisar o exercício desses direitos com prudência e ponderação.

Cabe destacar ainda o esforço mundial para combater essas notícias falsas, tendo em vista que o compartilhamento em massa dessas *fake news* ocorrem de maneira imensurável. Dessa forma, é imprescindível adotar uma conduta de observação e atuar prudentemente ao receber qualquer tipo de informação.

As notícias falsas, além de enganar as pessoas, comprometem as eleições e ameaçam a democracia, e não há na atualidade um mecanismo único para a sociedade se proteger. Assim, é de bom alvitre salientar que, um dos primeiros passos é checar o conteúdo em outros jornais, revistas e sites conhecidos e ilibados; pois, não havendo a difusão dessa notícia pelos diversos veículos de comunicação será um motivo suficiente para evitar o compartilhamento e a tentativa de manipulação.

Em síntese, destaca-se o trabalho realizado pelas agências de checagem de fatos, que buscam confirmar ou negar os dados divulgados nos meios de comunicação, tornando-se um importante instrumento para dar veracidade às notícias e evitar o compartilhamento de desinformação. Igualmente, a educação midiática deve ser investida pelo Poder Público desde logo, com a finalidade de incentivar o uso racional da *internet* e à leitura crítica de notícias, a fim de garantir e estimular um debate democrático e harmonioso.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, em face do que foi abordado, é notório que os avanços tecnológicos possibilitaram uma maior fluidez e rapidez no acesso à informação, tendo como corolário o surgimento das redes sociais. Esse acesso se tornou mais democrático, estimulando também o compartilhamento imediato de dados nas mídias digitais. No entanto, em virtude disso, houve uma disseminação de notícias falsas, que caracterizam uma problemática enfrentada pela população em geral e especificamente pelos eleitores, haja vista os potenciais danos que podem ser ocasionados pela ampla difusão e repercussão desse conteúdo.

Considerando-se esses aspectos, as famigeradas *fake news* –– podem ensejar reflexos diretos no processo eleitoral, levando em conta que o período para obtenção de votos pode oportunizar a divulgação e compartilhamento de questões inverídicas e distorcidas, com o fito de obtenção de vantagens, sem que os destinatários confirmem a autenticidade da fonte, na qual além de inverídicos, podem ser lesiva se forem suficientes para engendrar as mais variadas interpretações subjetivas, enquanto não houver uma verificação.

Outrossim, na era da pós-verdade, em que as informações são difundidas em uma velocidade imensurável, muitas pessoas compartilham as notícias recebidas motivadas, muitas vezes, por aspectos emocionais, ideologias e crenças pessoais. Nesse diapasão, uma notícia falsa pode ser considerada como uma força propulsora da difusão das *fake news*, podendo causar um dano expressivo devido a sua divulgação em massa, por pessoas que não checam as fontes.

Neste contexto, por sua vez, preocupa o pleno exercício da cidadania, pois as notícias falsas podem ludibriar a todos; por isso, é mister que os cidadãos estejam sempre atentos a essas notícias de cunho duvidosas. Por sua vez, a Constituição Federal veda a censura, mas defende o direito à verdade e decorre dele o direito à informação. De toda sorte, mesmo diante das hipóteses de responsabilidade conforme o ordenamento jurídico, o papel das mídias digitais e do próprio TSE é imprescindível no combate às *fake news*.

Com isso, é relevante enfatizar a importância da verificação de notícias em tempo real pelas agências de checagem de fatos, consultando-as por meio de pesquisas, dados e registros, bem como, ulteriormente efetuar a divulgação da checagem. Assim, comprovando sua veracidade ou não e contribuindo para o combate às *fake news;* e para que a imprensa cumpra com o seu papel precípuo de veracidade dos fatos, além de incentivar a conscientização e senso crítico das pessoas, melhorando assim o debate político.

Destaca-se, assim, que no ano de eleições, essas plataformas tecnológicas são extremamente imprescindíveis para a checagem das informações e propostas inerente aos candidatos. Contudo, a conscientização de eleitores e candidatos é primordial para o embasamento e a garantia de um processo eleitoral exitoso, imparcial e razoável, a fim de que sejam ajustadas, direcionadas e discutidas ideias legítimas que respeitem o Estado Democrático de Direito – baluarte de uma sociedade democrática.

Portanto, releva observar que mediante a checagem de informações que precedem ao seu compartilhamento, constituindo-se em um aculturamento social pautado na busca pela verdade dos fatos; e também com a contribuição das redes sociais sinalizando acerca da natureza falsa da notícia e posteriormente retirando-a das redes sociais, reduzindo assim o seu compartilhamento e promovendo a paridade entre os candidatos no processo eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVEDAÑO, Tom C.; BETIM, Felipe. *'Fake News': a guerra informativa que já contamina as eleições no Brasil.* EL PAÍS. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/09/politica/1518209427_170599.html. Acesso em 22 de abr. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal do Brasil de 1988;* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 de abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 de jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil.* Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Lei das Eleições.* Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019.* Brasília: Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Notícias falsas atentam contra imprensa e democracia, dizem especialistas.* Agência Senado, 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/noticias-falsas-atentam-contra-imprensa-e-democracia-dizem-especialistas. Acesso em: 22 abr. 2020.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral.* 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2018.

CAVALCANTI, Leonardo. *Fake News: Memórias de Mercenários.* Correio Braziliense, 2018. Disponível em: https://especiais.correiobraziliense.net.br/fakenews/index2.html. Acesso em: 20 abr. 2020.

ESTEVES, Fernando. *Como as fake news conduziram os britânicos à confusão do Brexit.* Polígrafo. 2019. Disponível em: https://poligrafo.sapo.pt/internacional/artigos/como-as-fake-news-conduziram-os-britanicos-ao-chumbo-do-brexit. Acesso em 07 de set. 2020

FAKE NEWS. *In Cambridge Advanced Learner's Dictionary & Thesaurus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/fake-news. Acesso em: 24 de jul. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. *Métodos de pesquisa.* Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

MENDONÇA, Naiane Souza. *O fenômeno das "fake news" no direito brasileiro: implicações no processo eleitoral.* VituaJus. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/download/20716/20716-75976-1. Acesso em: 20 abr. 2020.

MONDAINE, Marcos. *Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo*. 1ª Ed. Recife: Editora Universitária, 2008.

The Real Story of 'Fake News. In Dictionary Merriam-Webster. Springfield, Massachusetts, EUA, 2020. Disponivel em: https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news. Acesso em: 23 de maio 2020.

AS FORÇAS ARMADAS NO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS PARÂMETROS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-88: A INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERVENÇÃO MILITAR

THE ARMED FORCES IN THE BRAZILIAN LEGAL-CONSTITUTIONAL REGIME AND THE PARAMETERS OF THE 1987-88 NATIONAL CONSTITUENT ASSEMBLY: THE UNCONSTITUTIONALITY OF MILITARY INTERVENTION

Camila Rodrigues e Silva*

Resumo: O presente trabalho apresenta-se sem vertentes ideológicas tratando do regime jurídico-constitucional das Forças Armadas e os debates do tema na Constituinte alcançando documentos históricos datados de 1985 a 1988. Também delineia em aspectos práticos o período de transição do momento histórico brasileiro de um regime militar para a democracia na mesma época. A seguir, há a disposição do tema institucional das Forças Armadas no texto constitucional precisamente em seu artigo 142 e finalmente a busca da finalidade e intenção do capítulo das Forças Armadas na Constituição da República Federativa de 1988 de modo panorâmico.

Palavras-chave: Constituição Federal. Forças Armadas. Segurança. Assembleia Constituinte.

Abstract: *The present work presents itself without ideological aspects dealing with the constitutional legal regime of the Armed Forces and the debates on the theme in the Constituent, reaching historical documents dated from 1985 to 1988. It also delineates in practical aspects the transition period of the Brazilian historical moment of a military regime for democracy at the same time. Then there is the disposition of the institutional theme of the Armed Forces in the constitutional text precisely in its article 142 and finally the search for the purpose and intention of the chapter of the Armed Forces in the Constitution of the Federative Republic of 1988 in a panoramic way.*

Key-words: *Federal Constitution. Armed forces. Safety. Constituent Assembly.*

* Acadêmica do oitavo período do curso de Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil como Estado-nação passa por crises e dispõe de inúmeros problemas sociais a serem combatidos e um deles é a insegurança da população perante a Administração pública que infelizmente teve (e tem) episódios de escândalos de improbidade e corrupção por parte de ocupantes de cargos públicos, políticos principalmente. Contudo, nada disso autoriza a desordem, descumprimento ou interpretações vulgares das leis e dos institutos jurídicos.

A história constitucional do Brasil tem sido marcada por diversos momentos e sob esse ponto de vista, pela primeira vez vive sob a égide de uma Constituição positivamente tão densa em conteúdo estrutural político social. Convém salientarmos no presente trabalho a importância das Forças Armadas e da sua missão para a soberania e defesa da lei como delineado na Carta Constitucional no sentido de defesa ao poder civil constituído pela nossa Constituição de 1988, e claro, primeiramente debatido pela pregressa Assembleia Constituinte de 1987. Os estudos da história político institucional e da sistemática da atual Constituição Federal em apreço foram imprescindíveis para as considerações aprendidas e defendidas ao final do presente texto.

O atual momento político brasileiro carece de que todos os comprometidos com a justiça unam-se na defesa dos ditames constitucionais para que as massas cada vez menos deem ouvidos aos mal intencionados que plantam ideologias de ódio e discursos baseados em achismos e irresponsabilidade nas consequências que podem suceder. A Constituição Federal tem em seu bojo normas de variadas matérias e, é contemplada de direitos fundamentais e sociais como nenhuma outra fora. Ela estabelece normas explicativas, de incumbências, de garantia, dentre outros exemplos. Institui o funcionamento do Estado de Direito, fala dos papéis institucionais e confere base a princípios essenciais do ordenamento em geral.

As Forças Armadas, em especial, como instituições de Estado e permanentes são elencadas no texto constitucional em capítulo próprio partindo do artigo 142 que delineia o seu papel, mas não de modo simploriamente literal, mas sistemático e principiológico. A ciência da interpretação é imprescindível dentro do Direito como um todo e não é diferente no âmbito do Direito Constitucional, se não for este o principal neste aspecto. O liame político entre as Forças Armadas no Brasil é histórico, já que antes do poder constituinte originário da atual Constituição da República, o país viveu 21 anos de regime militar com atuação procedimental arbitrária.

O presente artigo tem como método os parâmetros de interpretação da hermenêutica constitucional, tais como o princípio da supremacia da constituição, o princípio teleológico para apurar a finalidade do legislador constituinte e o princípio da unidade da constituição. O momento de busca da intenção legislativa do art. 142 da Constituição Federal, tem como escopo tanto as causas histórico-sociais da época, quanto os debates e discursos proferidos em sede da Assembleia Constituinte de 1987-88.

Frente as premissas históricas do presente estudo, de início será feito um breve levantamento da transição do regime militar de 1964 e o ideal da democracia em

construção na época, entre os anos 1985 a 1988 e a consecutiva comunicação com a democracia vigente. Para abordar qual o papel das Forças Armadas na sociedade brasileira serão levantados os seus aspectos históricos, sociais, jurídicos e políticos. Para o auxílio da interpretação segura do artigo 142 com a literalidade e além dela, será feita uma correlação com a Constituição como um todo e, além da menção aos princípios constitucionais, serão vistos princípios concernentes ao Direito Militar, tais como o princípio da hierarquia e da disciplina.

O conceito utilizado de democracia é em sentido amplo. E, conforme advertem em seu livro os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero "A concepção de democracia característica do Estado Democrático de Direito, tal como formatado também na CF, funda-se, no que diz com a legitimação democrática (em sintonia com a noção de soberania popular)" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 290).

Ademais, o artigo 144 da Constituição Federal dispõe sobre o papel dos órgãos encarregados da segurança pública. Diferentemente do artigo 142 da Carta Constitucional que trata das Forças Armadas e da segurança nacional da República. Algumas pessoas podem fazer confusão entre a finalidade desses órgãos institucionais de segurança pública e segurança nacional, contudo convém demonstrar no seguimento desse estudo que ambos têm missões distintas. Além disso, por conta de escândalos e exposições na mídia, nos últimos anos, acerca de diversos crimes de corrupção na Administração Pública o debate no tocante ao tema da intervenção militar surgiu a ponto de ser levantada a seguinte questão: "por que não?" como se fosse uma solução aos problemas sociais, por vezes sendo correlacionado erroneamente o poder civil com o Exército, por exemplo.

O debate na Assembleia Constituinte nesta seara dispunha de comissões e subcomissões como se verá adiante com debates entre civis e militares para chegar-se à redação do atual artigo 142. Mas, e quanto à intitulada "intervenção militar constitucional"? Teria essa nomenclatura base jurídica? No presente texto delinearemos a desconexão do artigo 142 com argumentos de intervenção militar em consórcio constitucional, nos quais será demonstrada a inexistência legal desta nomenclatura. O presente trabalho pretende demonstrar a abundância dos assuntos militares e sua importância no contexto jurídico social.

2. O REGIME MILITAR E A INSTAURAÇÃO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987-1988 NO QUESITO SEGURANÇA E FORÇAS ARMADAS

A história política do Brasil foi marcada por diversos momentos em âmbito constitucional. Um deles foi o período da ditadura militar. Um golpe que rompeu com a ordem constitucional da época, com ilegitimidade e instituição dos chamados Atos Institucionais (1965-1968). Em aspectos práticos, a arbitrariedade do regime ditatorial vivido pelo país entre os anos de 1964 a 1985 desencadeou institutos teratológicos, dentre eles as zonas de defesa interna como bem coloca Amanda Oliveira dos Reis (2016, p. 18) ao dispor sobre o Centro de Operações de Defesa Interna (CODI) cujo centralizava o comando sobre os agentes públicos e subordinados aos CODI. Foram

criados os Destacamentos de Operações de Informações (DOI) em 1970, cujos operacionalizavam as atividades de repressão política, atividades de repressão social e política por duradouros 21 anos.

Na sucessão do regime militar, a população já desenvolvia mobilizações populares com protestos sociais pedindo as "Diretas Já" (REIS, 2016). Por conseguinte, sucedeu-se a instituição da Assembleia Nacional Constituinte. Neste aspecto é possível identificar a preocupação dos constituintes com o futuro das Forças Armadas e com a necessidade de estabelecer a taxatividade dos órgãos responsáveis pela segurança como posteriormente se configurou no artigo 144 da Constituição Federal de 1988. As Forças Armadas (constituídas pela Marinha, pelo Exército e Aeronáutica) estiveram entre as discussões na Assembleia Constituinte onde houve a preocupação de como seria sua naturalização política no plano constitucional. "As Forças Armadas se propunham, nesse contexto, a fortalecer o Estado, a neutralizar as tensões sociais, a suprimir o dissenso político e a alcançar um elevado crescimento econômico" (DREIFUSS; DULCI, 2008, p. 146).

O processo de transição da época era tanto de regime quanto de ideais políticos, institucionais e sociais. Todavia, de acordo com arquivos de domínio público analisados neste estudo, podemos cogitar afirmar alguns resquícios do modelo antigo quanto a recursos de caráter minimamente inquisitoriais relacionados às polícias e a carência de novidades administrativas nesta seara da segurança nacional, com pouca sistematização com as demais áreas administrativas do Estado restando um ministério da defesa não sistêmico e pouco reformulado. Os debates analisados mostram-se um tanto vagos quanto à prospecção de medidas eficazes para garantia da tão esperada ordem pública e o cumprimento das leis pátrias. Segundo Antônio Sérgio Rocha (2013), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) teve influência nessa transição, assim ele bem esquematiza-nos sobre essa participação. Para complementar a busca de entender a época, bem coloca Antônio Sérgio Rocha (2013) quando explica sobre autoritarismo e democratização. Sua expressão sucinta de "*situação constituinte"* na qual o país vivia resume muito bem o período.

> Sob o influxo desses acontecimentos, em maio de 1980, com a presidência de Bernardo Cabral, acontecia o Congresso Anual da OAB em Manaus, em que se levantava explicitamente a bandeira da Constituinte. A partir dessa tomada de posição, a OAB convocaria uma reunião nacional específica – o Congresso Pontes de Miranda, realizado em Porto Alegre, em 1981 – no qual aprovaria um anteprojeto de sugestão para uma futura Constituição. Em 1983, em São Paulo, aconteceria o Congresso de Advogados Pró-Constituinte, com a produção de dois alentados anais, repletos de comentários e sugestões elaboradas para a futura ANC. Em 1985, a categoria exerceria influência e participaria decisivamente da futura Comissão Afonso Arinos e, em seguida, em assessoramentos na própria Constituinte, já em 1987-1988. (ROCHA, 2013, p. 43).

De início a essa história, partindo do ano de 1986 o contexto político era de transi-

ção entre um regime ditatorial militar em democrático. Os debates que antecederam a atual Constituição da República foram amplos dispondo de negociações entre civis e militares, afinal a ordem democrática de 1988 propunha-se a erigir qualquer arbitrariedade que pudesse existir nos poderes e na Administração pública, precisamente a preocupação com a segurança nacional e as Forças Armadas do país para possibilitar caminhos seguros para a democracia.

De acordo com documentos avulsos do anteprojeto da Assembleia Nacional Constituinte (1987), volume 132, os debates eram feitos através de comissões e subcomissões. Os assuntos com esse referencial eram feitos e debatidos pela "Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança". Assim, houve 13 sessões dentre elas audiências públicas, palestras, debates, sugestões. De acordo com programa da época intitulado "Diário da Constituinte" com vídeos curtos disponibilizados no site da Câmara dos Deputados (1987) podemos ver a dinâmica dos trabalhos. Conforme documentos de discursos proferidos em plenário de 1988 e arquivos históricos de 1987 também disponíveis na plataforma digital do acervo da Câmara dos Deputados (1987) e (1988), os trabalhos realizados foram classificados em três eixos principais: Estado de Defesa e de Sítio, Segurança Nacional, Forças Armadas e Segurança Pública.

> [...] a discussão na Assembleia Nacional Constituinte sobre a redação do que viria a se tornar o atual art. 142 da CF girava em torno de se saber se as Forças Armadas teriam um papel de exclusiva defesa externa, ou se poderiam também atuar (ainda que excepcionalmente) na segurança interna (tese que prevaleceu). Havia consenso, contudo, no sentido de que tais Forças: a) são subordinadas ao poder civil; b) não podem agir de ofício, com "papel deliberante"; e c) não têm nem devem ter qualquer papel de fiscalizar os poderes constituídos. (SENADO FEDERAL, 2020, p. 8).

O artigo 142 da Constituição de 1988 vai dispor sobre o papel das Forças Armadas na federação com uma interpretação um tanto complexa ensejando princípios constitucionais militares e a sujeição expressa destas forças ao Presidente da República, de fato, ao poder civil.

3. O "DRAMA" DO REGIME JURÍDICO-POLÍTICO BRASILEIRO DAS FORÇAS ARMADAS NO CONTEXTO DA ORDEM VIGENTE DEMOCRÁTICA

As Forças Armadas existem no Brasil desde a primeira República (de 1889 a 1930) e o seu início foi marcado por privilégios de seus integrantes, preconceito estrutural e predomínio da classe social elitista. A seguir, nos convém idealizar segundo o livro do autor José Murilo de Carvalho (2005) sobre o tema, que com o passar da história política brasileira e o amadurecimento do Estado de Direito no Brasil, houve iniciativas internas no sentido de desconstruir esses paradigmas arcaicos e fortalecer a mentalidade cidadã nos soldados nacionais. Ele continua a ideia nos fazendo pensar que é necessária uma abordagem multidimensional em nossos estudos nas esferas não apenas políticas ou legalistas como também sociais e culturais, já que

as Forças Armadas são sim organizações complexas, embora comumente sejam estudadas e debatidas de forma unidimensional.

Acreditamos que as universidades e academias devem desenvolver mais interesse e dialogar sobre esse aspecto, principalmente nos tempos em que vivemos de tenebrosos argumentos sobre a volta do regime militar ou invenções do tipo "intervenção militar constitucional" que trataremos no capítulo seguinte. As Forças Armadas devem se abster de posições políticas dentro do importante e explícito desígnio constitucional atribuído que consiste na defesa da soberania e da democracia brasileira. É fato que o Brasil passa por crises e tem gravíssimos problemas socioculturais, institucionais, políticos e econômicos, contudo precisamos ter cuidado e observar/evitar discursos de ilegalidade que podem no calor das emoções serem executados até mesmo despercebidamente.

É indiscutível que o Brasil passa por crises multifacetadas. Crise ética, econômica e política e, como acertadamente adverte o professor José Murilo de Carvalho quando elenca que

> O argumento em favor da politização, defendido por muitos, inclusive por militares vítimas dos expurgos, postula que só pela penetração nas Forças Armadas dos conflitos ideológicos e políticos da sociedade será possível neutralizar as tendências antidemocráticas que nelas têm predominado, e fazê-las mais sensíveis aos problemas sociais do país. (CARVALHO, 2005, p. 135).

O artigo 142 da Constituição da República adstrito ao capítulo que trata das Forças Armadas pode não ter designado de forma plenamente literal seu papel (em especial ao Exército). Contudo, acertadamente assevera Luís Alexandre Fuccille (1999, p. 127) sobre a definição da missão institucional em seus estudos sobre a Política de Defesa Nacional (1996), quando aduz "cremos que a missão militar acha-se, embora em bases precárias, plenamente definida". Convém acrescentar

> Emanada da mais alta esfera do poder político, "voltada para ameaças externas, [tendo] por finalidade fixar os objetivos para a defesa da Nação, bem como orientar o preparo e o emprego da capacitação nacional, em todos os níveis e esferas de poder", (FUCCILLE, 1999, p. 131).

A seguir, acreditamos ser interessante o apontamento ao seguinte olhar para o tema; As Forças Armadas como uma instituição de Estado. Um documento datado de 1985 de uma conferência realizada na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal, escrito pelo General do Exército Euclydes de Oliveira Figueiredo Filho (1985) que foi Comandante da Escola Superior da Guerra, por ser um texto um tanto quanto complexo pela longa data, desponta um curioso contexto de ideias sobre a natureza da segurança nacional (uma das finalidades da instituição aqui trabalhada) em que, como sendo um dos objetivos nacionais na sua correlação ao Estado, idealizamos que a soberania (poder civil) e a segurança nacional são palavras-chave no

nosso caminho ao entendimento da finalidade das Forças Armadas. Por conseguinte, a título de estudos convém destacar o seguinte trecho em que trata sobre a segurança nacional em várias facetas, dentre elas, a relação soberania-segurança;

> Parece, pois, evidente que o Estado, para exercer soberanamente suas múltiplas funções há de, preliminarmente, propiciar, a si e à Nação, segurança quer no plano externo, quer no plano interno. A Segurança Nacional não é senão, basicamente, a efetivação da Soberania. (FIGUEIREDO, 1985, p. 13).

A nosso entendimento, é possível a extração da ideia de que a Segurança Nacional, fortemente ligada ao Estado e às Forças Armadas e, como Euclydes de Oliveira Figueiredo Filho bem relacionou à Soberania (do poder civil), é algo que manifesta uma sistematização interessante para delinearmos esse regime jurídico da instituição estudada no presente artigo, desencadeando sensação de segurança jurídica no viés da atuação civil das Forças Armadas de mãos dadas à soberania e ao Estado Democrático de Direito na busca da segurança nacional.

Como aduziu em certa feita Ives Gandra da Silva Martins, sem base legal, não existe "poder moderador" na nossa atual conjuntura política e estatal. A Carta Constitucional de 1988 como mais importante documento jurídico político da República Federativa do Brasil delineia muito bem quais são os três únicos poderes independentes e harmônicos entre si no bojo do seu artigo 2º, tais quais: o Executivo, Legislativo e Judiciário. Teoria pensada pela primeira vez por Montesquieu partindo do século XVIII elencada em sua obra "O Espírito das Leis" e contemplada pela Constituição vigente sendo também amplamente estudada nos cursos de Direito. Dessa forma, a Constituição de 1988 além de defender, garantir direitos e deveres civis impõe e possibilita a plenitude da ordem democrática configurando os entes de Estado e suas funcionalidades. Sobre o tema federalismo nas constituições brasileiras, Paulo Bonavides aduz que "é copiosa a bibliografia nacional sobre o federalismo, um dos temas que nunca saíram do círculo de nossos problemas constitucionais, em todos os períodos da existência política do país, desde o Primeiro Reinado." (BONAVIDES, 2004, p. 75).

Pode haver quem aponte a possibilidade das Forças Armadas serem uma espécie de "poder moderador" dos poderes instituídos nos dias atuais, contudo, a única Constituição brasileira que trouxe a figura do poder moderador foi a imperial de 1824. A recente Nota Técnica Informativa do Senado Federal (2020) de autoria do consultor legislativo João Trindade Cavalcante Filho lista posicionamentos de diversos juristas, da Ordem dos Advogados do Brasil, a Procuradoria Geral da República através de nota pública, Câmara dos Deputados por meio de parecer e a própria Nota os confirma. Assim definimos ser unânime a concordância científica da "absoluta inviabilidade" das Forças Armadas na "versão de um poder moderador" (SENADO FEDERAL, 2020, p. 5). A mencionada Nota ressalta um posicionamento de Ives Gandra da Silva Martins no qual ele teria se inclinado a defender uma intervenção das Forças Armadas nos poderes constituídos, por conseguinte cuja Nota conclui que: "a rigor, entre juristas de renome nacional que defendam essa "interpretação heterodoxa" do art. 142, só temos conhecimento do professor Ives Gandra" (SENADO FEDERAL, 2020, p. 4 e 5).

Diante disso, visto nosso debate sobre a finalidade e a concluir o regime jurídico político das Forças Armadas nos desperta acentuar que estas não são instituição à parte como algumas pessoas tendem a apontar e sim um corpo institucional elencado pela delimitação jurídica constitucional para o funcionamento do Estado nas suas necessidades externas e eventualmente internas no âmbito da segurança nacional. Não é uma válvula de escape aos tiranos, é uma aliada da democracia nas necessidades sociais dentro de suas funções pré-determinadas na conjuntura jurídica brasileira.

4. O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA DESCONEXÃO COM O INSTITUTO INTERVENCIONISTA: INCONSTITUCIONALIDADE DA INTITULADA INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL

Dentre os variados conceitos existentes na Constituição, sejam eles em sentido amplo, sociológico, político e jurídico, didaticamente, Constituição em seu sentido amplo é "a forma de organização do Estado" (PAULO; ALEXANDRINO, 2015, p. 1). O Estado por sua vez, é definido pela doutrina com base em três elementos: soberania, território e povo. O movimento do Constitucionalismo de onde surgiram as primeiras constituições no mundo teve como finalidade "a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes [...] e a declaração de direitos" (BONAVIDES, 2004, p. 36). A Constituição, mais importante documento político, é o mais alto respaldo legal do Estado Democrático de Direito e de onde emana toda a sua estrutura. De início, é importante destacar o artigo 1º da Carta Constitucional de 1988 que legitima a democracia quando adverte que todo o poder emana do povo. As Forças Armadas têm previsão constitucional no artigo 142 da Carta que dispõe em seu *caput:*

> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (BRASIL, 1988).

Como instituição, o texto do artigo transcrito aduz que as Forças Armadas serão nacionais permanentes e regulares, portanto têm inerência ao Estado Democrático de Direito. Junto ao texto constitucional e como todas as leis, além da leitura simples também é fundamental preocuparmo-nos com a interpretação para assegurar a segurança jurídica, onde uma delas é a interpretação teleológica em respeito à hermenêutica constitucional para explicar significados de modo a atingir a finalidade do legislador constituinte. A organização institucional das Forças Armadas é pautada nos princípios da hierarquia e da disciplina, princípios basilares, no qual existe intenso respeito às classes organizacionais. No que tange ao princípio da disciplina, Eliezer Pereira Martins, pesquisador do Direito Militar Constitucional, nos explica que

> Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. (MARTINS, 2003, p. 10).

A seguir, o texto do artigo 142 dispõe sobre a figura de autoridade do Presidente da República perante as Forças Armadas remetendo-nos ao princípio da subordinação relacionado aos poderes constitucionais. Por conseguinte, o texto constitucional nos fala da destinação das Forças Armadas: à defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e a garantia da lei e da ordem contribuindo para o desenvolvimento nacional. Neste caso, a finalidade das Forças seria na defesa externa da Pátria na garantia dos poderes já constituídos no Estado de Direito, sempre na proteção da democracia e soberania.

> Tais mudanças abriram espaço para abrigar, como em parte já abrigam, amplos setores das Forças Armadas dando-lhes uma atividade que as vincula solidamente à sociedade e lhes permite ao mesmo tempo exercer o papel de agentes de defesa da soberania nacional e não de guardas milicianos da ordem. (CARVALHO, 2005, p. 136).

Desse modo, podemos aludir a seguinte sequência de hierarquia legal conforme os ditames constitucionais em nosso respectivo tema; em primeiro, na hierarquia vem a Carta Magna de 1988 que introduz, como dito, a estrutura do Estado, a seguir o povo que detém o poder político democrático, após, vem o Presidente da República (conforme artigo 142) sendo este auxiliado pelo Conselho da República e também pelo Conselho de Defesa Nacional (artigos 89 e 91 da CF), após, de acordo com a Lei Complementar nº 97 de 1999 que, em seu art. 3º dispõe que as Forças Armadas são subordinadas ao Ministro de Estado da Defesa, este é assessorado pelo Conselho Militar de Defesa (artigo 9º da mesma lei) e demais órgãos e, por fim, respectivamente abaixo de todos esses estão as Forças Armadas.

> Nota-se, portanto, que a atuação das Forças Armadas, consoante o referido arcabouço normativo (notadamente a Constituição Federal e a Lei Complementar nº 97/99), encontra-se muito bem definida, o que permitiu uma verdadeira guinada na concepção estratégica das Instituições marciais, de modo que é possível dizer que as Forças Armadas de hoje conhecem perfeitamente o importante lugar que ocupam no quadro institucional brasileiro. E mais: diante desse amplo mapa normativo, pode-se afirmar que as Forças Armadas cumprem um duplo papel. No plano principal, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constitucionais. (FRIEDE, 2018, p. 17).

No que consiste ao instituto da intervenção, em âmbito constitucional é importante destacar a diferença entre intervenção federal e intervenção militar. Os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero vão aduzir que intervenção federal: "embora a intervenção implique sempre maior ou menor ingerência no ente federativo que a sofre, ela ocorre para preservar o interesse maior do Estado Federal e, por via de consequência, dos demais entes federativos" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 947). Portanto, esse instituto é legal e tem previsão no artigo 34, da Constituição Federal que aduz sobre a possibilidade da União intervir excepcionalmente nos entes federados respaldado pelo princípio constitucional da não-intervenção (artigo 4º, IV, CF). Além disso, tem todo um procedimento legal com decreto presidencial, controle político do Congresso Nacional ouvido o Conselho da República (artigo 91, I, CF), enquanto uma intervenção militar ou golpe militar, segundo palavras do livro de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> um golpe de Estado implica uma revolução no sentido jurídico, em virtude da ruptura da ordem jurídica, que justamente se caracteriza por uma ruptura que opera tanto no plano material (substituição de uma ordem constitucional por outra diferente quanto ao conteúdo) quanto na esfera formal, definida pelo fato de a substituição ter ocorrido em desacordo com os procedimentos constitucionais precedentes. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 947).

Dessarte, as nomenclaturas de golpe de Estado não tem respaldo jurídico na conjuntura constitucional o que apenas se configura por vias antidemocráticas e inconstitucionais dando margem ao caos.

Por conseguinte, a denominada "intervenção militar constitucional" não existe no ordenamento jurídico estando fora dos ditames constitucionais e consequentemente dentro do que tange a golpe ou ditadura militar. O professor e jurista Lênio Streck (2020) pronunciou-se sobre as interpretações vulgares do artigo 142 da Constituição de 1988 e a óbvia, literal e hermenêutica inexistência interventiva. A democracia legitimada foi possível no ano de 1987, por conta da instauração e discussão da Assembleia Constituinte que desencadeou a atual Constituição da República que hoje tem menos de 32 anos de vigência. Vale sempre lembrar que sem ela não há Estado Democrático de Direito, nem o invoque dos direitos fundamentais, nem sociais ou individuais. Dessa forma, a estrutura política e social que conhecemos é completamente extinta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo assim, mesmo diante das lacunas acadêmicas que existem em torno do tema estudado, podemos concluir que as Forças Armadas enquanto instituição de Estado inserida no aparelhamento do Estado Democrático de Direito, constituída e delineada pela Constituição da República Federativa de 1988 deve obedecer aos seus princípios norteadores e disposições normativas como um todo para o desígnio de suas funções essenciais perante a sociedade. Convém acrescentarmos que as

Forças Armadas brasileiras e seu corpo institucional têm suas missões muito bem definidas na atual conjuntura jurídica conforme elencado nos tópicos anteriores. São elas a defesa externa do país, assegurando a segurança nacional e o poder civil constituído.

A democracia brasileira, apesar dos percalços, caminha em busca do seu amadurecimento e é imprescindível a observância das leis pelos poderes, órgãos públicos, entidades públicas e pelo povo para que juntos possamos construir um país melhor apesar das dificuldades enfrentadas. Desse modo, o artigo 142 conexo a todo texto constitucional, sobretudo aos ditames legais das possíveis formas excepcionais interventivas e aos seus respectivos procedimentos. Embora o artigo 142 tenha omitido o termo importante da defesa externa, nos apresenta a finalidade das Forças Armadas compostas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica e os dispositivos que norteiam seus princípios particulares. Leitura essa que não deve ignorar a ciência da hermenêutica constitucional que estabelece limites a toda interpretação da conjuntura das normas, nem a sistematicidade do documento constitucional como um todo.

Por conseguinte, concluímos pela inexistência na atual ordem constitucional brasileira da intitulada "intervenção militar constitucional", visto que o artigo 142 não autoriza e nem aponta para qualquer tipo de intervenção, nem tomada de poder, vista a impossibilidade jurídica do poder civil da União ser administrado por forças militares e a não previsão na Carta Magna de 1988, o que configura uma teratologia no meio acadêmico sob a vigência da democracia. Assim, destacamos a importância dos estudos militares constitucionais na prospecção da propagação de ideais e debates científicos em apoio à segurança jurídica em tempos políticos sombrios e de dificuldades que atravessamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de nov. de 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 27 de abr. de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Arquivo histórico*. 1987. Disponível em: https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/programa-n-31. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Arquivo histórico*. 1987. Disponível em: https://arquivohistorico.camara.leg.br/index.php/programa-n-47. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Discursos proferidos em plenário.* 1988. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/discursos-e-notas-taquigraficas.

Acesso em: 10 de nov. de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. E*mendas ao anteprojeto do relator da subcomissão.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/*internet*/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-133.pdf. Acesso em: 11 de nov. de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *IV Comissão da organização eleitoral, partidária e garantias das instituições IV-b Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e da Sua a Segurança Anteprojeto Relatório.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/*internet*/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-132.pdf. Acesso em: 11 de nov. de 2019.

CARVALHO, José Murilo de. *Forças armadas e política no Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos e princípios da interpretação constitucional. Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro, 230: 163-186. 163-186. Out./Dez. 2002.

DREIFUSS, René Armand; Dulci, Otávio Soares. *As forças armadas e a política. Sociedade Política no Brasil pós 64.* Rio de Janeiro. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 132-181, 2008.

FERREIRA, Deybiane Francielly Santos. *Intervenção Militar na Constituição Federal de 1988.* Minas Gerais. 2015.

FILHO, Euclydes de Oliveira Figueiredo. *A segurança nacional e as forças armadas.* Revista da Escola Superior da Guerra. Distrito Federal. Vol. II. Nº 6. p. 9-26. Agosto de 1985.

FRIEDE, Reis. *As Forças Armadas, a garantia da lei e da ordem e a intervenção federal.* Revista da Escola Superior de Guerra, v. 33, n. 67, p. 13-30, jan./abr. 2018.

FUCCILLE, Luís Alexandre. *As Forças Armadas e a temática interna no Brasil contemporâneo.* 1999. 162 folhas. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 1999.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Constitucional Militar.* São Paulo. 2003.

MATHIAS, Suzeley Kalil; GUZZI, André Cavaller. *Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais.* Revista Brasileira de Ciências Sociais vol.25 no.73 São Paulo Junho 2010.

PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado* / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

REIS, Amanda Oliveira dos. *Segurança e militarização nos debates da Assembleia Nacional Constituinte 1986-1988.* 2016. 55 folhas. Monografia – Universidade de Brasília Instituto de Ciências Humanas Departamento de História, Brasília, 2016.

ROCHA, Antônio Sérgio. *Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização.* Lua Nova, São Paulo, 88: 29-87, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional* / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SENADO FEDERAL. *Nota Informativa nº 2.866,* de 2020. Brasília: 2020.

STRECK, Lênio Luiz. *Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142.* Revista Consultor Jurídico, 7 de maio de 2020.

TELES, Tayson Ribeiro. *Reminiscências do Regime Militar Brasileiro e os contemporâneos ecos por uma "Intervenção Militar Constitucional": Pontos de tensão e (im)possibilidades.* Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. 2019.

Artigo Científico

ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS DA CONSTITUIÇÃO FAMILIAR POLIAFETIVA NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: A DECISÃO DO CNJ DE SUSPENSÃO DO REGISTRO DE NOVAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MAIS DE DUAS PESSOAS

SOCIAL AND LEGAL ASPECTS OF POLYFECTIVE FAMILY CONSTITUTION IN CONTEMPORARY CIVIL LAW: THE CNJ'S DECISION TO SUSPEND THE REGISTRATION OF NEW NOTARIAL DEED FOR STABLE UNION BETWEEN MORE THAN TWO PEOPLE

Karina Cofferri *
Lisandra Taís Amorim **

Resumo: O presente artigo traz como objeto de estudo a constituição e o reconhecimento das relações poliamorosas e suas repercussões jurídicas. Busca-se demonstrar, por meio de técnica bibliográfica, a constitucionalização das entidades familiares, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que, porosa e aberta, possibilita (ou, ao menos, deveria possibilitar) a viabilização do pluralismo familiar e da intervenção mínima do Estado na família. Considera-se, ainda, a obrigação jurídica de acompanhamento legislativo para a proteção estatal de novas situações percebidas pela coletividade.Assim, baseado nos princípios, direitos e fundamentos constitucionais, as decisões contrárias ao reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas devem ser revistas como medida socialmente justa, adequada e legal, a fim de garantir que a Dignidade da Pessoa Humana seja o princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Poliamor. Família Poliafetiva. União Civil. Dignidade Humana.

Abstract: *This article has as its object of study the constitution and recognition of polyamorous relationships and their legal repercussions. The aim is to demonstrate, through bibliographic technique, the constitutionalization of the family entity, especially after the Federal Constitution of 1988, which, porous and open, enables (or, at least, should enable) the viability of family pluralism and minimal intervention of the State in the family. It is also considered the legal obligation of legislative monitoring for the state protection of new situations perceived by the community. Thus, based on the prin-*

* Acadêmica de Direito do Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas.
E-mail: karinacofferri@hotmail.com
** Acadêmica de Direito do Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas.
E-mail: Lisandra.tais.amorim@gmail.com

ciples, rights and constitutional foundations, decisions against the legal recognition of poly-affective unions should be reviewed as a socially fair, adequate and legal measure, in order to ensure that the Dignity of the Human Being is the basic principle of the Democratic State of law.

Keywords: *Polyamory, Polyamorous Family, Civil Union, Human Dignity*

1. INTRODUÇÃO

As transformações sofridas pela entidade familiar tradicional, ao longo dos anos, são notórias. Hoje, existem diversificados arranjos familiares, dos quais nem todos têm a proteção e aceitação pela sociedade, apesar de sua indiscutível existência. Essas transformações exigem que o Direito evolua a fim de proporcionar o adequado amparo e a efetivação de direitos fundamentais a seus entes, tendo em vista que as realidades e necessidades da sociedade fazem com que o Direito prospere no decorrer da história da humanidade.

Para desenvolver sua função de acompanhar as mudanças dos valores sociais, é preciso, fundamentado nas diretrizes principiológicas do Direito e, principalmente, do Estado Democrático de Direito, preterir os atos de resistência e de preconceito de grupos menores em prol do reconhecimento e sua consequente instrumentalização jurídica – que nesse artigo ganha sentido não apenas reconhecendo as uniões poliamorosas, mas efetivando a possibilidade de se proteger juridicamente essas uniões, através das escrituras públicas – das novas exigências da sociedade.

O presente trabalho utiliza a metodologia qualitativa, na medida em que expõe uma análise da trajetória do Direito para tutelar as necessidades sociais de cada época, explorando e comparando os fundamentos que embasam o reconhecimento do poliamor, que é um arranjo de relacionamento simultâneo entre três ou mais pessoas que mantém uma relação harmônica de afetividade, como instituição familiar, dentre os quais, essencialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade. O que se busca é analisar o reconhecimento da união poliafetiva como uma união legítima. O fato é relevante social e juridicamente, dado o aumento do número de relações desta qualidade e a necessidade do seu regulamento, mas principalmente porque a discussão tomou maiores proporções com o fato da lavratura de algumas escrituras públicas de uniões estáveis poliafetivas e, mais recentemente, com a decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibindo os cartórios de todo o país de realizarem estas escrituras.

2. CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS SOBRE A FAMÍLIA E O POLIAMOR

A família é o instituto que mais sofre alteração em suas formas de constituir-se. Primeiramente, porque é ela a principal ponte de tradições entre as pessoas, e sendo assim, torna-se o objeto pelo qual outras instituições conseguem exercer seu poder

sobre os indivíduos em si. A família é ainda o primeiro dos grupos sociais e por ter sua função, seu conceito e sua finalidade uma relação direta e estreita com o desenvolvimento da sociedade, sua evolução estrutural é um fenômeno global.

Entretanto, foi a migração de um período de satisfação individual das necessidades básicas de comida, bebida, sono e sexo para a construção de um conglomerado de pessoas que se identificassem reciprocamente como integrantes de uma efetiva coletividade (e não de um mero agrupamento de individualidades) que representou a base para o reconhecimento de uma família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 47).

Maria Berenice Dias (2019, on-line)complementa dizendo que "a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social" e que "a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar".

Se é verdade que o conceito de família está atrelado às realidades socio-temporais, há de se reconhecer a influência do Direito Canônico e Germânico na regulamentação das relações familiares pelo casamento religioso, abrangendo a espiritualidade cristã e conferindo o caráter sacramental ao grupo familiar, sendo o casamento religioso o único conhecido.

A regulamentação da família pelo Estado é um movimento consideravelmente recente, e ainda se encontra, na própria doutrina pátria, alguma relutância em desvencilhar o contrato de casamento do sacramento da Igreja. Clovis Beviláqua(1976, p. 94) escreve que o casal matrimonializado é aquele resultado do contrato bilateral e solene, onde um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente perante a Deus e ao Estado, estabelecendo uma comunhão de vida e de interesses, com intuito de criar e educar a prole que da união vier a surgir.

Contudo, é fático que a estrutura da família se modificou, não há o que se falar mais da predominância do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família saiu do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores, o que levou à aproximação de seus integrantes, sendo mais relevante o vínculo afetivo que os envolve. "[...] Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor [...]" (DIAS, 2016, on-line)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 52) elencam, como acontecimentos que corroboraram para essa mudança,

> a formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um "LAR, Lugar de Afeto e Respeito"..., tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.

Com o amparo de novos valores e com o fortalecimento da tutela da pessoa humana, a percepção tradicional de família se tornou obsoleta e incompatível com os novos anseios sociais. A estrutura da sociedade moderna determina um arranjo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. A finalidade principal da família passa a ser a solidariedade social, bem como as outras condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso do homem, com a organização familiar regida pelo afeto como mola propulsora (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 40-41).

Não que tenha acontecido uma completa abolição da estrutura histórica de família, mas começou-se o pleito pelo reconhecimento de uma nova visão, plural e igualitária, do instituto "família". Nesse viés, também surgiu a união estável, que já é inclusive reconhecida pela Constituição Federal, a família monoparental, até o reconhecimento das entidades familiares compostas por casais homoafetivos.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 47), a transição da proibição da união estável para seu reconhecimento aconteceu porque

> [...] a união de duas pessoas do mesmo sexo, chamada de parceria homossexual ou união homoafetiva, por si só, não gerava direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação. A matéria ficava assim excluída do âmbito do direito de família, gerando apenas efeitos de caráter obrigacional. (...) o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul passou a reconhecer a união (...) ao fundamento de que "a ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LINDB). (...) o Supremo Tribunal Federal... proclamou, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa perspectiva histórica, salienta-se dois momentos: primeiro, a união estável reconhecida como entidade familiar sem a necessidade do casamento, este que era tido, até então, como marco inicial e constituinte de uma família, e, ainda, tanto na união estável quanto na homoafetiva, o reconhecimento desses institutos para casais do mesmo sexo.

Nessa seara, Rolf Madaleno (2015, p.36) faz importante comentário acerca das mudanças ocorridas no conceito tradicional de família:

> A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída

com base na afetividade e de caráter instrumental.

Ao desvencilhar-se os vínculos afetivos da conjugalidade, marcada pelo selo do casamento, a família se tornou um conceito plural e os instrumentos que até então existiam não mais servem para regrar as novas estruturas. Reconhecer os vários tipos de arranjos familiares prestigia a dignidade humana do indivíduo ao buscar sua felicidade de acordo com o formato de família que entender mais adequado para satisfazer os seus elos de afetividades. O afeto é o que conjuga.A contemporaneidade possibilitou o entendimento da família como uma organização subjetiva fundamental para o alcance individual da felicidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 43).

Ao se transformar em espaço de realização da afetividade humana, a família marca a transição da função econômica, política e religiosa para essa nova função. Tal contexto se amolda ao fenômeno jurídico-social denominado de repersonalização das relações civis, "[...] que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito" (LÔBO, 2011, p. 22).

A proteção da entidade familiar deve estar, obrigatoriamente, ligada à tutela do indivíduo, por meio dos princípios da Constituição. "[...] Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional" (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 44).

O Direito de Família passa por um processo de constitucionalização, afastando-se da concepção individualista, tradicional, conservadora e elitista da época das codificações do século passado.

> [...] Agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional. Essa é a nova tábua de valores da Constituição Federal, especialmente no tocante à igualdade de tratamento dos cônjuges (DIAS, 2012, p. 36).

Para destacar alguns conceitos iniciais sobre o instituto do Poliamor, é preciso enfatizar a cautela na abordagem do tema, considerando a banalização que lhe é atribuída por suas das características, bem como o seu tratamento de forma discriminatória e preconceituosa.

Por união poliafetiva, entende-se o relacionamento entre mais de duas pessoas que, independente de seu gênero e sexualidade, relacionam-se entre si de maneira conjunta, de forma recíproca, resultando em um único vínculo afetivo e na noção de uma unidade familiar. Cristino Chaves de Farias (2017, on-line), presidente da Comissão Nacional de Promotores do Instituto Brasileiro de Direito de Família, define o poliamorismo como uma "modalidade de manifestação afetiva, pautada na pluralidade e concomitância de vínculos amorosos, com absoluto conhecimento e consentimen-

to de todos os envolvidos".

Com efeito, os seres humanos têm relações não-monogâmicas de forma consensual há muitos anos, não sendo possível identificar a origem desses comportamentos (CARDOSO, 2012, p. 22). Contudo, a origem do poliamor como discussão social é bastante recente.

A primeira onda feminista, datada do século XIX, trouxe várias críticas à monogamia e à institucionalização do casamento, enfatizando a consideração implícita da condição de submissão das mulheres aos homens, como se aquelas fossem propriedade desses, e assim a perpetuação do patriarcalismo a nível doméstico; e a promoção de métodos anticonceptivos permitindo maior domínio sobre a sexualidade (SANTIAGO, 2014, p. 110).

No século seguinte, diante de uma variedade de revoluções sociais, as relações não-monogâmicas intencionais tiveram dois momentos mais significativos anteriores à conceituação de poliamor como temos hoje: dos anos setenta datam as primeiras discussões sobre casamento aberto, troca de parceiros e *swing,* porém, "à medida que a revolução sexual colidiu com a propagação da epidemia da AIDS e com o retorno do conservadorismo político", as pesquisar sobre relacionamentos sexualmente não-exclusivos diminuíram (SANTIAGO, 2014, p. 111). Nesse contexto social, então, surgiu o poliamorcomo uma estrutura de relacionamento em que a pessoa poderia optar por amare manter relações sexuais com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, havendo comunicação mútua e aberta acerca dessas escolhas (NOËL, 2006, p. 602) e resultando numa identidade e forma familiar.

Nesse sentido, também é o entendimento de Poliamor por Pablo Stolze (2008, p. 51):

> O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.

A natureza da relação pode variar, não há forma definida que delimite o arranjo do poliamor. Existem relacionamentos entre três ou mais pessoas que não necessariamente namorem entre si, mas sim namorem separadamente com outras pessoas. Não se trata de "cada dia estar com uma pessoa diferente", mas consensualmente ter um relacionamento amoroso com mais de uma pessoa simultaneamente, pautado por condutas abertas dentro do acordo de cada relacionamento, com a finalidade de não limitar o amor de fluir em qualquer direção particular.

Ressalte-se que, como apresenta Daniel dos Santos Cardoso (2010, p. 05), a variabilidade das definições pode ser explicada tanto por se tratar de um tema que surgiu recentemente quanto pela necessidade de se relativizar os comportamentos de modo a abranger um maior número possível de experiências vivenciadas no âmbi-

to dos relacionamentos íntimos não-monogâmicos.

Paulo Iotti(2016, p. 02)se manifesta no seguinte sentido:

> [...] na união poliafetiva temos apenas um núcleo familiar, no qual três ou mais pessoas mantém uma comunhão plena de vida entre si, ao passo que nas famílias paralelas, temos mais de um núcleo familiar, no qual pelo menos uma pessoa mantém uma comunhão plena de vida com diferentes pessoas, as quais não se relacionam entre si.Faz-se essa ressalva porque a jurisprudência já trata (de forma em geral conservadora/discriminatória) da questão das famílias paralelas, mas ainda (salvo melhor juízo) não tratou do tema das uniões poliafetivas.

Entretanto, apesar do espaço livre de definições e sem ter nenhum conceito rígido e fechado que defina o poliamor, existem alguns pontos em comum do existir poliamoroso que possibilita uma síntese desse tema, nos termos trazidos pelo sítio eletrônico *"Poliamor.pt"*, como:

> [...] um tipo de relação em que cada pessoa tem a liberdade de manter mais do que um relacionamento ao mesmo tempo. Não segue a monogamia como modelo de felicidade, o que não implica, porém, a promiscuidade. Não se trata de procurar obsessivamente novas relações pelo fato de ter essa possibilidade sempre em aberto, mas sim de viver naturalmente tendo essa liberdade em mente (POLIAMOR.PT, 2019).

No mesmo sentido, é o sítio *"The Polyamory Society"* acerca do poliamor:

> Poliamor é a filosofia não-possessiva, honesta, responsável e ética, bem como a prática de amar várias pessoas ao mesmo tempo. O poliamor enfatiza a escolha consciente de com quantos parceiros alguém deseja estar envolvido, ao invés de aceitar normas sociais que determinam que se ame uma única pessoa ao mesmo tempo (THE POLYAMORY SOCIETY, 2019)

Todavia, a discussão trazida pelo presente trabalho refere-se a falta de abordagem direta e específica dos órgãos jurisdicionais e legislativos que tornam as relações poliafetivas ainda mais controversas, sendo pela sua não regulamentação jurídica, sendo pela sua não abordagem direta e aberta,já que é fato que as pessoas se relacionam de tal maneira. E por caber ao Direito trazer respostas às situações cotidianas, compete a ele também evoluir-se conforme a sociedade evolui.

Como bem ressalta Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 223, grifo nosso):

> [...] a afetividade ascendeu a um novo patamar no Direito de Família, de valor a princípio. Isto porque a família atual só faz sentido se for alicerçada no afeto, razão pela qual perdeu suas antigas características: matrimonializada, hierarquizada, que valorizava a linhagem masculina [...]. **A verdadeira família só se justifica na liberdade e na experiência da afetividade [...].**

3. BIGAMIA E POLIGAMIA VERSUS UNIÃO POLIAFETIVA

As práticas de bigamia são punidas pela Legislação Penal, visando privilegiar as relações monogâmicas e obrigá-las, como forma de adequação social e cultural. No ordenamento jurídico brasileiro, tal prática é punida de acordo com o Código Penal em seu artigo 235, a quem contrair matrimônio já sendo casado, com a pena de reclusão de dois a seis anos.

O bem juridicamente tutelado no crime de bigamia, de acordo com Rogério Greco, é "a instituição do matrimônio, relativa ao casamento monogâmico [...] no entanto, busca-se, também, proteger a família." (GRECO, 2017, p. 364).

Para Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.216), o bem jurídico tutelado seria "[...]o interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico, que é adotado como regra, nos países ocidentais"

O crime de bigamia perde força tendo em vista que, segundo Fernando Capez(2012, p.181), a conduta criminosa deve ter conteúdo de crime, colocando em perigo valores fundamentais da sociedade. A partir da Constituição de 1988, não há uma tutela da organização jurídica matrimonial, mas uma proteção da pessoa humana, tendo como pilar a dignidade da pessoa humana, voltada ao indivíduo. Não há como dizer, se tratando de uma Constituição que se mostra progressista, que a monogamia seja vista como valor fundamental da sociedade, sendo a família uma entidade que visa promover a dignidade de seus membros, de diversas formas, inclusive através da poliafetividade.

Tanto é assim, que a monogamia não está expressa na legislação como princípio da união estável, mas apenas do casamento, eis que o Código Civil enuncia que não podem casar as pessoas casadas, sob pena de nulidade do casamento (arts. 1.521, VI, e 1.548). Em relação à união estável, muito ao contrário, admite-se até que a pessoa casada tenha um vínculo de convivência, desde que esteja separada judicialmente, extrajudicialmente ou de fato (art. 1.723, § 1º, do CC/2002, em leitura atualizada), o que denota um tratamento diferenciado a respeito da liberdade de constituição das duas entidades familiares.

A dignidade da pessoa humana corrobora com o princípio da intervenção mínima, sendo que esta intervenção não se fundamenta na constituição plural da família contemporânea. O crime de bigamia foi tipificado com base em valores que não mais demonstram as necessidades das atuais famílias (SANTIAGO, 2014, p. 205).

Em relação a bigamia praticada em situação de quebra de confiança ocasionada por traição e mentira, Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012, p.78) considera que

> isso não significa que a bigamia torne-se um procedimento lícito. Óbvio que não, pois evidencia-se, com sua prática, a burla a um contrato de intenso formalismo. No entanto, a resposta para esse problema deve ser buscada junto ao Direito Civil, especificamente no Direito de Família, com a imposição, por exemplo, da quebra contratual, perda de guarda, perda de parte da meação e até mesmo indenizações.

Nesse sentido, considerando que o Direito Penal não deve intervir em situações onde haja a quebra de confiança através de traições e mentiras em uniões convencionais, deve ser afastada a possibilidade também para uniões poliafetivas.

A relação poliafetiva se difere da poligamia, uma vez que nesta uma pessoa casada contrai novo casamento com outra ou outras pessoas. A poliafetividade não se confunde, pois há tão somente uma única relação de casamento entre três ou mais pessoas. Estamos diante de uma única relação de casamento com um número maior de participantes.

4. FATORES JURÍDICOS PARA ACEITAÇÃO DO POLIAMOR NA SOCIEDADE

No âmbito social, as relações que se apresentam não monogâmicas de forma consensual são marginalizadas e não apresentam proteção normativa. Maria Berenice Dias (2016, on-line)observa que são muitas as justificativas para que estes direitos jurídicos sejam negados, sendo o primeiro, uma afronta ao princípio da monogamia, desrespeito ao dever de fidelidade. Nesse sentido, Maria Berenice enfatiza que é descabida a realização de um juízo prévio de reprovabilidade em relação a formações conjugais plurais realizadas por vontade firmada de forma livre por quem integra a relação.

A dimensão familiar na sociedade pós-moderna, tem caráter plural, sendo que a relação jurídica de família deve ser vista como reflexiva, uma vez que há a abertura do campo jurídica a novos valores, como uma moralidade sexual mais flexível, liberação dos costumes, menor influência da religião na esfera familiar. Desses novos valores surgem novas formas de família, inclusive as poliamorosas, sendo papel do Estado e do Direito a proteção do referido arranjo familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 55).

Devido a pluralidade das formações familiares, o espaço familiar deve abranger sentidos amplos, como o que caracteriza as relações de poliamor, que se configura como uma organização social-familiar que visa o desenvolvimento de seus integrantes, sendo qualificada pelo amor em sua convivência.

Nesse contexto, é necessário que as razões que possibilitem compreender o poliamor como uma nova concepção familiar, com identidade, sendo reconhecida juridicamente e protegida pelo Estado, sejam explicitadas. Assim, como reflexo da

constitucionalização do Direito de Família, as relações poliamorosas são legítimas ao originar entidades familiares e merecerem proteção do Direito, em decorrência de alguns princípios a serem discutidas adiante.

a. Dignidade da pessoa humana

José Afonso da Silva intitula um de seus artigos como *"A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia"* e defende, conforme preceitua a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que a "dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais"(SILVA, 1998, p. 76).

Nesse mesmo sentido, os Constituintes brasileiros elevaram a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil. Frisa-se que esse princípio não é uma criação constitucional, pois ele trata-se de um valor inerente à pessoa, o qual é, e deve ser, tão apenas reconhecido e protegido pela Constituição, "transformando-o num valor supremo da ordem jurídica".

José Afondo da Silva, *apud* Gomes Canotilho (1998, p.92), muito bem observa que "o conceito de dignidade da pessoa humana concebe-se como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais" e assim ele não admite discriminação alguma e não estará assegurado se o indivíduo é humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado, pois "à norma da dignidade da pessoa humana subjaz a concepção da pessoa como um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se a si mesma em liberdade".

Logo, ao entender a dignidade da pessoa humana como o pilar do Estado Democrático de Direito, é inconcebível limitar a autodeterminação e autodesenvolvimento da liberdade de cada ser por um parâmetro de cunho histórico, social, preconceituoso, monogâmico, que, em si, não respeita o direito à autodeterminação e autodesenvolvimento de cada ser em viver a sua liberdade, que acontece ao se negar o reconhecimento do poliamor.

Além disso, o Estado ao não reconhecer juridicamente as relações poliamorosas, exime-se do seu dever de guarda dos princípios constitucionais e permite que exista um vácuo entre a realidade fática e o âmbito de tutela estatal, já que o não reconhecimento do poliamor impede a existência das relações de poliamor, mas sim, com que elas subsistam sem a regulamentação do Estado.

b. Liberdade nas relações familiares

No Estado Democrático de Direito, no âmbito das relações familiares, não devem ser garantidas apenas o direito de escolha dentre os modelos fornecidos, mas oferecer condições para essa escolha se concretize, desenvolvendo sua personalidade, de forma a serem promovidas e não dificultadas pelas instituições políticas e jurídicas

(BARROSO, 2011, on-line).

O Estado, nesse pensamento, não pode impossibilitar que a liberdade seja exercida por aqueles que praticam o poliamor, mas facilitar este exercício, tendo em vista que nossa Constituição, em seu regime democrático, tem a preocupação de abolir qualquer tipo de discriminação, oferecendo igualdade de tratamento no âmbito familiar (DIAS, 2016, on-line).

Em âmbito familiar, a liberdade pode ser descrita como a constatação de que "[...] todos tem a liberdade de escolher seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para construir sua família [...]" (DIAS, 2016, on-line).

A liberdade representa, nesse sentido, dentre outros fatores, o livre poder de escolha para constituição e extinção da unidade familiar, sem imposições externas; livre planejamento familiar, em relação a modelos educacionais, culturais e religiosos (LOBO, 2011, p. 48).

O Estado não pode impor um modelo de constituição de família ou negar seu reconhecimento por não refletir ao padrão social. Assim, não se mostra admissível que o Estado negue reconhecimento jurídico ao poliamor, por não se tratar de forma tradicional de constituição familiar, uma vez que a Constituição assegura liberdade nas relações familiares.

A Carta Magna, em seu artigo 226, §7º, afirma que o planejamento familiar deve ser exercido de forma livre pelo casal, sendo o papel do Estado apenas propiciar os meios para que este direito seja exercido, estando incluído, o direito de três ou mais pessoas escolherem o planejamento familiar pautado no poliamor.

Assim, restringir a autonomia dos indivíduos se mostra inconstitucional por violar a liberdade de escolha e faz com que sejam excluídos da busca por seu modelo de felicidade.

c. Solidariedade familiar

Maria Berenice Dias (2016, on-line) considera que, solidariedade é o que cada um deve ao outro, sendo um princípio com conteúdo ético, abrangendo fraternidade e reciprocidade. Paulo Lobo (2011, p. 66) entende a solidariedade como um vínculo de sentimento e tem como consequência a superação do individualismo jurídico.

No âmbito familiar, o princípio da solidariedade, pode ser entendido como um dever imposto à sociedade, ao Estado e a família, para proteção do grupo familiar, se baseando nos artigos 226,227 e 230 da Constituição Federal (LOBO, 2011, p. 67).

O Estado, não reconhecendo o poliamor, deixa de conferir a proteção considerada adequada pela Carta Maior. Dentro da estrutura familiar, cada um tem o seu papel, que garantem o auxílio recíproco, garantindo a satisfação afetiva e material de seus membros, que não se mostram presentes às famílias poliamorosas por não serem oportunizadas.

O poliamor deve ser reconhecido com um sentimento que visa ao indivíduo o desenvolvimento de sua personalidade e fraternidade, sendo estas, razões para o seu reconhecimento jurídico.

d. Igualdade

Antes da Constituição de 1988, a única família considerada legítima era a decorrente do casamento, porém, isto foi sendo revertido quando se igualou os cônjuges entre si, os companheiros, os filhos obtidos de qualquer origem familiar (LÔBO, 2011, p. 65).

Se compete a família a promoção da proteção e do desenvolvimento dos seus membros, observada sua dignidade, não há motivo que legitime qualquer tratamento diferenciado, "salvo para a garantia de mais direitos em face de sua desigualdade perante as demais famílias."

Barroso (2011, on-line) entende que existe a igualdade formal, que considera todos os indivíduos com igual valor e dignidade. A igualdade material, em contrapartida, envolve aspectos mais complexos e é associada com a ideia de justiça retributiva, não bastante equiparar as pessoas perante a lei, mas perante a vida. Além disso, "[...] onde não exista um motivo relevante e legítimo que justifique diferença no tratamento, a equiparação deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares."

Rafael Santiago (2014, p. 26) defende que:

> Num âmbito democrático, plural, constitucionalizado, qualificado pelo afeto e pela priorização da pessoa humana, não é possível hierarquizar pessoas no espaço familiar por meio do reconhecimento de práticas monogâmicas e da negação de práticas não-monogâmicas, na medida em que não há qualquer justificativa legítima para a instituição de verdadeiros privilégios àquelas que seguem a monogamia em detrimento das que não simpatizam com esse padrão de relacionamento íntimo.

E ainda, como muito bem ressalta Maria Berenice Dias (2013, p. 69), o princípio da igualdade não deve ser observado tão apenas pelo legislador:

> [...] O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário que assegure direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar também o juiz a se calar. Imperioso que, em nome da isonomia, atribua direitos a todas as situações merecedoras de tutela. O grande exemplo são as uniões homoafetivas, que, ignoradas pela lei, foram reconhecidas pelos tribunais.

Assim, negar a igualdade de tratamento e de apreciação pelo Poder Público fere os princípios basilares da Constituição e ainda os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

e. Especial proteção que merece a família

A família tem grande importância para a sociedade, promovendo a personalidade de seus membros, devendo ser protegida, pois significa a proteção da pessoa humana, uma vez que com a tutela do ambiente próprio à existência do indivíduo, tem-se a tutela do sujeito.

Apesar de todo o desenvolvimento conceitual, histórico e social em prol de medidas efetivas para proteção à entidade familiar, o não reconhecimento do poliamor traz uma grande contradição do entendimento do que se configura como família, tendo em vista que, como já analisado, a família poliamorosa é, sim, um espaço para o desenvolvimento de seus membros, sendo necessária a tutela desse novo arranjo familiar. Conforme nos mostra a Constituição, a proteção da família deve ocorrer independente de sua origem, merecendo as famílias adeptas do poliamor a mesma proteção dada às famílias de formações tradicionais.

f. Pluralismo das entidades familiares

O próprio uso do termo "família tradicional" no presente trabalho deve ser analisado de forma que deixemos bem claro que por tradicional, referimo-nos não àquilo que seja convencional, normal ou consagrado, mas tão apenas como a formação arcaica, formada por um casal heterossexual e sua prole. Seria, de todas as maneiras, contraditório repetir o termo "família tradicional" como se houvesse tão apenas essa formação como o meio "normal" de configurar uma família, independente dos laços de afetividade, companheirismo, cumplicidade, e da possibilidade de escolha de cada pessoa em viver sua liberdade afetiva.

É nesse viés, que a Constituição Federal adotou a possibilidade do pluralismo familiar, ou seja, o reconhecimento de entidades familiares diversas daquelas construídas pelo casamento.

Maria Berenice Dias (2019, on-line), em seu texto "*Novos tempos, novos termos",* diz que "o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo". Pois, como já exposto, "negar a existência de famílias paralelas é simplesmente não ver a realidade. [...] São relações que repercutem no mundo jurídico e não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes" e contra os princípios previstos na Constituição.

g. Mínima intervenção do Estado nas relações familiares

Ao optar por um sistema aberto e não discriminatório, a Carta Magna teria consa-

grado uma cláusula inclusiva de todo e qualquer arranjo familiar, e assim, a doutrina moderna, reconhece que não cabe ao Estado estabelecer paradigmas e conceitos fechados de família, invadindo e sufocando o foro íntimo da seara familiar.

Não que a família não esteja sob o manto jurisdicional do Estado, é justamente por estar sob essa tutela que quanto mais inclusivo for o conceito de família, mais efetiva se torna a atuação do Estado quanto aquilo a que o cabe: assegurar-lhe as condições mínimas de manutenção de relações familiares dignas.

Por isso é que a intervenção mínima do Estado se trata da não limitação do conceito de família, assegurando a todo modo os direitos de família a qualquer configuração familiar. A intervenção estatal deve ocorrer de forma equilibrada, de modo que a inércia estatal também não possa ser admitida.

5. PROIBIÇÃO PELO CNJ PARA OS CARTÓRIOS REALIZAREM ESCRITURAS PÚBLICAS DE UNIÕES POLIAFETIVAS.

A Carta Magna apenas traz tipificada a existência de casais monogâmicos, fator que impulsionou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibir, em 26 de junho de 2018, que os cartórios realizem registros de uniões poliafetivas. A primeira certidão nesse sentido se deu no estado de São Paulo, em 2012, e conforme se extrai do site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é fundamental o seguinte trecho do documento, assinado por um homem e duas mulheres: "Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade". Por solicitação da Associação de Direitos de Família e das Sucessões (ADFAS), através do Pedido de Providência 1459-08.2016.2.00.0000, o CNJ foi acionado em relação a dois cartórios, São Vicente e Tupã, por lavrarem documentos de uniões estáveis poliafetivas.

Em seu voto, o ministro João Otávio Noronha defende que a legislação é que deve prevalecer em atos notariais, sendo que as competências do CNJ apenas se limitam ao controle administrativo, não jurisdicional.

A decisão apresentou divergência, como no caso do conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga, que considera que o documento pode ser lavrado para registro de convivência de três ou mais pessoas por coabitação, sem ser nivelado como união estável ou família. Luciano Frota se manifestou pela improcedência do pedido, visto que cabe ao “Direito acompanhar a dinâmica de mudanças sociais sob pena de não cumprir o papel pacificador das relações.”

Instado a se manifestar, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM se posicionou pela improcedência do pedido. “O pedido de providências deve ser

julgado improcedente, uma vez que obstar o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas afrontaria os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família", diz um trecho da manifestação do IBDFAM.

Para Maria Berenice Dias (2019, on-line), vice-presidente do IBDFAM, a decisão do CNJ vai contra os avanços conquistados:

> O significado do julgamento é uma sentença de reprovabilidade com relação a algo que existe, sempre existiu e vai continuar existindo, com escritura pública ou sem escritura pública. No momento em que tais situações baterem às portas do Poder Judiciário caberá à Justiça dizer se existirão efeitos jurídicos daquela manifestação. É de lastimar que órgão administrativo maior do Poder Judiciário tenha uma visão tão conservadora da sociedade de fato, como ela é. [...] Uma onda de conservadorismo e retrocesso chegou ao Conselho Nacional de Justiça, que acabou por outorgar aos tabeliães o poder de julgar se a forma que as pessoas encontram para viver está dentro do conceito de família ou da tutela jurídica do Estado. Com certeza isto extrapola e muito o encargo dos tabeliães, que tem o dever de ofício de consignar o que lhes é dito de alguém que se apresenta em sua plena capacidade. O conteúdo do que lhe é informado para transcrever não pode estar sujeito a nenhum juízo por parte do servidor".

E ainda diz que as relações poliafetivas devem ser cobertas e tuteladas pela Justiça:

> Não é condenando à invisibilidade que vai se determinar posturas ao agir das pessoas. Os exemplos são muitos, desde os concubinatos, que eram alijados até virarem união estável reconhecida como família, às uniões homoafetivas e as famílias simultâneas, que ao menos no âmbito da Justiça Federal já estão sendo reconhecidas. Porque as relações poliafetivas devem ficar fora de uma eventual tutela jurídica? Tenho certeza que daqui a alguns anos esse impedimento será superado. A Justiça, um dia, vai tratar esses relacionamentos como uma união estável plural distribuindo obrigação a todos e reconhecendo direito de todos.

As uniões poliafetivas não são atos, mas sim fatos jurídicos, e existem independentemente do seu reconhecimento jurídico. "A ideia de uma formação conceitual para o padrão de família brasileira parte de uma elite legislativa patriarcal que atrai adeptos às suas pospostas por meio da difusão de lemas como o da defesa dos valores cristãos". (PEREIRA, 2007, p. 92).

Existem, todavia, alguns casos concretos que foram submetidos à análise do

sistema judiciário brasileiro, "sendo certo que em consideráveis situações, juízes e tribunais não fecharam os olhos para a existência de mutações sociais experimentadas pela sociedade contemporânea". Dessa forma se deram os julgamentos:

> APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. Apelação parcialmente provida. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70012696068, OITAVA C MARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 06/10/2005).

> UNIÕES ESTÁVEIS. CONCOMIT NCIA. Civil. Ações de Reconhecimento de Uniões Estáveis "post mortem". Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente dinâmicas no tempo. 2 - Regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, "união estável adulterina", rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípuo a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. 3 - Comprovado ter o "de cujus" mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos. 4 - Apelações desprovidas." (TJDF, 1ª TURMA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL N.º 2006.03.1.000183-9, REL. DES. NÍVIO GERALDO GONÇALVES, J. 27.02.2008).

Conforme infere-se desses julgados, o que se busca é promover a adequação do aparato legal de acordo com as necessidades peculiares de cada caso concreto. E é nesse mesmo sentido que se manifesta Adolfo Theodoro Naujorks, Juiz de Direito

da 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho/RO, acerca da possibilidade de existência da prática poliamorista como forma de envolvimento afetivo:

> "Durante a instrução do processo, fiquei absolutamente convencido que o falecido manteve um relacionamento dúplice com a esposa com quem era legalmente casado e a autora. Mais ainda, fiquei também convencido que este relacionamento dúplice não só era de conhecimento das duas mulheres como também era consentido por ambas as mulheres, que se conheciam, se toleravam e permitiam que o extinto mantivesse duas famílias de forma simultânea, dividindo a sua atenção entre as duas entidades familiares (...) Portanto, de tudo que foi exposto, é possível o reconhecimento da união dúplice, quando a autora, o extinto e sua falecida esposa mantiveram uma relação de poliamor, consentida e tolerada, advindo daí efeitos legais como a divisão dos bens adquiridos neste período" (Juiz de Direito Adolfo Theodoro Naujorks Neto, 4ª Vara de Família e Sucessões Comarca de Porto Velho – RO, Autos n.° 001.2008.005553-1, DJ 13/11/2008).

6. EFEITOS JURÍDICOS DO POLIAMOR

O relacionamento entre pessoas surte efeitos na seara jurídica, principalmente quando é duradouro e implica em direitos dos participantes e eventual prole.

Assim, todos os efeitos relacionados a Direito de Família, Sucessões, Previdenciário, dentre outros, são aplicados também às uniões poliamorosas, pois enfatizam a concretização dos direitos fundamentais, do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias (2016, on-line), ao definir os efeitos decorrentes do poliamor, descreve de forma a evitar as injustiças e fragilização desta família:

> Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial.

As relações poliamorosas terão os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais existentes nas relações monogâmicas. Um questionamento que se faz, seria em relação aos bens partilhados serem insuficientes para garantir uma existência digna de todos os membros da relação, como por exemplo, pelo regime de comunhão parcial de bens, conforme artigo 1.725 do Código Civil, o único bem a ser partilhado seja um

apartamento. Em situação como esta, pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade, deve o Estado, priorizar a família, conforme o artigo 226 da Constituição Federal, intervindo no sentido de oferecer auxílio para a concretização do direito à moradia, até que estes membros das uniões poliafetivas dissolvidas retomem suas vidas com segurança.

Neste sentido, considera-se que o regime de bens no casamento poliafetivo, deverá ser único para todos os companheiros, visando o princípio da igualdade, já que se trata de um único casamento, que inclui várias pessoas. Dessa forma, o regime não pode ser diferente para cada uma delas, podendo ser os mesmos disponíveis na legislação para o casamento tradicional.

Poderá ocorrer o divórcio no casamento poliafetivo, seguindo os moldes do Direito de Família, sendo obedecido o regime adotado pelos cônjuges para a partilha dos bens. O divórcio pode ser parcial, mantendo-se o vínculo entre os companheiros que não desejam se separar. Imaginando uma união entre 3 pessoas, sendo que uma delas deseja se separar, faz-se o cálculo dos bens adquiridos desde a entrada do companheiro que deseja sair da relação, até a data da dissolução do vínculo conjugal, sendo que este tem direito a terça parte destes bens.

Maria Berenice Dias (2016, on-line) destaca que deve ser observado o esforço de cada um dos membros, analisando o momento em que cada companheiro adentrou o relacionamento e seu patrimônio desde sua entrada até a morte de um dos companheiros.

Em relação ao Direito Previdenciário, nos casos em que a pensão por morte de um dos membros desta relação, não for suficiente para prover o sustento de todos, deve o Estado intervir para auxiliar a manutenção do bem-estar.

Os membros das uniões poliafetivas, também tem o direito de pleitear alimentos para sua subsistência e viver de forma digna, podendo ser requerido este direito contra todos os integrantes da relação dissolvida, havendo responsabilidade solidária. O magistrado, nestes casos, irá identificar as possibilidades e condições de cada membro do núcleo familiar.

De acordo com o artigo 1.597 do Código Civil, há a presunção da paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento ou união estável poliamorosa, sendo que conflitos em relação ao poder familiar devem ser discutidos judicialmente.

O Direito reconhece a possibilidade de que as crianças tenham mais de uma filiação em seus registros, envolvendo laços afetivos, sendo herdeiros necessários na sucessão de todos os companheiros e não apenas em relação aos pais biológicos, podendo esta ser a situação de uma criança gerada no seio de uma família plural.

Assim, às uniões plúrimas serão atribuídos efeitos semelhantes às de modelos tradicionais, sendo necessária a análise do caso concreto pelo magistrado, para uma adequada aplicação dos princípios que se correlacionam com o fato.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inerente ao desenvolvimento da humanidade que surjam novas relações até então não pensadas, ou ainda, relações que há muito existiam, mas que começam sair da "obscuridade" e se busquem uma solução legítima no mundo jurídico. Afinal, não é outro o objeto do Direito que não a resposta às demandas sociais.

O ordenamento jurídico brasileiro, após anos de evolução tendendo a acompanhar as mudanças da sociedade e seus costumes, passou a aceitar a união estável[1] como uma forma de constituição de família, possuindo todos os direitos e deveres dentro do direito de família, desde que preencha os requisitos, previstos em lei, de convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O poliamor, que conforme fora exposto, é uma única relação consentida entre três ou mais pessoas que possuem vínculo afetivo com intuito de constituir família. Sua existência já demanda anosmas, além da não aceitação por parte da sociedade, também não encontra regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, o que redunda em omissão pública de tais relacionamento e renúncia de eventuais direitos que dele possam surgir. O poliamor tanto existe como situação de fato que o Poder Judiciário, ainda que em sua minoria, já está reconhecendo as uniões simultâneas fundadas nos requisitos que compõem a união estável (CUNHA, 2016, on-line), mesmo havendo omissão legislativa sobre o tema.

Tornou-se notória a carência de legislação que possa dar estabilidade e segurança jurídica para essa nova forma familiar, ainda mais diante da decisão do CNJ em suspender a, até então, única maneira de oficializar estes núcleos familiares, Escritura Pública lavrada em Cartórios de Notas, a fim de resguardar os direitos e obrigações e definir as relações patrimoniais no futuro ou no decorrer da relação.

Essa medida do CNJ nada mais é do que uma omissão do Direito e da Justiça a uma realidade que existe, independente do querer do Estado e da aceitação da parcela da população que não compactua com os seus requisitos. Por outro lado, a partir do momento em que o poliamor, ao bater às portas do Judiciário, é recepcionado, percebe-se que há espaço para a tutela jurídica desse modelo familiar no nosso ordenamento.

Portanto, conclui-se que a decisão do Conselho Nacional de Justiça deve ser revista e prezar por todos os princípios e direitos e fundamentos constitucionais, a fim de garantir que a Dignidade da Pessoa Humana seja o princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

[1] Aqui inclui-se a aceitação da união de casais homoafetivos conforme a Súmula 380 do STF, que trata da partilha do patrimônio da união estável autorizando a meação dos bens adquiridos desde que comprovado o esforço comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cccivil_03/constituicao/constituicaocompliado.htm> Acesso em: março. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 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: março. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: março. 2019.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. *Súmula nº 380*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>. Acesso em: março. 2019.

BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946.
_____. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

CARDOSO, Daniel dos Santos. *AMANDO VÁRI@S –INDIVIDUALIZAÇÃO, REDES, ÉTICA E POLIAMOR*. Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO*. Editora Coimbra: Almedina, D.L. 1999.

_____; MOREIRA, Vital. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, itens 37 e 38. v.I

CAPEZ, Fernando. *CURSO DE DIREITO PENAL, PARTE ESPECIAL: DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL A DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. Livro Eletrônico.

CHAUÍ, Marilena. *Repressão Sexual: Essa nossa (des)conhecida*. 6ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984. 128-135 p.

CINTRA, Najla Lopes. *UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO*. PUC-SP. São Paulo. 2016.

Consultor Jurídico. *CARTÓRIOS NÃO PODEM REGISTRAR UNIÃO POLIAFETIVA, DECIDE CNJ*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-26/cartorios-nao-podem-registrar-uniao-poliafetiva-decide-cnj>. Acesso em 20 de março de 2019.

CUNHA, Danielle. *TRIAÇÃO DE BENS: UMA ANÁLISE DO POLIAMORISMO SOB A ÓTICA PATRIMONIAL*. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/danielle-cunha/artigos/triacao-de-bens-uma-analise-do-poliamorismo-sob-a-otica-patrimonial-2525>. Aces-

so em: abril.2019.

DA SILVA, Carlos Alberto Ramos; FERRAZ, Carolina Valença. *POLIAMOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ANALISANDO A DIVISÃO DE BENS –TRIAÇÃO.* Ciências Humanas e Sociais. Recife. V-4, nº1, p.27-46. Nov. 2018.

DE OLIVEIRA, Heloise Chaves Alves. *TEM A FAMÍLIA POLIAFETIVA DIREITO À PROTEÇÃO?.* UFCE. Fortaleza. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS***.** 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 42-51.

_____. *NOVOS TEMPOS, NOVOS TERMOS*. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_578)4__novos_tempos__novos_termos.pdf. Acesso em 19 de março de 2019.

_____. *ESCRITURA DE UNIÃO POLIAFETIVA: POSSIBILIDADE*. 2016. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/escritura-de-uniao-poliafetiva-possibilidade/9753. Acesso em 20 de março de 2019.

DINIZ, Maria Helena. *CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO.* Direito de Família. Vol. 5. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *DIREITO DAS FAMÍLIAS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 55.

_____. *CURSO DE DIREITO CIVIL: DIREITO DAS FAMÍLIAS*. 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

GAGLIANO, PabloStolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA– AS FAMÍLIAS EM PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro Eletrônico.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *DIREITO CIVIL 3: ESQUEMATIZADO:RESPONSABILIDADE CIVIL, DIREITO DE FAMÍLIA, DIREITO DAS SUCESSÕES*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

IBDFAM. *FAMÍLIA POLIAFETIVA E ESPECIALISTAS REAGEM À DECISÃO DO CNJ*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%Dlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+decis%C3%A3o+do+CNJ. Acesso em 20 de março de 2019.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL - A IMPOSIÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS*. São Paulo : Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. *DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *DIREITO CIVIL: PARTE GERAL*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. *CURSO DE DIREITO CIVIL*. VOL. 5 - DIREITO DE FAMÍLIA**.** 1. ed. Rio de

Janeiro: Editora Forense, 2006.

NUNES, César Aparecido. *DESVENDANDO A SEXUALIDADE.*Campinas, SP: Papirus, 1987. 7ª Edição. 2005.

PASSOS, Anderson. *FAMÍLIA DE ONTEM E DE HOJE: ESTUDO SOBRE OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E CIVIS DO POLIAMOR.* Letras Jurídicas, Maceió, Ano 52, nº1, p.50-62, dez.2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. VOL. V - DIREITO DE FAMÍLIA.* 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012a. Livro Eletrônico.

_____. *UMA PRINCIPIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA.* Salvador: Editora Jus PODIVM, 2010. p. 43-50.

POLIAMOR.PT. *POLIAMOR.*Disponível em: <http://www.poliamor.pt/>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

PRADO, Danda. *O QUE É FAMÍLIA.* 2 ed. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *DIREITO CIVIL.* Vol. 6 - Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *O MITO DA MONOGAMIA À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE UMA PROTEÇÃO NORMATIVA ÀS RELAÇÕES DE POLIAMOR.* Brasília., 2014.Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16193/1/2014_RafaeldaSilvaSantiago.pdf> Acesso em 23 de março de 2019.

SILVA, José Afonso da. *A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR SUPREMO DA DEMOCRACIA.* Revista de Direito Administrativo; v. 212 (1998); p. 89-94. Editora FGV e Editora Fórum. Ano de publicação: 2015. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637. Acessoem 17 de março de 2019.

THE POLYAMORY SOCIETY. *INTRODUCTION TO POLYAMORY: WHAT IS POLYAMORY?.* Disponível em: <http://www.polyamorysociety.org/page6.html>. Acesso em: 23 de abril de 2019

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *UNIÃO POLIAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA.* Revista Libertas, Ouro Preto, v.2, n.2, p.2-30, jul. 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ufop.br/pp /index.php/libertas/article/view/418/382>. Acesso em 18 de março de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *DIREITO CIVIL*. Vol. VI - Direito de Família. 5. ed. São Paulo:

Editora Atlas, 2005.

_____. *INTRODUÇÃO AO ESTUDO DE DIREITO: PRIMEIRAS LINHAS.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Livro Eletrônico.

CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL EM TEMPOS DE COVID-19: AS POSSIBILIDADES DOS CONTRATANTES DE EVITAR O INADIMPLEMENTO

COMMERCIAL LEASING CONTRACTS IN COVID-19 TIMES: THE CONTRACTING PARTIES'S POSSIBILITIES TO AVOID DEFAULT

Lucas Dallagnol Carlin*

Resumo: O objetivo deste artigo consiste em analisar os institutos presentes na legislação brasileira, buscando soluções para que as partes de um contrato de locação evitem o inadimplemento por conta da pandemia da COVID-19 e do isolamento social dela decorrente. Como prioridade há o acordo extrajudicial entre as partes, amparado pelo art. 18 da Lei 8.245/91, que, muitas vezes, se encontra como o meio necessário para adequar o contrato aos paradigmas da boa-fé objetiva e da sua função social. A boa-fé objetiva refere-se à necessidade de que as partes cooperem e auxiliem-se mesmo após a celebração contratual. Já a função social do contrato trata do aspecto social que o dispositivo deve apresentar e da necessidade de que haja sua adequação com os princípios da Constituição Federal. No caso da ausência de consenso na negociação entre as partes, judicializa-se o litígio. Nesse cenário, destacam-se quatro institutos que tratam de circunstâncias excepcionais: a) o caso fortuito e a força maior; b) a onerosidade excessiva; c) a frustração do fim do contrato; d) a impossibilidade da prestação. Os poucos julgados já existentes acerca de demandas voltadas a modificações nos moldes do aluguel divergem acerca dos argumentos utilizados, mas reiteram a indispensabilidade de que haja um equilíbrio entre as prestações das partes. O método utilizado na elaboração da pesquisa é o hipotético-dedutivo, baseando-se no estudo de literatura jurídica e na observação de jurisprudência.

Palavras-chave: Contratos. Obrigações. Locação comercial. COVID-19.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the institutes present in Brazilian legislation, looking for solutions so that the parties of a contract avoid default due to the COVID-19 pandemic and the resulting social isolation. As a priority there is the extrajudicial agreement between the parties, supported by art. 18 of Law 8,245/91, which is often found as the necessary means to adapt the contract to the paradigms of objective good faith and its social function. Objective good faith refers to the need for the parties to cooperate and help each other even after the contract is signed. The social function of the contract, on the other hand, deals with the social aspect that the contract must present and the need for it to be adapted to the principles of the Federal Constitution. In the case of the absence of consensus in the negotiation between the parties, the*

* Acadêmico do 3º período do curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Estagiário junto ao Gabinete 02 (Des. Marcus Tulio Sartorato), da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: lucasdalcarlin@gmail.com.

dispute is judicialized. In this scenario, there are four institutes to deal with exceptional circumstances: a) the act of God and force majeure; b) excessive burden; c) frustration at the end of the contract; d) the impossibility of provision. The few judged already existed about demands aimed to modify points on the rent model differ on the arguments used, but reiterate the indispensability of a balance between the parties' obligations. The method used in preparing the research is hypothetical-deductive, based on the study of legal literature and observation of jurisprudence.

Keywords: *Contracts. Obligations. Commercial lease. COVID-19.*

1. INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras consequências que a COVID-19 trouxe ao Brasil, encontra-se a necessidade do isolamento social, para, assim, buscar conter a sua disseminação.

Neste cenário, por conta das orientações do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e da Organização Mundial da Saúde, foram promulgados decretos - em diferentes graus de restrição -, por prefeitos e governadores das mais diversas cidades, determinando o distanciamento social e limitações à abertura da majoritária parcela dos estabelecimentos comerciais, tais como lojas, bares, academias e shopping centers. Isso, visando evitar aglomerações de pessoas e não agravar a situação local.

Entretanto, apesar de tais medidas serem fundamentais para a proteção da saúde da população, houve um inevitável desequilíbrio no fluxo de caixa dos estabelecimentos. Nas cidades nas quais o isolamento ocorreu de forma parcial, o montante de lucros foi consideravelmente inferior ao padrão, levando em conta que, durante os meses de março a junho, o índice de isolamento social obteve uma média de adesão de 55% da população (UOL, 2020). Já em locais que o fechamento dos estabelecimentos foi compulsório, a situação tornou-se ainda mais aguda. No Rio de Janeiro, por exemplo, estima-se que 30% dos bares e restaurantes não conseguirão se manter abertos até o final do ano (JORNAL CONTÁBIL, 2020).

Neste quadro, nota-se que, para majoritária parte dos comércios, o maior fator que desencadeia o fluxo negativo de caixa é, implacavelmente, a necessidade do cumprimento das obrigações relativas ao contrato de locação do imóvel utilizado para as atividades da empresa.

Até mesmo grandes corporações sentiram tal reflexo. Como ilustração, na rede de *fast food* McDonald's, nove, dos cento e cinquenta e dois franqueados, optaram por propor ações judiciais, alegando abuso na cobrança do aluguel. Já a grande empresa Via Varejo, responsável pelas lojas Casas Bahia e Pontofrio, solicitou a suspensão de aluguel de mais de mil e vinte lojas físicas, contabilizando que tais medidas iriam reduzir as despesas da firma em oitenta milhões de reais (EXAME, 2020).

Observando a conjuntura até aqui exposta, o presente artigo tem por objetivo a análise da legislação civilista, a fim de verificar se existem institutos capazes de evitar o inadimplemento contratual por parte de locadores e locatários neste cenário

de pandemia.

2. ACORDO EXTRAJUDICIAL ENTRE AS PARTES

Antes de serem adotadas quaisquer medidas judiciais, é recomendável que as partes de um contrato de locação busquem solucionar os impasses de maneira extrajudicial e explorar soluções consensuais.

Esse meio encontra-se nos conformes da lei, sendo preceituado no art. 18, da Lei 8.245/91. Nestes termos: *"É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste"*.

Tal normativa constitui o ideal para manter o equilíbrio econômico do contrato. Por meio dele, é possível minorar os valores de aluguel ou determinar peculiaridades que se adequem às duas partes, atingindo o objetivo final: superar o momento atual evitando ao máximo a extinção do contrato pelo inadimplemento de um dos contratantes.

Nessa ótica, encontra-se na doutrina princípios do Direito Civil que, além de iluminar toda a teoria do contrato, fixam paradigmas a serem observados pelos contratantes e que, muitas vezes, por si só, tornam mais viável o acordo no meio privado, sem a judicialização do litígio. São eles: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato.

2.1 BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé, na esfera do Direito Civil, foi, por muitos anos, interpretada unicamente no seu sentido subjetivo, que se refere à intenção do sujeito. No entanto, com o aumento radical das relações contratuais nas últimas décadas, o aspecto objetivo desse princípio passou a se evidenciar, inclusive constando no art. 422 do Código Civil de 2002[1], e sendo estudado pelos teóricos. Tal instituto diz respeito à obrigação de lealdade e cooperação entre as partes, que, mesmo sem previsão explícita no contrato, devem agir de forma a manter o equilíbrio do dispositivo.

Nas palavras do professor Ruy Rosado Aguiar Júnior (1995, p. 24):

> A boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e, por isso, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. O princípio da boa-fé

[1] Nestes termos: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

> significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente do tráfego jurídico.

O desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Carlos Roberto Gonçalves, no mesmo sentido, leciona (2012, p. 59):

> A boa-fé enseja, também, a caracterização do inadimplemento mesmo quando não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato. É o que a doutrina moderna denomina violação positiva da obrigação ou do contrato. Desse modo, quando o contratante deixa de cumprir alguns deveres anexos, por exemplo, esse comportamento ofende a boa-fé objetiva e, por isso, caracteriza inadimplemento do contrato.

O momento atual torna ainda mais clara a necessidade de que as partes, tendo em vista que o momento de incerteza é passageiro, ajam em conformidade com a boa-fé objetiva. Nesse caso, o locador, estando ciência da diminuição dos lucros do locatário, tem a necessidade de assisti-lo, visando o equilíbrio do contrato e a possibilidade de que a parte adversa cumpra suas obrigações. E, na hipótese de ausência de boa-fé objetiva de um dos contratantes, como, por exemplo, no ato de negligenciar o estado financeiro da outra parte e negar mínimas alterações na prestação do contrato, tem-se como resultado a sua inadimplência.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Já discorrendo sobre o princípio da função social do contrato, este refere-se à inferência dos contratos no âmbito das relações sociais, e não apenas das relações privadas. Possui, portanto, como principal fundamento, o fato de que os contratos, muito além de apenas trazerem consigo consequências às partes, geram consequências à sociedade.

A importância de observar o direito privado desse modo evidenciou-se principalmente com a expansão da doutrina do direito civil constitucional, que parte da premissa de que a Constituição representa uma norma hierárquica superior ao restante da legislação. Assim, com a promulgação do Código Civil de 2002 (CC/02), que se fundamentou, em boa parte, nos princípios constitucionais, o aspecto social das relações privadas passou a apresentar um maior destaque. Reflexo disso é o art. 421, do CC/02, que inovou ao explicitar o assunto na lei. Preceitua o *caput* do artigo: *"A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato"*.

Nelson Nery Junior esclarece o conteúdo, afirmando que a ótica social dos contratos serve como cláusula geral para que tais dispositivos estejam em concordância com os valores da solidariedade (CF, art. 3º, I), da justiça social (CF, art. 170, *caput*), da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e da não violação ao meio ambiente (CDC, 51, XIV). Sustenta, outrossim, que a função social é negligenciada quando *"a)*

a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc.)". (NERY, 2003, p. 336)

Tal relevância encontra-se, igualmente, na jurisprudência dos tribunais, havendo um amplo leque de teses e precedentes que tratam da fundamentalidade do tema. Cita-se, nesse contexto, o dito pela Min. Nancy Andrighi, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Consta na ementa: *"A função social do contrato define os limites internos do direito de contratar e, por conseguinte, a proteção jurídica das justas expectativas das partes contratantes no momento da celebração do acordo de vontades."*. E no voto:

> Sob essa nova perspectiva, o contrato passa a ser mecanismo de concretização da própria existência humana, pois propicia meios para os contratantes promoverem sua participação ativa e sua cooperação responsável na concomitante busca dos interesses individuais - previstos expressamente nas cláusulas contratuais - e também dos extracontratuais comuns da sociedade.
>
> Assim, ao elemento essencial da autonomia da vontade, soma-se a função social do contrato, prevista expressamente no art. 421 do CC/02, que passa a definir limites internos do direito de contratar e, por conseguinte, a proteção jurídica das justas expectativas das partes contratantes no momento da celebração do acordo de vontades.
>
> Conforme ressalta a doutrina, a função social torna-se, então, "razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República", pelo que impõe-se aos contratantes atender 'ao lado dos interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica', os quais dizem respeito, dentre outros 'aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho'. (STJ- REsp: 1734750 SP 2017/0260473-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2019)

Assim, as partes que celebraram um contrato de locação, devem, rigorosamente, alinhar-se ao princípio da função social do contrato, junto do paradigma da boa-fé objetiva, a fim de que não desvirtuem o dever constitucional de visar o bem-comum. O caso específico da COVID-19 e dos contratos de locação torna ainda mais visível essa necessidade, pois, sem o senso de solidariedade social, que foi trazido pelo Código Civil de 2002, um maior número de indivíduos restariam prejudicados, como empregados e pequenos empresários.

3. JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO

Na hipótese da ausência de encontro de uma solução consensual entre o locador e o locatário, acerca das demandas trazidas pela pandemia, judicializa-se a causa. Passa-se, com essa situação em mente, a uma análise dos principais institutos do Direito Civil que tratam de um cenário excepcional, assim como o referido. Isso para que seja possível traçar um prognóstico das linhas de pensamento que a jurisprudência pode resgatar e para analisar as condições necessárias para que haja a resolução, revisão ou extinção do contrato. Tais institutos são; a) o caso fortuito e a força maior; b) a onerosidade excessiva; c) a frustração do fim do contrato; d) a impossibilidade da prestação.

3.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito e a força maior são institutos milenares no universo jurídico, sendo utilizados desde o direito romano. No Brasil, a lei trata os dois casos como sinônimos. Já a doutrina, busca estudar com maior profundidade as diferenças entre os dois termos. Entretanto, ainda não há um consenso entre os estudiosos. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, define caso fortuito como acontecimento natural, como raios e inundações, enquanto a força maior como dano causado por atitudes do ser humano, como guerras, roubos e greves (PEREIRA, 2019). Já Carlos Roberto Gonçalves trata os dois termos de forma oposta: caso fortuito como algo ligado ao comportamento humano e força maior como algo decorrente de danos naturais (GONÇALVES, 2019). Assim, este interpretaria a pandemia da COVID-19 como uma hipótese de força maior, enquanto, aquele, como um caso fortuito.

De qualquer modo, afastando tais aspectos teóricos, tem-se o caso fortuito e a força maior como fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém inevitáveis, que, ao impedir o cumprimento de uma obrigação, excluem o nexo causal e, consequentemente, afastam a responsabilidade civil - subjetiva, neste caso, conforme entendimento jurisprudencial majoritário.

O art. 393, do Código Civil, que trata do tema, prevê:

> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
> Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Analisando a lei, vê-se três aspectos interessantes a destacar.

O primeiro constitui-se no conceito de devedor no contrato. Isso, pois, não necessariamente o devedor é a parte responsável pelo pagamento. Em uma linha contrária a esta afirmação, a doutrina analisa, em um contrato de locação, por exemplo, que o locador é devedor da disponibilização do pleno uso do imóvel. Já o locatário é o devedor do pagamento do preço acordado como aluguel. Assim, ambos os contratantes teriam o direito de se declarar devedores, podendo utilizar do caso fortuito e da força

maior como excludentes de responsabilidade. Mas, na presente análise da relação entre os contratos de locação e a pandemia da COVID-19, tem-se os locatários, majoritariamente, como os devedores.

Como segundo ponto a se ater, está a impossibilidade de que haja a isenção de culpa, quando estiver presente, no contrato, cláusula que preveja a responsabilização civil mesmo em circunstâncias anômalas. Realça-se tal ponto, pois esse tipo de previsão não é incomum, mas extingue qualquer possibilidade de aplicação do caso fortuito ou força maior.

Por último, obriga-se à parte que alegar caso fortuito ou força maior a demonstrar: a) a exigência do fato necessário; b) os efeitos inevitáveis. Na prática, a jurisprudência inclina-se no sentido de averiguar, no fato: *"a necessariedade (fato que impossibilita o cumprimento da obrigação) e a inevitabilidade (ausência de meios para evitar ou impedir as consequências do evento)."* (CUEVA, 2016)

Assim, com os pressupostos preenchidos, é possível haver a isenção de culpa e a suspensão das obrigações pendentes, até que o evento excepcional se encerre.

É válido destacar a relevância de se analisar o caso fortuito e a força maior anteriormente aos outros institutos, pois, regularmente, o presente tema é o que desencadeia os posteriores.

3.2 ONEROSIDADE EXCESSIVA

A onerosidade excessiva constitui um estado contratual que se caracteriza pela ocorrência de acontecimentos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis para os contratantes, de forma que torne as prestações de uma das partes excessivamente onerosa, enquanto, para parte adversa, exageradamente vantajosas. Esse instituto é preceituado nos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002. Nestes termos:

> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.
> Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.
> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

O dispositivo, desse modo, tem como função primária possibilitar a resolução dos contratos celebrados, em momentos como o atual.

Todavia, apesar de não estar explicitado nos artigos referidos, a doutrina e a ju-

risprudência observam o requerimento de revisão contratual (previsto no art. 317 do CC/02) como possível no caso de onerosidade excessiva. Isso para que seja apenas modificada a prestação e evitada a rescisão do contrato.

Tal possibilidade se evidencia com o Enunciado de nº 176, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), que preceitua que: *"Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual."* (CJF, 2004) Dessa forma, muitas vezes, é preferível a revisão sobre a resolução contratual.

Quanto aos fundamentos da onerosidade excessiva, nota-se que inexistem critérios objetivos na lei para estimar o quão oneroso o contrato é para a parte devedora. Mas, não obstante tal arbitrariedade atribuída ao juízo, a doutrina estabeleceu pressupostos para que os casos concretos se enquadrem, ou não, na onerosidade excessiva. São eles: a) a caracterização do contrato como de longa duração, de execução continuada ou diferida; b) a ocorrência de evento superveniente, extraordinário, imprevisível e não imputável a qualquer das partes; c) os ônus excessivos de um dos contratantes; d) a extrema vantagem do outro contratante. Assim, cabe ao julgador, verificando as características listadas, comparar a posição inicial das partes com a posição no momento em que a ação foi ajuizada.

Sobre os pressupostos utilizados já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça através de acórdão de agravo interno:

> 3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes nas circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de evento imprevisível (teoria da imprevisão) ou de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva). (STJ - REsp: 1543466 SC 2015/0172555-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 17/05/2017)

O único ponto, de fato, controverso nas discussões é o rigor da análise. Há correntes que pregam a possível relativização do princípio da *pacta sunt servanda*[2] em

[2] *"Os contratos existem para serem cumpridos. Este brocardo é tradução livre do latim pacta sunt servanda. É muito mais que um dito jurídico, porém. Encerra um princípio de Direito, no ramo das Obrigações Contratuais. É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. 'Assim, se pode dizer que pacta sunt servanda é o princípio segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei.' ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem.".* Retirado do portal <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=PACTA%20SUNT%20SERVANDA>. Acesso em 08 jul. 2020.

momentos excepcionais. Sustentam, portanto, a prevalência do princípio *rebus sic stantibus*[3]. Já, em oposição, existem juristas que observam o princípio da *pacta sunt servanda* de forma mais conservadora. Julgam que o equilíbrio do contrato é a prioridade, devendo o autor de uma demanda judicial comprovar o enriquecimento sem causa da outra parte de forma taxativa. Prega, nesse âmbito, que a vantagem do credor não pode ser tratada como mera consequência da onerosidade da outra parte.

Ilustrando a segunda corrente doutrinária, leciona Silvio de Salvo Venosa (2002, p. 462):

> O princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, por fatores externos perfeitamente previsíveis. O contrato visa sempre uma situação futura, um porvir. Os contratantes, ao estabelecerem o negócio, têm em vista justamente a previsão de situações futuras. A imprevisão que pode autorizar uma intervenção judicial na vontade contratual é somente a que refoge totalmente às possibilidades de previsibilidade

Sobre isso, a jurisprudência dos tribunais brasileiros, seguindo os precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tende a acolher a relativização do princípio da *pacta sunt servanda* nos casos em que a onerosidade excessiva é fundamentada de forma a evidenciar os impasses da situação. Cita-se trecho da ementa de Acórdão de Agravo Interno, nesse sentido:

> 6. A jurisprudência desta Corte se posiciona firme no sentido de que o princípio *pacta sunt servanda* pode ser relativizado, visto que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva, devendo ser mitigada a força obrigatória dos contratos diante de situações como a dos autos. (STJ - AgInt no REsp: 1208844 MT 2010/0153221-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/12/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/02/2017)

3.3 FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO

A frustração do fim do contrato, em síntese, refere-se à alteração fática que levou

[3] *"Rebus Sic Stantibus pode ser lido como 'estando as coisas assim' ou 'enquanto as coisas estão assim'. Deriva da fórmula contractus qui habent tractum sucessivum et dependentium de futuro rebus sic stantibus intelliguntur.' 'Esta expressão tem origem no Direito Canônico e é empregada para designar o princípio da imprevisão, segundo o qual a ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo implica alteração nas condições da sua execução.' ZUNINO NETO, Nelson. Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem."* Retirado do portal <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp >. Acesso em 08 jul. 2020.

o locatário a firmar o pacto. Ainda configura um assunto pouco tratado pela jurisprudência, no entanto, mostra-se cada vez mais discutido pela doutrina.

Conforme esclarecimento do Enunciado nº 166 da III Jornada de Direito Civil: *"a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil".* (CJF, 2004)

Adentrando no assunto, tem-se a frustração do fim do contato como consequência da inviabilidade de se alcançar o resultado da prestação. Assim, é totalmente possível alegar frustração do fim do contrato, ainda que seja possível o cumprimento das obrigações. O ponto fundamental é, justamente, a inexistência do interesse objetivo das partes.

E segundo especificação de Rodrigo Barreto Cogo (2005), as características fundamentais de um negócio jurídico que perdeu a causa seriam:

> (a) que o contrato seja bilateral ou unilateral, de cunho patrimonial, comutativo ou aleatório, de execução diferida ou continuada; (b) que a finalidade do contrato integre o seu conteúdo; (c) que o contrato perca o seu sentido, a sua razão de ser pela impossibilidade de se atingir o seu fim; (d) que ocorra evento posterior à contratação que não estava dentro da álea do contrato e era alheio à atuação culposa das partes; (e) que inexista mora do contratante frustrado.

Na prática, com um cenário de pandemia afetando as relações sociais, a teoria da frustração do contrato poderia ser declarada no caso, por exemplo, do fechamento compulsório de um *shopping center*, pois o locatário não conseguiria utilizar o imóvel para seu grande fim: o comércio dos seus produtos ou serviços. Assim, o contrato perde, mesmo que por tempo limitado, a sua finalidade e a motivação que originou sua celebração, podendo ser resolvido ou extinto.

3.4 IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO

A impossibilidade da prestação é um instituto que abrange as obrigações de um contrato impossíveis de serem cumpridas, mesmo sem culpa dos contratantes. Tem como pilar os artigos 234 (referente à obrigação de dar), 248 (referente à obrigação de fazer) e 250 (referente à obrigação de não fazer) do Código Civil. E acarreta a resolução ou extinção do contrato sem que haja o dever das partes de responderem por quaisquer prejuízos oriundos da extinção do negócio jurídico.

Como representação, utiliza-se um exemplo criado pelo professor Felipe Quintella (2020) em artigo de opinião. Trata-se de um indivíduo que contratou um *personal trainer* para lhe dar aulas na academia do edifício que aquele reside. Criou-se, portanto, uma relação obrigacional de prestação e contraprestação. No entanto, com a pandemia, elaborou-se normas no condomínio para proibir o uso da academia. Nesse cenário, as obrigações estabelecidas – obrigação de fazer infungível, do *personal*

trainer, e obrigação de dar coisa incerta, do aluno – são impossibilitadas de serem cumpridas, por fator externo e superveniente à celebração do contrato. Na situação ilustrativa, assim, pode a relação obrigacional ser resolvida ou extinta, com fulcro na primeira parte do art. 248, do CC/02: *"Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação (...)."*

Realça-se que o instituto da frustração do contrato diverge completamente da impossibilidade da prestação. Enquanto este trata do cumprimento da obrigação impossível, mesmo que o contrato apresente utilidade às partes, aquele se refere a um cumprimento de obrigação plausível, porém falta de utilidade do contrato.

Por fim, no que se observa da jurisprudência, a impossibilidade do cumprimento da obrigação deve decorrer de caso fortuito ou força maior e apresentar os aspecto de inevitabilidade e impossibilidade de evitar deste instituto.

Colhe-se o precedente do STJ:

> (...) O descumprimento da obrigação de fazer por impossibilidade da prestação sem culpa do devedor resolve a obrigação, extinguindo automaticamente o negócio jurídico.
> É o que se verifica no presente caso.
> Desde a ocorrência do incêndio, verificado em 26 de janeiro de 2010, configurou-se a impossibilidade superveniente da prestação da armazenagem por parte da recorrente - contratado, com extinção ex vi legis da relação contratual obrigacional, porquanto ato inimputável ao mesmo, já que caracterizado como caso fortuito. (STJ - AREsp: 570278 PE 2014/0214716-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 24/08/2016)

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Por constituir matéria extremamente recente, existem poucas manifestações dos Tribunais Brasileiros acerca dos reflexos da pandemia da COVID-19 nos contratos de locação. No entanto, cabe como interessante notar as decisões de magistrados de primeiro e segundo grau que foram proferidas.

Primeiramente, encontra-se apenas um único julgado de segundo grau. Neste, a 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo votou, de forma unânime, no sentido de manter uma decisão de primeira instância que indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência feito por locatária. É dito, no voto:

> Com efeito, à parte aferição valorativa aprofundada do tema, sabidamente descabida nessa etapa, não se pode considerar a redução do faturamento em certo período como motivo de força maior ou caso fortuito a dispensar o empresário do pagamento de aluguel pelo imóvel que ocupa.
> Afinal, cuida-se de obrigação de trato contínuo e que demanda

> prévia alocação de recursos para o respectivo custeio de curto prazo, isso justamente de modo a atenuar a interferência das variações do mercado sobre o cumprimento daquela sorte de obrigação.
> Ademais, nos casos de força maior ou caso fortuito o direito positivo autoriza a parte a resolver o contrato (artigo 478 do Código Civil) ou postular a readequação do 'valor real da prestação' (artigo 317), mas não a simplesmente suspender o cumprimento da obrigação, eis que a tanto não chega o artigo 393 da lei civil.
> (...)
> Por isso, o fato de as atividades comerciais da recorrente terem sido interrompidas por forçada quarentena decorrente da pandemia de COVID-19 -medida fundada na Lei federal nº 13.979/2020 e no âmbito local no Decreto estadual nº 64.881/2020 e nos Decretos municipais nºs 59.285/2020 e 59.298/2020 -não autorizava o Juiz a desobriga-la do pagamento dos aluguéis durante aquele período.
> Aliás, moratória quanto a aluguéis até fora proposta no Projeto de Lei nº 1.179/2020, que dispõe sobre "o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)", mas foi retirada justamente por não ser conveniente, nem compatível com o sistema jurídico.
> Por outro lado, não se podia em concreto dizer que a autora estava sob risco de lesão iminente de difícil ou incerta reversão a justificar desde logo eximi-la dos efeitos da mora.De fato, ela não se achava a sofrer ação de despejo por conta da falta de pagamento de aluguéis, situação em que em vindo a ocorrer lhe permitirá postular a denegação de liminar e concessão de oportunidade para purgar a mora, evitando desse modo o encerramento da locação.Com razão, pois, o Juiz negou a tutela cautelar. (TJ-SP - AI: 20637010320208260000 SP 2063701-03.2020.8.26.0000, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/04/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/04/2020)

Como segundo caso a se analisar, e, com um sentido adverso do primeiro, tem-se, pelo Juiz da 25ª Vara Cível de Brasília, uma concessão parcial de um pedido de tutela de urgência, que determinou a suspensão da cobrança de aluguel mínimo e fundo de promoção e propaganda, de um estabelecimento no Shopping JK. Ficou decidido que a autora (lojista) deverá, como prestação, manter o pagamento do aluguel em percentual de seus lucros e dos encargos condominiais. O julgador justifica:

> Muito bem. Os fatos são claros, pois nenhuma pessoa em sã consciência e em perfeito juízo valorativo duvida que há motivo imprevisível, vale dizer as consequências da metodologia de mitigação e supressão para conter a pandemia na vida cotidiana das pessoas, instituições e empresas em caráter mundial.
> A norma legal aparentemente aplicável também está razoavel-

> mente delineada no art. 317 do Código Civil, pois é evidente que há, desde as medidas de mitigação e supressão do COVID19, manifesta desproporção entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução.
> O filósofo Nassim Nicolas Taleb bem catalogou e estudou a tomada de decisão em ambiente de incerteza. A pandemia poderia até ser previsível para estudiosos e parte da comunidade científica, mas suas consequências são imprevisíveis. E mente quem dizer que sabe o vai ocorrer no futuro, ainda que a curto prazo. Estamos diante de Cisne Negro como delineado na obra de Taleb homônima.
> Se todos as pessoas e empresas agirem como quer a empresa autora, será a vitória do egoísmo e do salve-se quem puder. Não há como simplesmente parar de adimplir as obrigações. O próprio contrato tem cláusula que nos ajuda a decidir neste ambiente de incerteza. O aluguel vinculado ao faturamento. Tal dispositivo contratual tem boa eficiência econômica, pois contém a regra de que se você ganha eu ganho. Se você perde eu perco. Necessária a cooperação para todos ganharem ou perderem juntos, a essência do Direito que atravessa os séculos: 'viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu'. Especificar se este grifo é próprio do autor do artigo, ou do autor da obra citada.
> Como bem explica o Juiz e culto civilista Daniel Carnacchioni, o art.317 do Código Civil encapsula os princípios da função social, boa-fé objetiva equivalência material, todos com base sólida assentada nos preceitos constitucionais da solidariedade e justiça social.
> Assim, nesta fase processual, em que impera a incerteza e sequer foi garantido o contraditório, é caso de apenas afastar a garantia do aluguel mínimo e do fundo de promoção e propaganda, de modo a manter o contrato e a cooperação/solidariedade entre as partes. O valor do condomínio não pode ser afastado, pois será reduzido naturalmente diante da diminuição dos gastos para manter o *shopping* 'fechado' e envolve despesas devidas a terceiros de boa-fé. (DOS REIS, 2020)

Em outra decisão monocrática, há mais uma liminar concedida. Trata-se de decisão do Juiz Fernando de Oliveira Biolcati, da 22ª Vara Cível de São Paulo, na qual foi determinada a redução no valor do aluguel pago por um restaurante, que obteve uma radical diminuição na receita, por conta da pandemia. O Magistrado apresentou, como entendimento, a necessidade de se diminuir os valores devidos como aluguel, para que a saúde financeira do restaurante seja mantida, argumentando:

> Este é o caso dos autos, na medida em que a pandemia instaurada pela disseminação rápida e global de vírus até então não circulante entre os seres humanos acabou por levar as autoridades públicas a concretizar medidas altamente restritivas de desen-

> volvimento de atividades econômicas, a fim de garantir a diminuição drástica de circulação das pessoas e dos contatos sociais.
> Tal situação ocasionou a queda abrupta nos rendimentos da autora, tornando a prestação dos alugueres nos valores originalmente contratados excessivamente prejudicial a sua saúde financeira e econômica, com risco de levá-la à quebra.
> Desse modo, cabível a revisão episódica dos alugueres, com a finalidade de assegurar a manutenção da base objetiva, para ambas as partes, gerando o menor prejuízo possível a elas, dentro das condições de mercado existentes.
> Observo que a temática dos aluguéis está sendo levada em alta quantidade ao Poder Judiciário, gerando até decisões de suspensão de pagamento. Ocorre que, no caso em tela, os requeridos são pessoas naturais, presumindo-se, portanto, que a suspensão do pagamento lhes transferirá todo o ônus financeiro do qual a autora busca se livrar. (BIOLCATI, 2020)

Por último, observa-se liminar indeferida, que buscava a suspensão do pagamento ou, subsidiariamente, a redução do aluguel para 10% do valor previsto. O Magistrado argumenta e conclui que:

> A Covid-19 constitui evento extraordinário, de amplitude global, inevitável e imprevisível, que repercute, seriamente, na subsistência de empresas e das famílias. As medidas de enfrentamento da pandemia, como bem ressaltado pelo administrador judicial, reverberaram no plano normativo.
> (...)
> Em suma, é evidente a ocorrência de força maior (pandemia de Covid-19), que exige relativização episódica do plano de recuperação judicial, para viabilizar a superação da crise econômica-financeira decorrente da Covid-19, mantendo-se, a um só tempo, a fonte produtora, os emprego de trabalhadores e os interesse de credores. (DALL'OLIO, 2020)

Assim, percebe-se uma ausência de padrões, bem como o uso de diferentes teses entre os magistrados. No entanto, constata-se que, reiteradamente, se busca um ponto de equilíbrio entre as vantagens do locador e as do locatário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do diploma civilista, foi visto que existe uma diversidade de institutos para que locatários e locadores, que passam por complicações no momento atual, evitem a extinção do contrato por inadimplemento.

Há de ser constatado que ainda não há qualquer uniformização nas decisões ligadas ao tema, por conta da jurisprudência nunca ter lidado com um cenário pan-

dêmico nos portes da COVID-19. No entanto, mesmo com o surgimento de futuras teses dos tribunais acerca do assunto, a análise dos pressupostos para o enquadramento dos institutos é uma questão que cabe, muito mais, a uma análise subjetiva do julgador quanto às provas que foram produzidas.

Tem-se, desse modo, que a cooperação entre as partes, bem como o acordo extrajudicial, cabem como meios mais garantidos e rápidos de gerar segurança aos contratantes. Todavia, no caso de não haver consenso entre as partes, existem diversos dispositivos legais e amparos jurídicos que possibilitam a minoração dos danos financeiros e morais que foram trazidos pela dispersão da doença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo.* Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 24, abr./jun. 1995.

BIOLCATI, Fernando Henrique de Oliveira. 22ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Decisão monocrática – autos nº 1026645-41.2020.8.26.0100. Proferida em 02/04/2020. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/13984E-9CEF53A0_restaurante.pdf. Acesso em 12 jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 05 jul. 2020.

CJF, Enunciado nº 166 da III Jornada de Direito Civil. 2004. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/292. Acesso em 05 jul. 2020.

CJF. Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil. 2004. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/318. Acesso em 05 jul. 2020.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato.* 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial 1.564.705/PE, Data de Julgamento 16/08/2016. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387066083/recurso-especial-resp-1564705-pe-2014-0307210-4/inteiro-teor-387066142. Acesso em 08 jul. 2020.

DALL'OLIO, Gustavo. 8ª Vara Cível de São Bernardo do Campo. Decisão monocrática - autos nº 1024091-12.2014.8.26.0564. Proferida em 06/04/2020. Disponível em https://lefosse.com/wp-content/uploads/2020/04/TJSP-1024091-12.2014.8.26.0564.

pdf. Acesso em 12 jul. 2020.

DOS REIS, Julio Roberto. 25ª Vara Cível da Comarca de Brasília. Decisão interlocutória - autos nº 0709038-25.2020.8.07.0001. Proferida em 24/03/2020. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/juiz-df-autoriza-lojista-shopping.pdf. Acesso em 12 jul. 2020.

EXAME. *Lojas do McDonald´s vão pagar aluguel proporcional ao faturamento.* Brasil, 2020. Disponível em https://exame.com/negocios/lojas-do-mcdonalds-vao-pagar-aluguel-proporcional-ao-faturamento. Acesso em 01 jul. 2020.

EXAME. *Via Varejo pede suspensão de aluguéis para enfrentar queda da receita.* Brasil, 2020. Disponível em https://exame.com/negocios/via-varejo-pede-suspensao-de-alugueis-para-enfrentar-queda-da-receita. Acesso em 01 jul. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* V.2, teoria geral das obrigações. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* V.3, contratos e atos unilaterais, 9.ed., São Paulo: Saraiva, p. 59, 2012.

JORNAL CONTÁBIL. *Pandemia: ao menos 1 000 bares e restaurantes fecharam as portas de vez no Rio.* Brasil, 2020. Disponível em https://www.jornalcontabil.com.br/bares-restaurantes-fechados-falidos/. Acesso em 01 jul. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações,* 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUINTELLA, Felipe. *Impossibilidade de cumprimento de obrigações de fazer em razão da pandemia do coronavírus.* Brasil: Portal GEN Jurídico, 2020. Disponível em http://genjuridico.com.br/2020/03/23/cumprimento-da-obrigacao-fazer-pandemia/. Acesso em 03 jul. 2020.

STJ. REsp: 1734750 SP 2017/0260473-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2019. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859549422/recurso-especial-resp-1734750-sp-2017-0260473-4/inteiro-teor-859549432?ref=feed. Acesso em 08. jul 2020.

STJ. AgInt no REsp: 1208844 MT 2010/0153221-4, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/12/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/02/2017. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433539344/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1208844-mt-2010-0153221-4/inteiro-teor-433539354. Acesso em 08 jul. 2020.

STJ. REsp: 1543466 SC 2015/0172555-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 17/05/2017. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/306308373/djdf-10-07-2020-pg-1239?ref=feed. Acesso em 08 jul. 2020.

STJ. AREsp: 570278 PE 2014/0214716-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 24/08/2016. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/123623674/stj-24-08-2016-pg-3111?ref=serp. Acesso em 08 jul. 2020.

TJ-SP. AI: 20637010320208260000 SP 2063701-03.2020.8.26.0000, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/04/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/04/2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/C43A5B09027AF2_suspensaoalugueis.pdf. Acesso em 12 jul. 2020.

UOL. *Como estamos de isolamento?*. Brasil, 2020. Disponível em https://www.uol.com.br/tilt/reportagens-especiais/indice-de-isolamento-o-que-revelam-os-dados-de-celular-sobre-a-quarentena/#page2. Acesso em 01 jul. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 2. ed. Vol. II. São Paulo: ATLAS, p.462, 2002.

Artigo Científico

DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS A EMPRESAS: ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL MUDANÇA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DOS CLUBES DE FUTEBOL NO BRASIL

FROM NON-PROFITABLE ASSOCIATIONS TO COMPANIES: ANALYSIS OF THE POSSIBLE CHANGE IN THE LEGAL PERSONALITY OF FOOTBALL CLUBS IN BRAZIL

Bruno Fernandes de Paula*

Resumo: O presente artigo trata de discussão bem atual, visto que reacende na esfera pública o debate sobre os clubes de futebol disporem de nova roupagem jurídica, mais especificamente, mudarem de associações sem fins lucrativos para empresas ou, pelo menos, serem incentivados a essa transição. Nesse sentido, em um primeiro momento, guiado pela metodologia da perspectiva histórica, o artigo almeja descrever a importância cultural e econômica do futebol no contexto brasileiro e mundial, e como essa conjuntura se avultou no transcorrer do tempo, traduzindo-se no processo de "empresarização" do esporte. Em seguida, cabe destacar o desenvolvimento histórico do tratamento legislativo aos times de futebol brasileiro e a consequente estrutura jurídica predominante dos mesmos, além de apresentar exemplos dos principais clubes europeus, tudo isso mediante detalhado estudo comparativo. Sendo oportuno, nesse ponto, uma análise doutrinária das pessoas jurídicas que determinam a estrutura dos clubes de futebol. Em ponto de suma importância do artigo, antes da conclusão, busca-se focalizar em uma detalhada análise da discussão existente na esfera pública sobre o tema, em especial nos Projetos de Lei de autoria do Senado e da Câmara. Finalmente, conclui-se na direção de ser oportuna a mudança do formato jurídico dos clubes de futebol brasileiros, desde que essa transformação seja desenvolvida de maneira estruturante, atributo aparentemente mais presente no Projeto de Lei do Senado.

Palavras-chave: Direito Societário. Direito Empresarial. Direito Desportivo. Futebol.

Abstract: *This article deals with a very current discussion, since it reignites in the public sphere the debate about football clubs having a new legal personality, more specifically, changing from non-profit associations to companies or, at least, being encouraged to this transition. In this sense, at first, guided by the methodology of the historical perspective, the article aims to describe the historical, cultural and economic importance of football in the brazilian and worldwide context, and how this situation has grown over time, translating into the process of "entrepreneurship" of football. Then, it is worth highlighting the historical development of the legislative treatment of Brazilian football*

* Estudante de graduação do curso de Direito na Universidade de Brasília e estagiário no Gabinete do Ministro Luiz Fux, no Supremo Tribunal Federal. E-mail: brunofernandesdep@gmail.com

teams and the consequent predominant legal structure of them, in addition to presenting examples of the main european clubs, all through a detailed comparative study. It is opportune, at this point, a doctrinal analysis of legal entities that determine the structure of football clubs. An extremely important point of the article, before the conclusion, it is sought to focus on a detailed analysis of the existing discussion in the public sphere on the theme, especially in the bill authored by the Senate and the Chamber. Finally, it is concluded that it is opportune to change the legal format of brazilian football clubs, provided that this transformation is developed in a structuring manner, an attribute apparently more present in the senate bill.

Keywords: *Corporate Law. Business Law. Sports Law. Football.*

1. INTRODUÇÃO: BREVE HISTÓRIA DO FUTEBOL NO MUNDO E NO BRASIL E SUA DIMENSÃO NA ATUALIDADE.

O O futebol como hoje é conhecido se desenvolveu a partir de diferentes práticas esportivas com bola que se difundiram por toda a Europa, principalmente, entre os séculos XVI e XIX. No entanto, em um momento ainda embrionário, na Inglaterra, grande berço da modalidade, o jogo ainda não era definido como esporte, porquanto só assim consideradas as atividades praticadas pela nobreza, que preteria o futebol em detrimento de outras que simulavam combates, como o arco-flecha e equitação (DE OLIVEIRA, 2012, p. 171).

Nesse sentido de negação, segundo Antônio Rodrigues do Nascimento (2013, pp. 32-33), foram marcantes diversas tentativas de proibição dos esportes praticados com bola na Inglaterra - precursores do futebol -, o que fazia sentido, visto que os jogos eram marcados pela grande violência. Exemplo disso é o *hurling over country,* prática que consistia no encontro dos jogadores em local equidistante de duas cidades, e o grande objetivo consistia em levar a bola até a praça da cidade rival. Ocorre que o transcorrer do jogo era marcado pela ausência de regras rígidas que visassem a segurança dos participantes, como expõe o Antônio Rodrigues do Nascimento (2013, p. 32): "mortes e ferimentos graves eram comuns. Além dos acidentes causados pelo contato físico permitido, as competições também serviam para acertos de contas entre cidades rivais e vinganças pessoais.".

Ainda com base em Antônio Rodrigues do Nascimento (2013, pp. 33-34), o entendimento como esporte e o desenvolvimento do futebol se devem muito ao professor da cidade inglesa Rugby, chamado Thomas Arnold, revolucionário por inserir a prática de esportes no currículo de escolas públicas e universidades inglesas, entre as décadas de 1820 e 1840. Sobre a importância de Arnold, impende colacionar excerto de detalhado estudo sobre os esportes:

> O Esporte Moderno foi criado pelo inglês Thomas Arnold, diretor do Rugby College, que, a partir de 1820, começou a codificar os jogos existentes com regras e as competições. Rapidamente a ideia de Arnold se estendeu por toda a Europa. Com essa ideia surgiram os clubes esportivos, originados no Associacionismo inglês. Esse Associacionismo tornou-se o primeiro suporte para

a Ética esportiva (TUBINO, 2010, p. 24).

Foi nesse contexto que os esportes com bola começaram a ganhar um novo escopo, de difundir o companheirismo e a disciplina. Ademais, foi na necessidade de formulação de regras comuns[1] para competições entre escolas e universidades que se ensejou a criação do futebol e que esse se diferenciou de outros esportes, como o rugby. Nesse momento, estavam estruturados os alicerces da modalidade esportiva que viria a se tornar a mais popular do mundo.

Em sua origem, é destacada uma diferença do futebol na Inglaterra e no Brasil. Enquanto no país europeu o esporte esteve sempre associado à classe operária; no Brasil, por muito tempo, se consolidou como uma prática extremamente elitista. O historiador Eric Hobsbawm (2005, p.268) traduz bem o vínculo apaixonado da massa menos abastada no país britânico: "o futebol como esporte proletário de massa - quase uma religião leiga". Outro trecho que demonstra bem essa questão é de Marcos Guterman:

> Comparado ao que ocorria na própria Inglaterra, era um paradoxo e tanto. O futebol inglês nasceu em meio ao crescimento da massa operária. Era um jogo que trazia para locais público toda a raiva das classes baixas do país, atulhadas nas cidades cada vez mais hostis (GUTERMAN, 2013, p. 35).

Em terras brasileiras, no entanto, a história foi bem diferente. Tudo começa pelas pessoas que trouxeram o esporte ao país: Charles Miller, responsável por importar o futebol da Inglaterra e Oscar Alfredo Cox, que ajudou a introduzir o futebol no Rio de Janeiro. Ambos eram filhos de estrangeiros ricos enviados para estudar na Europa. Nesse contexto, nos seus primeiros anos, o futebol foi acompanhado e praticado pelas classes mais altas (juntou-se aos ricos imigrantes a poderosa oligarquia cafeeira brasileira), que costumavam se reunir nos primeiros estádios, com trajes e modos considerados na época de "cavalheiros" (GUTERMAN, 2013, pp. 35-42).

Contudo, os tempos mudaram na medida em que os negros e pobres mostraram-se imprescindíveis para que os times pertencentes a elite apresentassem melhores resultados. A partir de então, o futebol teve uma ascensão meteórica no século XX, se tornando a maior das expressões sociais no Brasil, além de fator determinante da identidade cultural do país. Toda essa relevância do esporte foi muito bem interpretada por Carlos Byington (1982):

> Minha tese é atribuir a evolução do futebol à atividade do inconsciente coletivo na transformação da cultura, da mesma forma que nossos costumes populares, obras de arte, mitos, crenças e religiões. Acredito que podemos afirmar que o futebol se implantou revolucionariamente sem proselitismo, só e exclusivamente a partir da alma do povo, de baixo para cima, transformando-se

[1] O futebol tem como data de nascimento o dia 26 de outubro de 1886, quando um grupo que representavam 11 instituições, entre elas escolas, universidades e clubes, se reuniram para consolidar as regras do novo esporte e fundaram a *Football Association* como entidade responsável por organizar as competições do futebol, e que existe até hoje (DO NASCIMENTO, 2013).

> num exemplo de evolução cultural também revolucionário diante das teorias clássicas da História.

Nesse sentido, o inevitável e contínuo crescimento do esporte vem consolidando o fenômeno da empresarização do futebol. Tal questão pode ser entendida como o influxo da lógica de mercado em organizações culturais, em específico, no futebol. Em outras palavras, a empresarização consiste na busca incessante por resultados e transformação dos produtos do futebol em mercadoria, afastando em parte a relação com valores e tradições e aproximando de critérios de eficiência competitividade e rentabilidade (RODRIGUES; DA SILVA, 2009, p. 18).

O referido processo começou cedo na Inglaterra, sofisticando-se cada vez mais. Desde os primeiros anos da prática do esporte, investidores viram o futebol como um ótimo meio para injetar os excedentes das fábricas, que estavam em grande prosperidade em plena revolução industrial. Apesar de opiniões contrapostas, o futebol logo se tornou objeto de investimentos. Em um primeiro momento, com a finalidade de profissionalização da atividade e contratação remunerada de atletas, que, pela competitividade entre os clubes, foram objeto de cobiça para a formação de equipes vencedoras (DO NASCIMENTO, 2013, pp. 35-36).

Desde então, os ingleses viram no esporte a oportunidade de lucro, propiciando de imediato o fim das *associations* e utilizando-se do modelo empresarial de sociedade limitada. Todo esse desenvolvimento ocorreu já no final do século XIX e primeira metade do século XX, fato determinante para a supremacia do futebol inglês frente aos dos outros países no período. Ainda nesse processo de empresarização, na segunda metade do século XX, os gestores dos clubes do país inglês deram mais um passo, conferindo às equipes de futebol roupagem jurídica de sociedades anônimas, com o fito de atrair mais investidores e aumentar a rentabilidade. (DO NASCIMENTO, 2013, pp. 36-38)

No Brasil, o desenvolvimento desse processo de empresarização foi bem diferente e continua caminhando a curtos passos. Desde o começo do esporte no país, a resistência à profissionalização foi muito grande, principalmente, por causa do elitismo, que fomentou o amadorismo a fim de que não se abrisse espaço para os pobres e negros na prática do futebol, uma vez que, se fosse profissionalizado, esses seriam contratados e ganhariam espaço no esporte por merecimento.

Mesmo frente todas as barreiras impostas dentro do país, devido a globalização crescente, o futebol nacional não foge da lógica econômica nos dias atuais. É exatamente sobre todo esse processo de profissionalização e de influxos da lógica de mercado no futebol que o artigo irá se debruçar mais adiante, examinando o desenvolvimento legislativo e as discussões atuais acerca da organização dos clubes de futebol. Antes disso, cabe destacar alguns números para se entender a dimensão do esporte em contexto mundial e brasileiro:

> Considerados os números absolutos, o futebol é o esporte mais popular do mundo. O censo de atletas realizado em 2007 pela Fédération Internationale de Football (FIFA) registrou 265 milhões de praticantes em atividade de ambos os sexos. Segundo a FIFA, há 5 milhões de profissionais trabalhando no mundo como árbitros, técnicos, assistentes e funcionários de clubes de futebol.

> A torcida global soma mais de 1 bilhão de pessoas [...] O global football business movimenta centenas de bilhões de dólares anuais. Apenas a FIFA, entre 2007 e 2010, gerou uma receita de 4,189 bilhões de dólares. [...] Um relatório do estudo realizado pela empresa BDO RCS Auditores independentes indica que as receitas dos clubes brasileiros estão em plena evolução, tendo atingido em 2011 um volume de receitas de 2,7 bilhões de reais, resultado que representa um incremento de 235% em relação a 2003 (DO NASCIMENTO, 2013, pp. 50-52).

2. DISTINÇÃO TEÓRICA DOS POSSÍVEIS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL

Antes de entrar em uma discussão mais prática acerca das diferenças ensejadas pelas possibilidades de cada personalidade jurídica que pode estruturar uma equipe de futebol, é importante que se detalhe as diferenças teóricas entre entidades com ou sem fins lucrativos. Em termos gerais, ambas as entidades são pessoas jurídicas que buscam a consecução de seus objetivos mediante a combinação de esforços entre pessoas. As associações são as pessoas jurídicas sem fins lucrativos que buscam seus objetivos sem a pretensão de distribuição de lucros entre os seus membros; já as sociedades, são as pessoas jurídicas que têm como finalidade maior um retorno pecuniário para os seus membros (AMARAL, 2017, pp. 385-386). No Brasil, como via de regra, as equipes de futebol têm como estrutura jurídica as associações, com raras exceções.

Ponto de grande relevância e dúvida sobre as associações é acerca dos limites das atividades exercidas por essas, se podem ou não ser atividades econômicas, questão de grande relevância para as práticas dos clubes de futebol. Nesse sentido, leciona o professor Rodrigo Xavier Leonardo (2015) que o anseio pelo lucro não pode ser fator determinante para a indicação de fins lucrativos ou não, visto que as associações - entidades sem fins lucrativos - podem sim realizar atividades econômicas, essenciais para a manutenção das atividades da entidade. Em outras palavras, o termo “sem fins lucrativos” veda o lucro subjetivo, isto é, a distribuição dos ganhos econômicos entre os associados; mas não, o lucro objetivo, sem qual seria impossível o desenvolvimento das atividades e persecução dos objetivos de determinada associação. Portanto, diante dessa possibilidade de desenvolvimento de atividade econômica nas associações, os clubes de futebol, com todo processo de empresarização já citado, não teriam restrições para desenvolverem atividades econômicas essenciais à sua sobrevivência e sucesso.

No entanto, são muitos os críticos que não concordam com o formato das associações como o ideal para reger times de futebol. Nessa perspectiva, Fabiano Oliveira Costa (2016, pp. 58-64) entende que, em um contexto onde os resultados dependem em grande quantidade dos resultados financeiros, a distribuição de lucros entre os participantes dos engajados nos projetos dos times de futebol é fator de grande importância para o sucesso e para a retroalimentação do profissionalismo no esporte. Além disso, alega que há grande incompatibilidade entre a estrutura jurídica das associações e a realidade jurídica e econômica dos clubes. Em outros termos, as regras definidas para as associações - como as estruturas administrativas, restrições de utilização de recursos e de movimentações de bens - são óbices às pretensões atuais dos times de futebol, que seriam mais atendidas em um modelo

societário.

3. EXEMPLOS DO FUTEBOL INTERNACIONAL: COMO SE ORGANIZAM OS PRINCIPAIS TIMES DO MUNDO

Há grande valor uma análise comparativa com o que ocorre nas organizações dos clubes europeus, já que esses são referências para o futebol brasileiro, tanto em resultados financeiros como em técnicos. Nesse sentido, cabe destacar que não há uma regra única acerca dos modelos de gestão dos clubes europeus, coexistindo o modelo associativo, o empresarial e uma espécie de modelo misto também. Apesar disso, em geral, a regulação europeia diverge da brasileira, determinando com mais especificidade a estrutura jurídica dos clubes de futebol.

Não há país no mundo que movimenta mais dinheiro no futebol do que a Inglaterra - além de ser conhecido por ter o campeonato com maior primor técnico. Como já mencionado no artigo, a Inglaterra foi o berço do futebol e também do processo de empresarização. Assim, as estruturas dos times de futebol do país britânico seguem um modelo completamente empresarial, tendo times administrados por grandes fundos de investimento, como o Manchester United e times que são sociedades anônimas abertas, com ações na bolsa de valores, como o caso do Tottenham Hotspur.

Nos países ibéricos, Espanha e Portugal, há legislação específica para os clubes de futebol, as chamadas Sociedades Anônimas Desportivas (SAD). Apesar disso, há duas exceções no país espanhol, já que os seus dois maiores clubes - Real Madrid e Barcelona - são associações sem fins lucrativos. Já em Portugal, onde também é facultada a adoção da estrutura jurídica de sociedade anônima, em quaisquer dos caminhos pretendidos, é necessário que o controle do clube seja feito pela associação da própria instituição, sendo a abertura do resto do capital uma ferramenta para fomentar investimentos. Segundo o jornalista Rodrigo Capelo (2019), tal estrutura ensejou maior fiscalização e confiabilidade nas gestões dos clubes portugueses, porém não impediu que empresários investidores interferissem na administração dos clubes.

Por último, cabe destacar o caso do futebol alemão, onde as associações que administram os clubes são obrigadas a serem detentoras de pelo menos metade do capital dos clubes-empresa, caso parecido com o de Portugal, e que se aproxima de um modelo de gestão misto, valorizando o caráter associativo e empresarial.

4. DESENVOLVIMENTO DO TRATAMENTO LEGISLATIVO AOS CLUBES DE FUTEBOL BRASILEIRO

Antes de tudo, cabe destacar a dificuldade do direito em acompanhar as mudanças sociais e suas novas mudanças, problemática que cerca diversas áreas do mundo jurídico, mas em especial o direito associativo e empresarial. Nesse sentido, não é diferente com o futebol, que, por toda sua repercussão, sempre foi tema muito sensível ao parlamento brasileiro. Fato que não impediu a edição de leis atrasadas ou diplomas legais que tentaram impor novidades sem os meios suficientes para tanto.

A primeira Lei nacional que buscou regularizar as estruturas dos clubes foi o Decreto-lei n. 3.199 de 14/04/1941, que, diante da desorganização dos esportes, que cada vez

tinham proporções maiores, buscou uma organização geral, principalmente com a criação do Conselho Nacional de Desportos (CND) e da Confederação Brasileira de Desportos (CBD). No entanto, o Decreto que apresentava normas gerais sobre os esportes mostrou-se muito inefetivo e raso, exemplo disso é o improfícuo artigo 3º, que determinou a CBD como competente para disciplinar a organização das associações desportivas. *In verbis:*

> Art. 3º Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Desportos:
> a) estudar e promover medidas que tenham por objetivo assegurar uma conveniente e constante disciplina à organização e à administração das associações e demais entidades desportivas do país, bem como tornar os desportos, cada vez mais, um eficiente processo de educação física e espiritual da juventude e uma alta expressão da cultura e da energia nacionais; (BRASIL, 1941).

Em 1976, promulgou-se a Lei n. 6.354/76, que era entendida até então como a mais importante para a regularização do futebol, principalmente no que tange a relação profissional entre atletas e os clubes de futebol. No entanto, essa pretensa modernização manifestou-se como uma superficial medida populista sem nenhuma séria pretensão de estruturar competentemente o negócio. (COSTA, 2016, p. 53)

Depois do fim da ditadura militar, em 1985, organizou-se a Comissão de Reformulação do Esporte Brasileiro, que por muito tempo foi omissa pela falta de recursos financeiros e técnicos. No entanto, teve como grande expoente elevar o esporte como direito constitucional, previsto no artigo 224 da Constituição Federal de 1988. No anseio de regularizar esse preceito, editou-se a Lei n. 8.672/93, conhecida como Lei Zico, que, no que é relevante para o trabalho em questão, inova a partir da possibilidade de as, até então, associações sem fins lucrativos se transformarem em entidades com fins lucrativos. Além disso, determinou quais seriam essas últimas entidades. (COSTA, 2016, p. 53-54) In verbis:

> Art. 10. As entidades de prática do desporto são pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, constituídas na forma da lei, mediante o exercício do direito de livre associação.
> Art. 11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas:
> I - transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva;
> II - constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto;
> III - contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas (BRASIL, 1993).

Ainda segundo Fabiano Costa (2016, pp. 54-55), devido ao ambiente amador e toda conjuntura ainda incipiente do mercado esportivo, os clubes de futebol não foram capazes

de absorver a possível transição prevista no dispositivo supracitado, sendo o mesmo revogado pela famosa Lei n. 9.615/98, chamada de Lei Pelé. Esse novo diploma legal dispôs sobre a questão de maneira mais incisiva e polêmica que o anterior, obrigando a transição dos times para entidades com fins lucrativos (artigo 27). sob pena de suspensão das atividades (parágrafo único, artigo 27). Diante da descabida imposição os clubes de futebol prontamente se negaram a essa mudança e muitos críticos argumentaram pela inconstitucionalidade do dispositivo, que violava a liberdade de associação e impunha uma transição drástica do que se estruturou por anos (COSTA, 2016, p. 54).

Frente a total ineficácia do artigo e todas as críticas, a Lei n. 9.981/2000 revogou a obrigatoriedade da transição e a consequente suspensão a quem descumprisse. Ainda, a mesma lei tratou sobre tema importante e bem atual nas discussões da atualidade, que concerne a preocupação de grandes empresas que têm influência nos times serem capazes de manipular resultados para o seu interesse. Nesse sentido, a Lei n. 9.981/2000 determinou, no artigo 27-A, sobre a impossibilidade de qualquer pessoa física ou jurídica que detém capital ou participe da gestão de uma entidade de prática desportiva seja detentora de capital ou integrante da gestão de outra.

Diante de todo exposto, temos uma base de criação legislativa que não gerou muitos resultados, mas de qual se espera, ao menos, o desenvolvimento da questão para que atualmente essa seja discutida e decidida de forma mais madura. Tal discussão é objeto do próximo tópico.

5. DISCUSSÃO ATUAL: O INTENSO DEBATE SOBRE A QUESTÃO NA ESFERA PÚBLICA

É inconteste que o debate acerca de mudanças na estrutura jurídica dos clubes de futebol foi reacendido com grande força na esfera pública nos tempos atuais. No entanto, não há consenso em qual direção o caminho será seguido, já que existem no congresso nacional diferentes propostas – que serão aqui analisadas. Apesar das incertezas, o que se mostra certo é que não há mais a cogitação de uma transição forçada, como na Lei Pelé, ficando a critério de cada time a adoção ou não de um modelo empresarial.

Um dos projetos que correm no parlamento é o Projeto de Lei 5.516, de 2019, do Senador Rodrigo Pacheco e com apoio do Governo Federal. O pretenso diploma legal busca criar uma estrutura jurídica específica para os clubes de futebol, a chamada Sociedade Anônima do Futebol (SAF), que teria como escopo principal a criação de um meio seguro de atração de investidores. Com essa regulação, os novos clubes-empresa seriam regulados pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) com regras especiais de governança - ideia inspirada no Novo Mercado da B3 na bolsa de valores, que trata das sociedades abertas pela autorregulação (VALENTI; MENDES,2019).

Nesse projeto o clube seria o único detentor das ações ordinárias classe A, que lhe conferiria direito especiais principalmente relacionados à proteção de questões relativas às tradições dos clubes - ponto que preocupa muito quem teme um grande processo de empresarização do futebol. Exemplo desses direitos são poderes exclusivos de decisão relativos à mudança na denominação, alteração de signo, uso do estádio e mudança de sede. (PACHECO, 2019, pp. 6-7)

Ademais, questão central do projeto é acerca de especificações da governança e transparência. O projeto determina a existência de um Conselho Administrativo permanente, com, no mínimo 50% dos membros independentes, além de uma série de restrições gerais aos conselheiros, como a impossibilidade desses de participarem de outra SAF. Outro requisito é a sociedade ter um Conselho Fiscal permanente. Quanto à transparência, o projeto determina que pessoas jurídicas detentoras de determinada porcentagem das ações detalhem os dados de seus controladores. (PACHECO, 2019, pp. 8-10) Todo supracitado é determinante para a pretensão de profissionalização do futebol brasileiro.

Um último ponto a se observa do Projeto de Lei 5.516, de 2019, é pertinente à sua previsão de um regime tributário transitório. O destaque é de suma importância, na medida em que esse sempre foi um dos principais motivos, senão o mais importante, para que os clubes não migrem para uma estrutura jurídica societária. Segue previsão inicial do projeto:

> O Projeto prevê, ainda, um regime tributário facultativo, de natureza transitória, denominado "Re-Fut", com o recolhimento único de 5% (cinco por cento) da receita mensal, apurada pelo regime de caixa, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (a) Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ; (b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;(c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; (d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; e (e) Contribuições previstas nos incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei (PACHECO, 2019, pp. 19-20).

Por outro lado, e mais adiantado, o substitutivo do Projeto de Lei 5.082, de 2016, sob relatoria do Deputado Pedro Paulo, foi aprovado na Câmara dos Deputados e segue para o Senado. Muito diferente do anterior, esse Projeto não prevê nenhuma estrutura jurídica específica para o futebol, mas busca incentivar a transição a partir da concessão de benefícios especiais para quem aderi-lo. Nesse sentido, os clubes estariam livres para escolher entre a sociedade limitada ou anônima.

O principal meio de convencimento para os times adotarem a transição é que os mesmos teriam uma grande ajuda para quitar suas dívidas, sejam elas privadas ou fiscais. Para essas, o Projeto prevê cinco modalidade para pagamentos do superendividamento, com incentivos para pagamentos antecipados; já para as dívidas privadas, é previsto que os clubes que aderirem à estrutura societária poderão imediatamente beneficiar-se da recuperação judicial, sem o requisito de dois anos de funcionamento em vigor no ordenamento jurídico.

Ademais, ao buscar flexibilizar e facilitar os contratos entre jogadores e clubes-empresa, o Deputado Pedro Paulo incluiu no texto de seu Projeto a possibilidade de contratos hipersuficiente, que podem afastar o direito trabalhista. Tal instituto já foi previsto na recente reforma trabalhista, mas tem como condição diploma de ensino superior por parte do trabalhador, requisito dificilmente preenchido por jogadores de futebol. Tendo tal realidade em vista, o Deputado optou por ter como única exigência para a verificação da hipersuficiência o salário do atleta, que deve ultrapassar onze mil e seiscentos reais.

Por último e em consonância com o Projeto que corre no Senado, busca-se aqui também criar um sistema tributário diferenciado para os clubes-empresa, mas de maneira diversa. O Projeto aprovado na Câmara cria um sistema permanente chamado Simples-Fut, determinando às novas empresas o pagamento dos impostos devidos às associações, com acréscimo fixo de cinco por cento sobre a receita bruta.

6. CONCLUSÃO

Antes de qualquer ponderação, impende destacar que toda discussão vai muito além de tentativas puramente técnicas que visam o sucesso do futebol no país. Tal questão envolve, com grande força, os interesses de um grupo que conseguiu conquistar privilégios durante todo o processo da estruturação que ocorreu até aqui (AIDAR; OLIVEIRA; LEONCINI, 2002).

Mesmo assim, é visível que, nos dias atuais, há um empenho para que, finalmente, haja mudanças consideráveis no cenário do futebol brasileiro, mesmo que essas sejam propostas por caminhos diferentes. Desse modo, visto a dimensão da importância cultural, social e econômica que o futebol representa hoje, tal movimentação é de grande relevância. No entanto, é imprescindível que as discussões se consolidem em uma rota frutífera e efetiva para o futebol nacional, e não sejam a base para dispositivos legislativos rasos e afastados da realidade, como outrora.

Nesse sentido, o cenário atual das estruturas jurídicas dos clubes brasileiros - onde, via de regra, as equipes são associações -, as diversas tentativas legislativas no país de alterar essa realidade e uma análise comparativa com os principais times do mundo evidenciam que é sim oportuna uma inovação legislativa para que, ao menos, abra a possibilidade para os times escolherem qual roupagem jurídica se compatibiliza melhor com suas pretensões.

Nessa lógica, destacaram-se os diferentes caminhos que correm no legislativo brasileiro atualmente, fato que, por si só, não é preocupante, visto que, com os exemplos europeus, constata-se que não há uma regra única para o sucesso. No entanto, analisando os dois principais Projetos de Lei, são claras significativas diferenças, com repercussões completamente distintas para os clubes.

Assim, conclui-se, por meio do exposto, que o Projeto de Lei 5.516, de 2019, do Senado, tem pretensões mais estruturantes, visando resolver os problemas financeiros e administrativos dos clubes a partir de uma estrutura jurídica específica, que visa atender as demandas bem singulares dos times de futebol. Por outro lado, o Projeto de Lei já aprovado na Câmara é entendido aqui como mais remediador e assistencialista, visto que tem como ponto central ajudar os clubes no refinanciamento de suas dívidas, o que seria um tratamento aos efeitos e não diretamente às causas do problema.

Portanto, é conclusivo que são necessárias mudanças relativas à estrutura dos clubes de futebol e que, nessa direção, têm-se debates mais maduros e preocupados do que em um passado completamente infecundo no que tange a questão. No entanto, como visto, os pontos discutidos seguem caminhos diferentes, que devem ser analisados e escolhidos com cautela para o efetivo desenvolvimento de um anseio antigo e relevante, a modernização do maior esporte do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDAR, Antônio Carlos Kfouri; OLIVEIRA, João José Trindade; LEONCINI, Márvio Pereira. *A nova gestão do futebol.* 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução.* 9. ed. rev. midif. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.199, de 14 de abril de 1941*. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3199.htm . Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.672, de 6 de julho de 1993.* Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672.htm . Acesso em: 17 nov. 2019.

BYINGTON, Carlos. Conflitos simbólicos da alma coletiva. *SPCultura,* ano 1, n.1, ago. 1982.

CAPELO, Rodrigo. *Entenda como funcionam os "clubes-empresas" em Alemanha, Itália, Inglaterra e Portugal*. 30 ago. 2019. Disponível em: https://globoesporte.globo.com/blogs/blog-do-rodrigo-capelo/post/2019/09/30/entenda-como-funcionam-os-clubes-empresas-em-alemanha-italia-inglaterra-e-portugal.ghtml Acesso em: 13 nov. 2019

COSTA, Fabiano de Oliveira. Estruturação jurídica do clube-empresa. *Dissertações do Programa de Mestrado em Direito,* v. 1, n. 1, 2016.

DE OLIVEIRA, Alex Fernandes. Origem do futebol na Inglaterra e no Brasil. *RBFF-Revista Brasileira de Futsal e Futebol,* v. 4, n. 13, 2012.

DO NASCIMENTO, Antônio Rodrigues. *Futebol & Relação de Consumo.* 1. ed. Barueri, SP: Minha Editora, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449295/. Acesso em: 23 nov. 2019

GUTERMAN, Marcos. *O futebol explica o Brasil: uma história da maior expressão popular do país.* Editora Contexto, 2013.

HOBSBAWM, Eric. *Mundo do trabalho: novos estudos sobre história operária.* 4. ed. São Paulo, SP: Paz e Terra, 2005. p. 268.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações sem fins econômicos podem ser empresárias?* 15 jun. 2015. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/direito-civil-atual-associacoes-fins-economicos-podem-empresarias. Acesso em: 13 set. 2019

PACHECO, Rodrigo. *Projeto de Lei nº 5516, de 2019.* Cria o Sistema do Futebol Brasileiro, mediante tipificação da Sociedade Anônima do Futebol, estabelecimento de normas de governança, controle e transparência, instituição de meios de financiamento da atividade futebolística e previsão de um sistema tributário transitório. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8025061&ts=1572470212689&disposition=inline Acesso em: 23 nov. 2019

RODRIGUES, Marcio Silva; DA SILVA, Rosimeri Carvalho. *A estrutura empresarial nos clubes de futebol.* Organizações & Sociedade, v. 16, n. 48, p. 17-37, 2009.

TUBINO, Manoel José Gomes. *Estudos brasileiros sobre o esporte: ênfase no esporte-educação.* Editora da Universidade Estadual de Maringá, p. 24. 2010.

VALENTI, Graziella; MENDES, Luis Henrique. *2020 será decisivo para modelo do futebol brasileiro.* 27 nov. 2019. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/11/27/2020-sera-decisivo-para-modelo-do-futebol-brasileiro.ghtml Acesso em: 23 nov. 2019

Artigo Científico

DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA FIXAÇÃO DE ASTREINTES NO PROCESSO CIVIL: UM ESTUDO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELIMITATION OF OBJECTIVE CRITERIA FOR FIXING ASTREINTES IN THE CIVIL PROCEDURE: A STUDY BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Bárbara Trevizani Dutra*
Carolina Andrade Melo Guedes**
Júlia Vingren Ferreira Oliveira***
Keylla Thalita Araújo****

Resumo: O regramento das *astreintes* se encontra disposto nos art. 536 e 537 do CPC/15. Todavia, a legislação processual não determina critérios objetivos a serem observados pelos aplicadores do direito no momento de sua fixação, limitando-se a dispor que o valor arbitrado deve ser "suficiente e compatível com a obrigação". Nesse sentido, a matéria versada necessita de interpretação, com vistas à delimitação de critérios objetivos para a fixação de *astreintes* no processo civil, a partir de uma pesquisa exploratória, valendo-se da metodologia dedutiva, com a respectiva fixação de critérios específicos a serem aplicados ao caso concreto de maneira geral, utilizando como respaldo a análise jurisprudencial e revisão da literatura pertinente ao tema. Em um primeiro momento, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, a fim de analisar o regramento atual das *astreintes*. Em seguida, passou-se a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente o julgamento do AgInt no AgRg no ARESP nº 738.682, com intuito de extrair critérios objetivos, aptos à orientar aos magistrados no arbitramento das *astreintes,* a fim de se garantir segurança jurídica. Concluiu-se, com base no julgado supracitado, que os aplicadores do direito devem se atentar para os seguintes critérios no momento de aplicação das *astreintes:* o valor da obrigação e a importância do bem jurídico tutelado; o tempo para cumprimento, consistente no prazo razoável e a periodicidade; a capacidade econômica, bem como capacidade de resistência do devedor; a possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e

*Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - Fadivale. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: barbaradutra@live.com.
**Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - Fadivale. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: carolmeloguedes@gmail.com.
***Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
E-mail: oliver.julia.jv@gmail.com.
****Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Avançado de Governador Valadares. Estagiária de Direito da Defensoria Pública da União.
E-mail: keylla020thalita@gmail.com.

dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Palavras-chave: *Astreintes.* Critérios objetivos. Processo civil. Segurança Jurídica.

Abstract: *The rule of astreintes is laid down in Articles 536 and 537 of the CPC/15. However, procedural legislation does not determine objective criteria to be observed by law enforcers at the time of its fixation, but merely provide that the arbitralvalue must be "sufficient and compatible with the obligation". In this sense, the versed matter needs interpretation, with a view to the delimitation of objective criteria for the fixation of astreintes in the civil process, based on an exploratory research, using the deductive methodology, with the respective determination of specific criteria to be applied to the concrete case in general, using as support the jurisprudential analysis and review of the literature pertinent to the subject. At first, a bibliographical research was carried out in order to analyze the current rule of astreintes. Then, the analysis of the jurisprudence of the Superior Court of Justice was passed, notified the judgment of the AgInt no AgRg in THE ARESP No. 738.682, in order to extract objective criteria, able to guide magistrates in the arbitration of astreintes, in order to ensure legal certainty. It was concluded, on the basis of the above judgment, that the applicators of the law must pay to the following criteria at the time of application of the astreintes: the value of the obligation and the importance of the legal good protected; the time to comply, consistent in reasonable time and periodicity; the economic capacity, as well as the debtor's resilience; the possibility of the adoption of other means by the magistrate and the creditor's duty to mitigate the loss itself.*

Keywords: *Astreintes. Objective Criteria. Civil Procedure. Legal Certainty.*

INTRODUÇÃO

O amplo acesso à justiça se revela como direito constitucional assegurado por meio do princípio fundamental garantido à toda coletividade, denominado da “inafastabilidade do controle jurisdicional”, justamente em razão da Constituição Federal rechaçar qualquer lesão ou ameaça de lesão à Direito, conforme consta no art. 5º, inciso XXXV, CF/88, como também é assegurada a garantia da duração razoável do processo para a apreciação da pretensão processual, art. 5º, LXXVIII, CF/88 e art. 4º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

O Estado possui o poder-dever de efetivar os direitos previstos judicialmente. A partir disso, surge a necessidade de analisar as medidas processuais disponíveis para que o Estado-juiz atinja a real eficácia no caso concreto. Nesse contexto, em meio às essenciais ferramentas de efetividade da decisão, estão as multas cominatórias, ou *astreintes*, as quais decorrem diretamente do dever do Estado em resguardar os direitos e deveres processuais para todas as partes envolvidas no processo.

A *astreinte* tem sua origem no Direito Francês e também no instituto anglo-saxônico *contempt of court* (ABELHA, 2016). De acordo com Oliveira (2011), o vocábulo *astreinte* tem sido mantido em outros idiomas, pois não é de fácil tradução, além de ter se popularizado na praxe forense.

Oliveira (2011), Abelha (2016), Amorim (2018) e Theodoro Jr. (2019) definem *astreinte* como a multa aplicada ao devedor com o intuito de pressioná-lo psicologicamente para que cumpra a obrigação devida. Trata-se, em verdade, de meio executivo indireto, podendo ser fixada na fase de conhecimento, em tutela provisória, na sentença ou na fase de execução.

O instituto está presente no ordenamento pátrio desde o CPC/19731[1], de forma que era possível a fixação de *astreintes* para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático das obrigações de fazer e não fazer e também das obrigações de entregar coisa certa.

No CPC/2015, a *astreinte* está prevista no art. 537, inserido dentro da seção: "Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer ou de Não Fazer". Entretanto, apesar de estar expressamente prevista na seção que cuida das obrigações de fazer e não fazer, por força do art. 139, IV, CPC/2015, é possível que o juiz fixe *astreintes* também no processo de execução de entregar coisa ou mesmo de pagar quantia (DOUTOR, 2018).

O regramento da *astreinte* possui mudanças significativas a partir do CPC/2015, o que causou dissensos na doutrina e na jurisprudência, notadamente em relação aos critérios que devem ser seguidos pelo magistrado no momento de fixar a multa coercitiva. Isso pois, muito embora o art. 537 discipline sobre o referido instituto, ele não define critérios objetivos de sua aplicação, tendo apenas determinado que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, bem como deve ser estabelecido um prazo razoável para o cumprimento do preceito.

A partir disso, ante a omissão legislativa, nota-se certa dispersão de entendimentos na jurisprudência em relação ao estabelecimento de critérios objetivos para a fixação da multa pelo julgador. Desse modo, a delimitação de critérios para sua aplicação, no caso concreto, acaba ficando à mercê do julgador, o que acaba por causar insegurança jurídica para os jurisdicionados.

Assim sendo, o presente artigo pretende analisar a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o objetivo de delimitar critérios objetivos a serem observados pelos aplicadores do direito ao fixarem as *astreintes.* A finalidade de tal delimitação é reduzir a margem de subjetividade do julgador, de modo a garantir maior grau de segurança jurídica às partes.

De maneira delimitada, pretende-se analisar a posição do STJ a respeito dos critérios de fixação das *astreintes* no processo civil, como também o conflito de normas constitucionais de eficácia horizontal existente entre dois direitos fundamentais do credor e devedor.

Parte-se do pressuposto de que, mesmo diante dos dissensos acerca dos critérios a serem observados quando da fixação das *astreintes,* é possível encontrar na jurisprudência precedentes em que se delimitaram tais critérios. Para tanto, analisaremos de forma crítica os critérios que foram estabelecidos pelo STJ no julgamento

[1] A possibilidade de fixação de *astreintes* era disciplinada pelos arts. 461 e 461-A do CPC/1973.

do AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, demonstrando, portanto, a importância do julgado para fins de orientação dos magistrados no momento de aplicar o instituto, de modo que eles se atentem para tais parâmetros objetivos, a fim de se evitar a fixação de valores exorbitantes ou irrisórios, incapazes de alcançar o objetivo principal da medida, que é compelir o devedor ao cumprimento da obrigação.

Nesse sentido, será enfatizado o voto-vista proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão no recurso supramencionado, de forma a delimitar os critérios norteadores de aplicação das *astreintes*, possuindo como ponto de referência a uniformização da jurisprudência pátria, de modo a mantê-la estável, íntegra e coerente, nos ditames do art. 926 do CPC/ 2015.

O presente trabalho está dividido em três partes, sendo que o primeiro tópico traz um estudo a respeito das *astreintes* no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo uma breve comparação entre o atual regramento do instituto - CPC/2015 - e o regramento anterior - CPC/1973. O segundo, propõe um estudo da posição do STJ a respeito dos critérios de fixação de *astreintes* no fase de cumprimento de decisão judicial e no processo de execução de título extrajudicial; e, no terceiro tópico, será analisado o conflito de normas constitucionais de eficácia horizontal existente entre direitos fundamentais constitucionalizados do credor e do devedor no processo, ou seja, entre particulares. Por derradeiro, serão apresentadas as considerações finais, contando com a conclusão do presente trabalho.

1. AS *ASTREINTES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A discussão em torno das *astreintes* sempre foi muito profícua no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes da vigência do CPC/2015. Como consequência dos intensos debates jurisprudenciais e doutrinários, o legislador procurou suprir lacunas no regime das *astreintes*, que antes existiam no CPC/1973. No entanto, apesar do esforço legislativo, a questão ainda apresenta dissensos consideráveis.

Em primeiro lugar, é preciso definir se as *astreintes* possuem caráter punitivo - de modo a aplicar uma sanção ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação - ou coercitivo - de modo a forçar o cumprimento espontâneo da obrigação por parte do devedor. Tal definição se faz importante, tendo em vista que traz implicações práticas na aplicação do instituto.

A questão de determinar o caráter das *astreintes* despertou muito interesse na doutrina nacional e estrangeira (OLIVEIRA, 2011). Todavia, nem o CPC/1973, nem o vigente, definem explicitamente a natureza do instituto. Desse modo, a definição fica à cargo da doutrina e da jurisprudência. O STJ pacificou a questão no julgamento do AgRg no AREsp 419.485/RS, fixando a tese de que a multa teria natureza coercitiva, objetivando dissuadir o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação imposta.

Por conseguinte, o STJ entendeu que, justamente por não ter caráter punitivo, não seria possível a fixação de *astreintes* retroativamente, após o cumprimento da decisão judicial, ainda que esta tenha sido cumprida com atraso. Isso porque, uma vez que as *astreintes* não configuram punição ao devedor pelo retardo no cumprimento da decisão judicial, mas apenas meio de forçá-lo a cumpri-la, tendo o devedor

cumprido voluntariamente a decisão, as *astreintes* perdem a utilidade.

Com relação ao caráter da medida coercitiva típica, Abelha (2016) aduz que as *astreintes* possuem inegável caráter público, tendo em vista que constituem meio de efetivar a tutela processual. Por esse motivo, de acordo com o art. 537, *caput* e § 1º, CPC/2015, as *astreintes* podem ser fixadas e revistas de ofício pelo magistrado. Tal possibilidade não é novidade do CPC/2015, estando prevista também no CPC/1973, em seu art. 461, § 4º.

Destarte, por se tratarem de meio de coerção indireta de caráter de ordem pública, o STJ pacificou entendimento, no REsp 1.333.998/SP, de que as *astreintes* não estariam acobertadas pelo instituto da coisa julgada. Assim, as *astreintes* podem ter seu valor modificado – majorado ou suprimido – no momento executivo. E, ainda, o § 1º do art. 537 estabelece duas situações em que seria possível a modificação de ofício do valor arbitrado: a) caso a multa tenha se tornado excessiva ou insuficiente; e b) caso o obrigado tenha demonstrado o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

A definição do caráter das *astreintes*, coercitiva e de ordem pública, por sua vez, levanta o debate em torno de quem deveria ser o beneficiário do valor fixado a título de *astreintes*, o credor da obrigação principal ou o próprio Estado. O CPC/1973 não respondia a esta questão, que teve de ser pacificada pela doutrina e jurisprudência. Assim, o STJ, em 2012, no julgamento do REsp 949.509/RS, pacificou o entendimento de que o credor das *astreintes* seria o autor da demanda.

Segundo o Min. Marco Buzzi, apesar de o CPC/1973 não prever expressamente quem seria o credor das *astreintes*, não haveria lacuna a ser suprida. De acordo com o Ministro, caso fosse a intenção do legislador que a multa fosse destinada ao Estado, teria previsto expressamente, sob pena de afrontar o princípio da legalidade estrita.

Amorim (2018) aponta que, apesar de crítica de parcela da doutrina nacional ao entendimento firmado ainda na vigência do CPC/1973, o legislador resolveu a questão determinando expressamente no CPC/2015 que o credor das *astreintes* seria a parte para a qual não foi determinado o cumprimento da obrigação, por força do disposto no art. 537, § 2º do CPC.

Outra questão pacificada pelo CPC/2015 diz respeito às fases em que seria possível a fixação das *astreintes*. O art. 537 deixa claro que é possível a fixação de *astreintes* na fase de conhecimento – tanto em sede de tutela provisória, quanto em sentença – ou na fase de execução. Assim, é possível que o juiz ao final do processo de conhecimento, quando for sentenciar, já fixe de pronto multa em caso de descumprimento da decisão.

Ademais, outro ponto que causava divergência na doutrina e jurisprudência durante a vigência do CPC/1973 é a questão de quando seria possível executar as *astreintes*. A esse respeito, tinha-se dois questionamentos principais: qual seria o termo inicial da multa; e se seria possível a execução provisória de *astreintes*.

A primeira pergunta foi respondida com a edição da súmula 410 do STJ[2], segundo a qual a multa somente seria exigível após a intimação pessoal do devedor para que cumpra a obrigação. Nesse ponto, Amorim (2018) e Assis (2020) apontam que, com o advento do atual CPC, a intimação pessoal do devedor não se faria necessária, podendo este ser intimado por meio de seu advogado, por força do disposto no art. 513, § 2º do CPC. Entretanto, o STJ, no julgamento do EREsp 1.360.577/MG e do EREsp 1.371.209/MG, firmou o entendimento de que a intimação pessoal do devedor ainda se faz necessária para marcar o termo inicial das *astreintes*.

Outrossim, a questão a respeito do momento em que seria exigível a cobrança das *astreintes* permaneceu discordante na doutrina e na jurisprudência durante a vigência do CPC/1973. A problemática era especialmente complexa quando as *astreintes* eram fixadas em um título executivo provisório, ou seja, ainda passível de recurso, de modo que a posição do devedor ainda era incerta. Desse modo, exercendo o seu direito de recorrer – previsto no art. 496, CPC/1973 –, o devedor poderia ter a decisão revertida a seu favor, de modo que as *astreintes* lhe garantiriam grave prejuízo.

Nesse sentido, havia três correntes jurisprudenciais para responder a essas questão. A primeira sustentava que as *astreintes* seriam exigíveis imediatamente, independentemente do trânsito em julgado da decisão que a fixou, por força da própria função coercitiva da multa (AMORIM, 2018).

Uma segunda corrente apontava que seria necessário aguardar o trânsito em julgado para que se pudesse exigir o crédito gerado pela frustração da multa. Amorim (2018) pondera, ainda, que para os autores que defendem essa posição, a mera ameaça de aplicação da multa, independentemente do momento em que seria exigível, já exerceria a pressão psicológica necessária.

Por fim, a terceira corrente, inaugurada pelo STJ no julgamento do REsp. 1.200.856/RS, defendia que a multa fixada em sede de tutela antecipada só poderia ser executada após a sua confirmação na sentença, e no caso de o recurso contra essa decisão não ser recebido no efeito suspensivo (AMORIM, 2018).

A questão foi pacificada definitivamente com o advento do atual CPC, que dispõe, no § 3º do art. 537, que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório imediato. Contudo, o valor deve ser depositado em juízo, sendo possível seu levantamento apenas após o trânsito em julgado de sentença favorável à parte. Desse modo, como ressalta Amorim (2018), o legislador encontrou uma solução que prestigia, ao mesmo tempo, a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança jurídica.

No tocante à periodicidade das *astreintes*, o CPC vigente também inovou ao deixar a cargo do magistrado a fixação da periodicidade com que seria devida a *astreinte*, ao contrário do CPC/1973 que previa a multa diária. Assim, tanto para fixar o quantum, quanto para fixar a periodicidade, o magistrado deve se atentar aos cri-

[2] "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."

térios estabelecidos no art. 537 do CPC/2015, devendo o valor ser fixado de modo suficiente e compatível com a obrigação e, ainda ser determinado prazo razoável para cumprimento voluntário da obrigação.

Ocorre que os critérios estabelecidos pelo legislador são amplos, apresentando pouca objetividade. Desse modo, nos tópicos seguintes será abordado de forma pormenorizada como a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores têm aplicado o disposto no art. 537 do CPC/2015.

2. A POSIÇÃO DO STJ A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DE *ASTREINTES* NA EXECUÇÃO

No presente tópico será analisada com maior profundidade a posição do STJ acerca dos critérios de fixação de *astreintes* em decisão judicial. Quanto a isso, evidente a divergência jurisprudencial perante o tema, tendo em vista que, muito embora o art. 537 do CPC/2015 discipline sobre o instituto da multa coercitiva, o referido instrumento procedimental não define critérios objetivos de sua aplicação. Nesse sentido, o dispositivo em questão se limita em determinar que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, bem como deve ser estabelecido um prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Portanto, uma vez que o dispositivo legal não fixa parâmetros objetivos e não há uma pacificação na jurisprudência quanto a isso, a delimitação e aplicação da multa, no caso concreto, fica à mercê do entendimento do julgador.

Com isso, analisaremos o julgamento do STJ no AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, no qual a Quarta Turma, ao dar parcial provimento ao recurso, estabeleceu importantes critérios e parâmetros objetivos a serem seguidos pelo julgador no momento da fixação da multa coercitiva. Nesse sentido, diante da pulverização da jurisprudência e, também, da ausência da definição de critérios objetivos pela legislação, o precedente em questão se mostra relevante, uma vez que estabeleceu parâmetros objetivos para a aplicação das *astreintes*, não se limitando apenas à aplicação do instituto.

Cumpre pontuar que em alguns casos, o STJ não chegou a se manifestar em relação ao valor da multa aplicada, pelo fato de que em grande parte dos julgados encontrados[3] afirma-se pela impossibilidade de revisão deste valor, tendo em vista a incidência da Súmula 7 do STJ[4]. Todavia, observa-se que a aplicação da referida Súmula pode ser afastada nos casos em que restar verificado que o valor da multa

[3] Aqui, menciona-se o AgInt no AREsp 1207823/SP, no qual a Terceira Turma reafirmou o entendimento de que a proporcionalidade das *astreintes* deve ser verificada no momento de sua fixação, todavia, no caso posto a julgamento, chegou-se à conclusão de que o valor da multa discutido não era excessivo, de modo que alterar o seu valor exigiria incursão fático-probatória, em afronta à Súmula 7 do STJ, que assim determina: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

[4] Pode-se fazer menção, também, ao AgInt no AREsp 1358732 / SP, no qual a Terceira Turma aplicou o mesmo entendimento.
"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

fixada foi irrisório ou exorbitante.

Nesse sentido, para além do julgado que nos propomos a estudar no próximo tópico, por meio da pesquisa jurisprudencial[5] é possível encontrar julgados posteriores em que o STJ reafirma a orientação sedimentada, legitimando a revisão de valores atribuídos às *astreintes*, quando for verificada a exorbitância da quantia em relação à obrigação principal, vez que estaria indo de encontro aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, verifica-se que os parâmetros fixados pelo STJ no

[5] Aqui, cita-se o AgInt no AREsp 1367368/SP, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, no qual a Terceira Turma reafirma o entendimento de que é possível o exame do valor atribuído às *astreintes* em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância da importância arbitrada em relação à obrigação principal, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse caso, a Agravante objetivava que o valor da multa fosse restabelecido aos patamares fixados pelas instâncias ordinárias, no importe de R$ 1.380.595,59 (um milhão, trezentos e oitenta mil, quinhentos e noventa e cinco reais e cinquenta e nove centavos) , uma vez que a multa só alcançou este valor pois a parte Agravada descumpriu com a ordem judicial. Nesse sentido, a Terceira Turma negou provimento ao agravo interno para reduzir o valor da multa, tendo em vista que o valor estipulado pelas instâncias ordinárias de fato revelou-se excessivo e desproporcional, em clara ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
Cita-se, ainda, o AgInt no AREsp 1558353/RJ, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, no qual a Segunda Turma do STJ reafirma o entendimento de que a jurisprudência do STJ admite, excepcionalmente, que ocorra a alteração do valor das *astreintes* nos casos em que o valor da multa for irrisório ou exorbitante, pois nesse caso estaria em descompasso com o objetivo da cominação. Nesse sentido, afirma-se que em situações como essa, não há que se falar em óbice da Súmula n. 7 do STJ, porque torna-se evidente o desrespeito à norma e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Entretanto, no caso julgado, a Segunda Turma negou provimento ao agravo interno, por entender que a fixação do valor da multa decorreu do prudente arbítrio do magistrado.

[6] Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO DE *ASTREINTES* FIXADAS EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. OBRIGAÇÃO CUMPRIDA A DESTEMPO E DE MODO PARCIAL. REDUÇÃO DA MULTA. POSSIBILIDADE. NATUREZA DA OBRIGAÇÃO E DO BEM JURÍDICO TUTELADO. READEQUAÇÃO DA SANÇÃO À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRECEDENTES. DECISÃO AJUSTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)"No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as *astreintes* devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo. 5. 'O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate de loss)' (AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016)" (...) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4001438-52.2020.8.24.0000, de Navegantes, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 02-06-2020) (BRASIL, 2020).

AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ também foram adotados por alguns Tribunais brasileiros, dentre os quais destacam-se o Tribunal de Justiça de Santa Catarina[6] e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios[7].

Destarte, resta evidente a importância da delimitação dos critérios objetivos definidos pelo STJ no AgInt no AgRg no AREsp 738.682 como forma de uniformizar o entendimento e orientar os juristas. Dessa forma, será possível a orientação dos magistrados no momento da fixação das astreites, evitando, assim, a fixação de valores exorbitantes ou irrisórios, passíveis de reforma pelo STJ.

2.1 A POSIÇÃO DO STJ NO AGINT NO AGRG NO ARESP 738.682/RJ

O STJ enfrentou o tema em julgamento ocorrido em 17/11/2016. O caso ascendeu à Corte Superior por meio de Agravo em Recurso Especial interposto pela Agravante, uma Instituição Financeira, contra a decisão que inadmitiu o recurso especial.

De forma monocrática, a Ministra Relatora Maria Isabel Galloti conheceu do agravo e deu provimento ao recurso especial, reduzindo para R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais) o valor total da multa cominatória que foi aplicada em sede de antecipação de tutela, na ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada em face da Agravante.

Após a decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Especial, foi interposto agravo interno por parte da Agravante/Requerente da ação de obrigação de fazer, por meio do qual ela buscava o provimento do agravo para o restabelecimento do valor inicialmente fixado à título de *astreintes*, a saber, R$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos).

Nesse sentido, observa-se que no julgamento do AgInt no AgRg no ARESP nº 738.682 foi dado parcial provimento à pretensão da Agravante. A Ministra Relatora balizou seu entendimento no sentido de que o valor da multa imposta por descumprimento da decisão judicial resultou em um valor aquém dos parâmetros da razoabilidade, considerando o valor de R$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos) uma quantia exagerada e desproporcio-

[7] Nesse sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ADESIVO. NÃO CABIMENTO. *ASTREINTES*. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EFEITO COERCITIVO. 1. O art. 997, § 2º, inciso II, CPC, limita as hipóteses de cabimento de recurso adesivo à apelação, recurso extraordinário e recurso especial; 2. Somente seria admissível o recurso adesivo em agravo de instrumento se interposto em face de decisão proferida na forma prevista pelo art. 356, CPC, que admite a solução de mérito parcial quando formulado mais de um pedido e um ou mais deles mostrarem-se incontroversos e estiverem em condições de julgamento imediato; 3. O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AREsp 738.682/RJ definiu critérios para o estabelecimento da multa coercitiva, levando-se em conta o valor da obrigação, a importância do bem jurídico tutelado, o tempo para cumprimento, a capacidade econômica e de resistência do devedor e a adoção de outros meios pelo magistrado para cumprimento da ordem judicial; 4. O agravante mantém-se em mora por longo decurso de tempo, muito embora tenha sido regularmente intimado a dar efetividade à determinação judicial, o que apenas demonstra sua recalcitrância em atender a ordem do juízo. 5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Recurso adesivo não conhecido.(Acórdão 1237536, 07264588020198070000, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 11/3/2020, publicado no PJe: 28/4/2020 (BRASIL, 2020).

nal. Consequentemente, decidiu pelo reajuste do valor total da respectiva multa para R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), valor correspondente à condenação por danos materiais e morais.

Com efeito, o Ministro Raul Araújo seguiu o entendimento da Relatora, no sentido de que o valor deveria ser reduzido para R$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), ao passo que os Ministros Luis Felipe Salomão, Antônio Carlos e Marco Buzzi optaram por reduzir o valor da multa para o montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais), oportunidade em que foi dado parcial provimento ao agravo.

Destaca-se do julgado supramencionado, o voto-vista proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do acórdão em análise, que deu parcial provimento ao agravo interno, estabelecendo o valor da multa em R$100.000,00 (cem mil reais). Nesse sentido, ao reduzir a multa, o Ministro levou em consideração o valor da obrigação principal, esta que, em seu entendimento, deve corresponder ao valor do real bem jurídico perquirido com a tutela, a saber, o valor do automóvel que se encontrava gravado.

Nessa perspectiva, para a fixação da multa e a definição de sua exigibilidade, assim como eventuais alterações em sua periodicidade e também em seu valor, o magistrado deve sopesar determinados critérios, assim como os fixados no julgado ora analisado. Nesse sentido, o Ministro afirmou que há uma divergência por parte da jurisprudência em relação a estes critérios, de modo que poderá haver entendimentos divergentes até mesmo a depender de qual Turma da Corte Superior irá julgar o caso.[9]

A partir disso, verifica-se a necessidade de se estabelecer parâmetros mínimos para a fixação da multa, a fim de nortear o julgador no caso concreto. Sendo assim, no próximo tópico analisaremos minuciosamente os critérios que foram fixados pelo

[8] Na oportunidade, em sede de antecipação de tutela, foi determinado à Instituição Financeira que procedesse, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), à retirada dos registros do Detran constantes do gravame existente sobre o veículo de propriedade da parte Requerente, bem como se abstivesse de promover a busca e apreensão do automóvel. No entanto, a Instituição Financeira devedora cumpriu com a determinação apenas 407 (quatrocentos e sete) dias depois, de modo que a multa chegou ao patamar de R$ 408.335,96 (quatrocentos e oito mil, trezentos e trinta e cinco reais e noventa e seis centavos).

[9] Quanto ao posicionamento das 3ª e 4ª Turmas do STJ, conforme relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto, verifica-se que predominava na Terceira Turma, à época, o entendimento de que o julgador deve se atentar para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no momento da fixação das *astreintes*, assim como foi decidido no REsp 1.475.157/SC. Dessa forma, desde que não fosse verificada abusividade, não se deveria levar em conta o valor total da dívida, uma vez que o montante da multa só iria aumentar em caso de inadimplência e inércia do devedor, ou seja, por sua própria culpa. Por outro lado, a Quarta Turma, diante do julgamento do AgRg no AREsp 666.442/MA, adotou a posição de que, a partir dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que devem permear o valor da multa, deve-se levar em conta o valor da própria obrigação principal, tendo em vista o objetivo da multa, que é compelir o devedor ao cumprimento da decisão e não o enriquecimento da parte requerente. Nota-se, portanto, uma tendência de redução do valor das *astreintes*, ao contrário da prática adotada pela Terceira Turma, como mencionado.

Min. Luis Felipe Salomão no recurso estudado neste tópico.

2.2 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS NO VOTO DO MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO NO AGINT NO AGRG NO ARESP 738.682

Primeiramente, em seu voto, o Ministro trata sobre o valor da multa. Para ele, no momento de fixar a multa, o julgador deve levar em consideração o valor da obrigação principal, bem como a importância do bem jurídico tutelado, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa por parte do credor. Isso pois, o credor é o beneficiado pela multa e o ordenamento jurídico veda expressamente o enriquecimento ilícito e prevê a obrigação de restituição do valor auferido indevidamente, nos termos do art. 884 do Código Civil (CC) de 2002.

Quanto a isso, nota-se que há uma omissão legislativa em relação ao valor a ser arbitrado, vez que o art. 537, *caput,* do CPC/2015 apenas prevê que o valor deve ser suficiente e compatível com a obrigação.

Importante ressaltar que isso não significa que o valor da multa deve ter como limite o valor a ser perquirido com a obrigação, mas sim que este último deve ser um ponto de equilíbrio para regular a efetividade da decisão judicial e o não enriquecimento ilícito do credor, o qual é beneficiado com a multa.

Nesse sentido, a Segunda Turma do STJ, ao julgar o AgRg no AREsp 725.480/PE, 725.480/PE esclareceu que a proporcionalidade e a razoabilidade do valor da multa não podem ser aferidas apenas pela comparação e diferenciação entre o valor total das *astreintes* e o da própria obrigação principal, de modo que esta avaliação dependerá de cada caso concreto.

Além disso, conforme bem cita Theodoro Jr. (2018), o STJ, quando do julgamento do REsp 1.537.731/MG, concluiu que a medida de arbitramento do valor das *astreintes* deverá sempre ser o equilíbrio e a razoabilidade. Na concepção de Amorim (2018), o valor da multa deve ser capaz de influenciar o devedor e convencê-lo de que o cumprimento da obrigação é a melhor alternativa, razão pela qual o valor não poderá ser irrisório, tampouco exorbitante.

Percebe-se, então, uma consonância entre a posição defendida pelos autores mencionados no parágrafo anterior e os julgados do STJ supramencionados, de modo que ambos chegam à conclusão que a multa não deverá ser fixada em valor ínfimo, tampouco em valor exorbitante, sob pena de não alcançar a sua finalidade. Isso pois, o objetivo principal da aplicação das *astreintes* é coagir o devedor a cumprir a obrigação determinada por decisão judicial, de modo que, decisão que limite o valor das *astreintes* ao valor da condenação acaba por invalidar o propósito principal da multa, ou seja, retira sua eficácia, podendo ser a medida considerada insuficiente.

A partir disso, nota-se a importância de que sejam estabelecidos alguns critérios objetivos quanto ao montante a ser imputado, de modo que o valor da obrigação deverá servir como parâmetro, e não limite, para regular a efetividade da medida e a não oneração do devedor para além da proporção necessária, com o intuito de evitar o enriquecimento ilícito do credor.

Prosseguindo em seu voto, o Ministro estabelece o critério quanto ao tempo para cumprimento da obrigação. Como já mencionado, o art. 537 do CPC/2015 prevê que, quando da fixação da multa, deve ser determinado prazo razoável para cumprimento do preceito.

Quanto à determinação do prazo, Amorim (2018, p. 1193) afirma: "acredito que esse prazo não seja o de duração da aplicação da multa, mas sim o prazo de cumprimento voluntário (não espontâneo) que poderá impedir a sua incidência no caso concreto". Desse modo, o juiz deverá estabelecer o prazo de cumprimento voluntário, este que impedirá a incidência da multa aplicada, sendo que a multa deverá perdurar pelo tempo em que se mostrar útil à sua finalidade, que é o cumprimento da obrigação por parte do devedor. Dessa forma, caberá ao juiz, no caso concreto, realizar uma análise temporal quanto à eficácia da multa durante a sua aplicação.

Ainda, sobre a periodicidade, ressalta o Ministro em seu voto que o prazo de incidência da multa não precisa ser, necessariamente, diário, ou seja, o juiz poderá determinar que a multa seja definida por minuto, hora, mês, dentre outras possibilidades. Nota-se, então, uma diferença em relação ao entendimento que predominava na vigência do CPC/1973, uma vez que o instituto da *astreinte*, previsto em seu art. 461, § 4º, era denominado de "multa diária", termo excluído do CPC/2015. Dessa forma, a definição da periodicidade da multa será realizada pelo magistrado conforme as especificações de cada caso.

Em terceiro lugar, o Ministro trabalhou com o critério da capacidade econômica, bem como a capacidade de resistência do devedor. Nesse sentido, importante que o magistrado considere, no momento de aplicação do preceito, o patrimônio do devedor, em observância ao princípio da menor onerosidade, que se encontra disposto no art. 805 do CPC/2015: "quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado."

Conforme leciona Amorim, esse princípio afasta a ideia de utilizar-se a execução judicial como vingança privada, uma vez que cabe ao magistrado buscar os meios mais adequados para alcançar a satisfação da obrigação. Logo, deve-se evitar impor ao devedor ônus aquém de tais gravames (AMORIM, 2018).

Por outro lado, em seu voto, aduz o ministro que, no momento de aplicação da *astreinte*, o julgador deverá levar em conta o eventual proveito econômico que o devedor poderá ter com a incidência da medida. Quanto a isso, Amorim defende que:

> Não posso concordar que o juiz deve indicar um prazo para o cumprimento, porque nesse caso o executado pode fazer previamente cálculos e decidir que vale a pena descumprir a obrigação, mesmo que lhe venha a ser aplicada a multa. Entendo que a multa deve durar enquanto se mostrar útil a seu fim, qual seja, o cumprimento da obrigação, cabendo ao juiz fazer a análise temporal de sua eficácia durante sua aplicação, e não fixando um termo final antes mesmo de sua aplicação. (AMORIM, 2018, p. 1193).

A partir disso, nota-se que não é viável que o juiz determine um prazo para o cumprimento, pois isso poderia fazer com que a parte devedora calculasse previamente e, a partir disso, decidisse se vale a pena ou não cumprir a determinação judicial. Tal ponto se aproxima da questão do ilícito lucrativo, tema recorrente na disciplina de responsabilidade civil, no qual a parte devedora se exime de cumprir sua obrigação, ao perceber que a inadimplência é mais proveitosa economicamente.

Dessa forma, importante que o julgador siga o terceiro critério proposto pelo Ministro, de modo que, no momento de fixar o valor da multa, deverá levar em conta a capacidade econômica e de resistência do devedor. Com efeito, tais considerações são importantes para caracterizar e reforçar o caráter coercitivo e intimidatório da multa, garantindo que a medida adotada seja uma desvantagem efetiva para a parte devedora, com o objetivo de controlar a prática de condutas lesivas e garantir a satisfação do débito analisado caso a caso.

Por fim, o Ministro discute sobre princípios importantes que permeiam a relação processual, a saber, o princípio da boa-fé processual e o princípio da cooperação, os quais são previstos em todas as fases do processo, disciplinados pelo arts. 5º e 6º do CPC/2015. Rodrigues (2018) pontua que todas as partes que compõem uma lide devem se portar consoante a boa-fé, cooperando entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Acrescenta-se que, conforme discorre Didier Jr. (2017), o princípio da boa-fé processual é, na verdade, decorrência da expansão da boa-fé objetiva a todos os ramos do processo civil. Assim, aponta o autor, que a existência de um vínculo jurídico entre dois sujeitos implica que estes devem agir de modo a não frustrar as expectativas legitimamente criadas em outrem.

Por sua vez, o princípio da cooperação processual, que é decorrente do dever de agir segundo a boa-fé objetiva, atua diretamente no processo civil, imputando aos sujeitos processuais deveres de conduta, de forma a garantir um processo leal e cooperativo. Esses deveres independem de regras previstas expressamente, decorrendo da relação processual entre os sujeitos (DIDIER, 2017).

Cumpre pontuar que tais institutos são de suma importância no âmbito do processo civil, uma vez que já existe um pressuposto de que o devedor não pagou voluntariamente o crédito. Desse modo, levando-se em conta os critérios fixados pelo STJ será possível alcançar a efetiva prestação jurisdicional, como também a criação de um liame de possibilidades para restabelecer a relação jurídica originária da demanda. Ademais, ressalta-se que em caso de comportamento em sentido contrário, são aplicáveis sanções previstas em até dez por cento do valor corrigido da causa, conforme dispõe art. 81 do CPC/2015, em razão da ocorrência da comprovada má-fé por parte do devedor, como seria o caso de ocultação de patrimônio.

Como também, ainda em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão aduz sobre o encargo do credor/exequente de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), este que decorre do princípio da boa-fé, conforme o enunciado nº 169 do Conselho de Justiça Federal (CJF) “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” (BRASIL, 2004).

Segundo Tartuce (2019) a obrigação de mitigar o próprio prejuízo é uma representação da natureza do dever de colaboração e da boa-fé objetiva. Leciona o autor que a parte credora deve buscar o adimplemento nos limites compreendidos do prejuízo, sempre que possível, sendo que o não cumprimento da obrigação lhe traz como produto determinadas sanções, devido à caracterização do abuso de direito. Desse modo, a parte a quem a perda aproveita – por exemplo, pelo aumento do montante fixado a título de *astreinte* – não pode permanecer deliberadamente inerte, de modo que o credor tem o dever de atuar para que seu dano não agrave em demasiado.

Muito embora, o instituto do *duty to mitigate* the loss seja de origem do direito material civil, visto como uma figura parcelar do princípio da boa-fé, sua aplicação é perfeitamente possível no processo civil, justamente em decorrência do princípio da boa-fé objetiva processual – art. 5º, CPC/2015 – e do princípio de cooperação processual – art. 6º/2015, CPC.

Didier Jr. (2017) aponta que as partes têm um dever de proteção mútua, decorrente justamente do dever de cooperação processual. Desse modo, as partes devem se abster de causar prejuízos à outra, agindo sempre que possível para minorar o dano sofrido pela outra parte. A título de exemplo do dever de proteção, o autor cita a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, prevista nos arts. 520, I e 776, do CPC/2015[10].

Nesse sentido, entende-se que será possível a aplicação da figura do *duty to mitigate the loss* ao processo civil justamente em decorrência do dever de proteção entre os sujeitos processuais. Assim, tendo em vista que as *astreintes* possuem o caráter puramente coercitivo e, ainda, que o nosso ordenamento jurídico veda o enriquecimento ilícito (art. 884, CC), é dever do credor se insurgir contra medidas executivas inúteis, de modo a garantir a satisfação do seu crédito e de não onerar em excesso o devedor.

Assim, uma vez verificado que as *astreintes* não estão cumprindo com a função para qual foram fixadas, qual seja o de coagir o devedor a adimplir a obrigação, cabe ao credor se insurgir contra a medida. O processo deve servir para que o credor veja o seu crédito satisfeito, e não para que enriqueça às custas do devedor. Desse modo, entende-se que tanto o devedor, por sua recusa em cumprir a decisão judicial, quanto o credor, por sua inércia em face de uma medida ineficaz, compartilham a responsabilidade pelos valores vultosos que as *astreintes* podem alcançar.

Além disso, deve o magistrado, no momento de fixar a multa, atentar-se para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de se evitar a onerosidade excessiva do devedor e o consequente enriquecimento ilícito do credor e, destarte, garantir os direitos e garantias fundamentais de cada um deles (credor e devedor). Dessa forma, a multa será capaz de cumprir com a sua finalidade, que é, nas palavras de Amorim, causar influência no devedor:

[10] "Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório."

> Tratando-se de medida de pressão psicológica, caberá ao juiz analisar as particularidades do caso concreto para determinar um valor que seja apto a efetivamente exercer tal influência no devedor para que seja convencido de que a melhor alternativa é o cumprimento da obrigação. (AMORIM, 2018, p. 1194).

Portanto, ante a ausência de critérios objetivos no CPC/2015 e também frente a divergência de entendimentos jurisprudenciais, se mostra importante que o juiz siga os critérios definidos pelo STJ no julgado ora analisado. Assim, a multa será capaz de cumprir com a sua finalidade, que é influenciar o devedor e convencê-lo que o adimplemento da obrigação é a melhor alternativa.

3. CONFLITO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA HORIZONTAL

Os direitos e deveres individuais e coletivos não se limitam ao disposto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, podendo ser encontrados ínsitos ao texto constitucional, de forma expressa ou porventura decorrente do liame entre princípios inerente à Lei Maior ou de postulados do próprio Estado Democrático de Direito.

Em complemento, destaca-se que os direitos e garantias fundamentais se diferem dos chamados "remédios constitucionais", sendo o último instituto uma espécie do gênero "garantia", de forma a subsidiar através do ajuizamento de ações constitucionais a depender de seu objeto e pretensão, buscando a efetividade que lhe é garantida.

Ocorre que, por vezes surgem os denominados "conflitos de normas constitucionais de natureza horizontal", tendo em vista a consolidação de dois ou mais direitos fundamentais previstos na Constituição entre particulares. Nesse sentido, aplica-se o princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de interesses entre direitos e garantias fundamentais, em razão de que uma norma prevalecerá em detrimento da outra, sem ocasionar, entretanto, a exclusão total do outro direito constitucionalmente garantido ou sua eventual revogação.

Por conseguinte, o art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 estabelece como direito fundamental o denominado preceito da "inafastabilidade do controle jurisdicional", de forma que o Poder Judiciário não poderá se eximir de julgar os conflitos levados ao seu conhecimento, sob pena de ofensa ao direito inerente a todo cidadão.

Como desdobramento, o credor, ao cobrar ou executar determinada dívida, não pode ter seu direito impedido, sob o argumento de que o devedor não possui saldo para dar quitação ou até mesmo ter seu pleito negado ante a justificativa de esgotamento das formas de adimplemento contratual.

Com efeito, as questões fáticas devem, em verdade, estarem devidamente comprovadas nos autos e o julgador deverá analisá-las uma a uma, não se desconhecendo da possibilidade de eventual interposição de recurso contra a decisão objurgada.

Corroborando com este entendimento, será admitida a aplicação das *astreintes* para pressionar o devedor a pagar quantia certa a fim de realizar o cumprimento de sua obrigação. Verifica-se que remotamente o STJ não admitia tal medida, sob o fundamento de que as *astreintes* não estavam previstas no art. 461, § 5º, CPC/1973, tese que não mais prevalece ante a previsão do art. 139, IV, CPC/2015, de modo a não comportar qualquer discussão quanto à sua aplicação.

Desse modo, estando em um cumprimento de decisão judicial ou execução patrimonial, é perfeitamente possível aplicar a referida multa, gerando o aumento no valor devido, residindo a referida medida tão somente no campo do poderio econômico de uma das partes ante sua resistência em adimplir.

Lado outro, devem ser respeitados os direitos e garantias individuais do devedor, tendo em vista que não será possível ser cobrado montante muito além do que fixado inicialmente, em razão de o CC, de forma expressa, vedar a ocorrência de enriquecimento ilícito por parte do titular do débito em seu art. 884.

Nota-se, portanto, que o adimplemento da obrigação é a regra, podendo em caso de descumprimento voluntário do pacto negocial havido entre credor e devedor, exigir a aplicação de multa em fase de execução provisória de sentença (art. 520 e seguintes do CPC/2015), denominada "*astreintes*".

No que diz respeito às *astreintes*, extrai-se da codificação processual que o juiz possui como prerrogativa exigir de ofício ou a requerimento da parte, a fixação da respectiva multa, com o propósito de assegurar o adimplemento da obrigação constante em título judicial no prazo determinado de 15 (quinze) dias, observada a aferição da proporcionalidade entre o valor da medida cominatória e o conteúdo da obrigação a que se pretende assegurar.

De igual modo, o devedor será citado para pagar em 15 (quinze) dias podendo oferecer embargos à execução, sendo contado o referido prazo na forma do art. 231 do mesmo diploma processual, a qual possui natureza de ação em autos apartados.

Em ambos os casos, a finalidade da imposição de *astreintes* não é a de concretizar a obrigação, ao revés, será necessária somente quando no caso concreto restar demonstrado que o devedor se exime ou oculta patrimônio em detrimento ao pagamento da dívida acordada, devendo, portanto, ser priorizado o cumprimento voluntário e tempestivo do que foi ordenado, captando, assim, a vontade do devedor.

Por derradeiro, nota-se que diante da colisão entre dois direitos fundamentais assegurados entre o credor e devedor, deve o magistrado avaliar os requisitos mencionados pelo STJ quando do julgamento do AgInt no AgRg no ARESP nº 738.682, com o escopo de assegurar a cooperação processual entre as partes (art. 6º, CPC/2015) e o postulado de uniformização da jurisprudência pátria (art. 926, também disposto no CPC/2015).

Os mencionados requisitos disciplinados pelo STJ, à luz do acórdão ora analisado, resumem-se, portanto, em: a) tentar inicialmente o cumprimento voluntário e espontâneo; b) arbitrar um valor que permita atingir seu desígnio de maneira célere,

não podendo se revelar como montante excessivo, em razão da vedação imposta ao enriquecimento ilícito prevista no art. 884, CCl; c) deverá ser possível a aplicação da multa, ou seja, não poderá ser um valor ínfimo; d) utilizar do binômio proporcionalidade *versus* razoabilidade diante da análise a partir do caso concreto em si; e) estabelecer se a medida é de fato eficaz diante da análise do caso concreto; f) analisar a capacidade econômica e a resistência do devedor; e g) ponderar o dever de agir segundo a boa-fé objetiva entre todos os envolvidos na demanda.

Portanto, deve o magistrado, ao analisar o caso concreto, observar os requisitos mencionados pelo STJ, a fim de que se estabeleçam critérios objetivos para a sua aplicação em conformidade com as normas constitucionais e preceitos que regem o cumprimento de sentença (provisória ou definitiva), bem como a execução de título extrajudicial, de modo a garantir tratamento paritário entre as partes em razão de seus direitos e deveres processuais, seguindo o disposto no art. 7º do CPC/2015.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo objetivou analisar de forma crítica, em paralelo à doutrina, o julgamento do STJ do AgInt no AgRg no AREsp nº 738.682, no qual foram estabelecidos critérios e parâmetros objetivos que devem ser seguidos pelo julgador ao aplicar a *astreinte* no caso concreto. De certo, a decisão em questão se mostra acertada, uma vez que, diante da omissão legislativa aliada à dispersão de entendimentos na jurisprudência e doutrina, fez-se necessária a definição dos critérios objetivos, os quais irão nortear o magistrado no momento de fixar a multa no processo civil.

Nesse sentido, observa-se que o STJ enfatizou a proteção integral à garantia da cooperação processual entre as partes (art. 6º, CPC/2015), inerentes ao credor e devedor, sem deixar de estabelecer, no entanto, critérios objetivos para a aplicação das *astreintes* no caso concreto.

Os critérios utilizados pela Corte Superior e abordados no desenvolver do presente artigo, foram, em síntese: a) tentar de modo inicial o cumprimento voluntário e espontâneo por parte do devedor, de modo que decorrido o prazo legal, o executado se tornaria efetivamente inadimplente; b) fixar um valor que permita atingir seu desígnio de maneira célere, não podendo se revelar excessivo, em razão da vedação imposta ao enriquecimento ilícito prevista no art. 884, CC; c) não poderá ser fixado um valor ínfimo; d) utilizar do binômio proporcionalidade versus razoabilidade diante da análise a partir do caso concreto em si; e) estabelecer se a medida é de fato eficaz diante do caso concreto; f) analisar a capacidade econômica e de resistência do devedor e g) ponderar o dever de agir segundo a boa-fé objetiva entre todos os envolvidos na demanda.

Por conseguinte, denota-se que o próprio CPC/2015 estabelece em seu art. 926 o postulado denominado da “uniformização da jurisprudência pátria”, devendo o julgador balizar seu convencimento nos critérios estabelecidos pela Corte Superior sem perder de vista seu caráter subsidiário, coercitivo e eficaz.

Nessa esteira, sugere-se que o juízo competente para a causa, como condutor do processo judicial investido de jurisdição, ao aplicar a multa coercitiva ao caso con-

creto, sopese os critérios objetivos fixados pelo STJ por meio do AgInt no AgRg no AREsp nº 738.682, para que seja possível consolidar o modo de aplicação do instituto em conformidade com a tese de unificação da jurisprudência pátria.

Observa-se, ainda, que não se pode perder de vista o respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor do credor e devedor, no que tange à possibilidade de apreciação da questão posta em juízo, notadamente quanto à obrigação de pagar contratual, bem como a expressa vedação ao enriquecimento ilícito, de modo que não se mostra cabível a cobrança de valor muito além do devido inicialmente.

Desse modo, buscou-se demonstrar quais foram os critérios objetivos fixados pelo STJ para a aplicação das *astreintes* no cumprimento de sentença judicial e execução de título extrajudicial. Além disso, demonstrou-se o entendimento doutrinário a respeito da temática com fulcro em efetivar os direitos e garantias fundamentais de ambas as partes, de forma a aplicar o princípio da proporcionalidade, por meio da ponderação de interesses negociais, sem ocasionar, no entanto, a exclusão total do outro direito constitucionalmente garantido ou sua eventual revogação.

Outrossim, não se deve desconsiderar a finalidade da referida multa, caracterizada como a pena pecuniária fixada na hipótese de descumprimento de ordem judicial, qual seja, induzir o cumprimento de ordem judicial de acordo com o caso concreto.

Por derradeiro, diante da ausência de critérios objetivos estabelecidos na codificação processual civil vigente e frente à divergência de entendimentos jurisprudenciais, conforme restou demonstrado, defende-se a posição de que caso os magistrados, no momento de aplicação das *astreintes*, sigam os critérios analisados, será possível que a multa cumpra com a sua finalidade precípua, qual seja, compelir o devedor ao pagamento, de modo a convencê-lo de que o adimplemento da obrigação é a melhor alternativa dentro do processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMORIM, Daniel Assumpção Neves. *Manual de Direito Processual Civil.* 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado 169*. Dez. 2004. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 06 de jul. de

2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ,* 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/11/2016, DJe 14/12/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1531088&num_registro=201501628853&data=20161214&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.537.731/MA,* 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.08.2017, DJe 29/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1628302&num_registro=201501391670&data=20170829&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 725.480/PE*, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j.20.06.2017, DJe 23/06/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1615377&num_registro=201501379265&data=20170623&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.475.157/SC,* 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18/09/2014, DJe 06/10/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1349601&num_registro=201402082422&data=20141006&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 666.442/MA,* 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13/10/2015, DJe. 20/10/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1451428&num_registro=201500397042&data=20151020&formato=PDF. Acesso em 21 de jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.333.988/SP,* 2º Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.04.2014. Informativo 539/STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270539%27. Acesso em 21 de jul. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 949.509/RS*, 4º Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para o acórdão Min. Marco Buzzi, j. 08.05.2012. Informativo 497/STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_*internet*/informativos/PDF/Inf0597.pdf. Acesso em 21 de jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 1.360.577/MG e EREsp 1.371.209/MG,* Corte Especial, rel. Min. Humberto Martins, rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.12.2018, DJe. 07/03/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1561867&num_registro=201202737602&data=20190307&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.200.856/RS,* Corte Especial, Rel. Min.

Sidnei Beneti, j. 01.07.2014. Informativo 546/STJ. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270546%27. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 419.485/RS,* 4º Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 04.12.2014, DJe. 19/12/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1372947&num_registro=201303532985&data=20141219&formato=PDF. Acesso em 21 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp nº 1207823/SP* , 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24/08/2020, DJe 26/08/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=112384917&registro_numero=201702957568&peticao_numero=202000374129&publicacao_data=20200827&formato=PDF. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no *AREsp 1358732/SP,* 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/08/2020, DJe 26/08/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114284469&registro_numero=201802172879&peticao_numero=202000365214&publicacao_data=20200901&formato=PDF. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1358732/SP,* 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24/08/2020, DJe 01/09/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114284469&registro_numero=201802172879&peticao_numero=202000365214&publicacao_data=20200901&formato=PDF. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1367368/SP*, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24/08/2020, DJe 27/08/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114284573&registro_numero=201802440262&peticao_numero=202000398304&publicacao_data=20200827&formato=PDF. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1558353/RJ,* 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 24/08/2020, DJe 28/08/2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=114256839&registro_numero=201902298290&peticao_numero=202000172565&publicacao_data=20200828&formato=PDF. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento 0726458-80.2019.8.07.0000,* 7ª Turma Cível, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, j. 11/3/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Agravo de Instrumento 4001438-*

52.2020.8.24.0000, 3ª Câmara de Direito Público Rel. Des. Jaime Ramos, j. 02/06/2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.* 19 ed. Salvador: Ed. JusPodivim, 2017.

DOUTOR, Maurício Pereira. *Medidas Executivas Atípicas na execução por quantia certa:* o recurso à ponderação como técnica de solução de colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. Revista de Processo | vol. 286/2018 | p. 299 - 324 | Dez / 2018. DTR\2018\22416

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *As astreintes e sua eficácia moralizadora. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 2 | p. 1151 - 1158 | Jun / 2011. DTR\2012\1320

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 3 v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil,* 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 3 v.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Grandes Temas Do NCPC: medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPodivm, 2018. 9 v.

DEMOCRACIA, CIDADANIA E POLÍTICAS DE BEM-ESTAR SOCIAL: REFLEXÕES DE JÜRGEN HABERMAS EM TORNO DA CRISE

DEMOCRACY, CITIZENSHIP AND SOCIAL WELFARE POLICIES: REFLECTIONS BY JÜRGEN HABERMAS ON THE CRISIS

Felipe Vinícius Capareli*
Giulia Athayde**

Resumo: Ao longo de mais de quatro décadas, Jürgen Habermas se dedicou ao projeto de uma teoria crítica da sociedade. Esse esforço se desdobrou em abordagens multidisciplinares que buscam, a partir da reconstrução de conceitos, evidenciar possibilidades emancipatórias inscritas nas práticas sociais, porém ainda não realizadas. Assim, temáticas afetas ao Estado, ao Direito e à Economia são articuladas em tentativa de compreensão do tempo presente. Diante disso, no contexto pós-segunda grande guerra, Habermas busca compreender as mudanças provocadas pela implementação do modelo estatal de bem-estar social que altera a dinâmica do modo de produção e, numa tensão constitutiva, é condicionado por fatores ainda hoje vivenciados na estrutura do Estado, na Esfera Pública e no Direito. Sobre essas alterações estruturais que, partindo da leitura feita por Jürgen Habermas em três momentos distintos de sua obra (1970, 1980 e 1990), se ocupou a presente reflexão, de modo a concluir que, para o autor, o projeto de um Estado Social não deve simplesmente ser abandonado pelo retorno ao paradigma do Estado liberal. A alternativa consiste na elevação do funcionamento desse projeto a um mais alto grau reflexivo a partir da compreensão procedimentalista.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Políticas de bem-estar social. Estado de Bem-estar social. Crise.

Abstract: *For more than four decades, Jürgen Habermas has devoted himself to the*

*Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), foi monitor da disciplina de Teoria da Constituição, na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Realizou mobilidade acadêmica para a Universidade de Brasília (2017-2018), oportunidade em que foi monitor das disciplinas de Teoria Geral do Estado (UNB) e Sociologia Jurídica (UNB). Pesquisa Teoria do Direito e da Constituição, com ênfase em Teoria Crítica. É membro do núcleo de estudos Direito, Modernidade e Capitalismo (UFMG). Acesso ao Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0389864592620077. E-mail: caparelifelipe@gmail.com

**Acadêmica de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), cursando o 7º período do curso. Pesquisa temas relacionados às áreas de Teoria da Constituição, Teoria Social e Teoria do Direito. Atualmente é monitora voluntária da disciplina de Hermenêutica Jurídica (2020), foi pesquisadora bolsista durante o ano de 2018-2019, é membra do núcleo de estudos "Direito, Modernidade e Capitalismo" desde 2018. Acesso ao Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9844916330810013. E-mail: giu.athayde@gmail.com

project of a critical theory of society. This effort unfolded in multidisciplinary approaches that seek, from the reconstruction of concepts, to show emancipatory possibilities inscribed in social practices, but not yet realized. Thus, themes related to the State, Law and Economics are articulated in an attempt to understand the present time. Therefore, in the post-World War II context, Habermas seeks to understand the changes brought about by the implementation of the state model of social well-being that alters the dynamics of the mode of production and, in a constitutive tension, is conditioned by factors still experienced in the structure the State, in the Public Sphere and in Law. On these structural changes that, starting from the reading made by Jürgen Habermas in three different moments of his work (1970, 1980 and 1990), this reflection was concerned, in order to conclude that, for the author, the project of a Social State it must not simply be abandoned by the return to the liberal state paradigm. The alternative is to raise the functioning of this project to a higher reflective level from the proceduralist understanding.

Keywords: *Democracy. Citizenship. Social welfare policies. State of social welfare. Crisis.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca reconstruir a argumentação de Jürgen Habermas em momentos temporais distintos de sua vasta obra. O primeiro momento situa-se frente ao diagnóstico do autor acerca da crise de legitimação no capitalismo tardio. Posteriormente, em uma fase de transição, o autor analisa o esgotamento das energias utópicas do Estado de bem-estar social e, ao mesmo tempo, fornece indícios que guiarão suas conseguintes pesquisas sobre o Estado Democrático de Direito. Finalmente, em um terceiro momento, Habermas dedica-se à investigação sobre o paradigma procedimental e à possibilidade de ele fornecer uma alternativa ao modelo de crise identificado anteriormente em seus estudos.

Dessa forma, realiza-se a apresentação dos pressupostos que fundamentam as teses do autor em torno do modelo de Estado de bem-estar social, bem como as consequências deles para o exercício da cidadania e, para tanto, baseia-se em três textos relevantes. O primeiro deles é intitulado "O que significa crise hoje? Problemas de legitimação no capitalismo tardio", referente à década de 70. O segundo texto, "A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas", publicado nos anos 80, e o terceiro, trata-se da célebre obra "Facticidade e Validade" representando a década de 90.

Desse modo, o caminho metodológico necessário ao objeto dessa pesquisa revela-se inteiramente bibliográfico.

2. SOBRE OS PROBLEMAS DE LEGITIMAÇÃO DO CAPITALISMO REGULADO DE FORMA ESTATAL NA TEORIA DE JÜRGEN HABERMAS NOS ANOS 70

Habermas explica que quando a figura da crise adentra as teorias sociais evolucionistas do século XIX, Marx desenvolve pela primeira vez um conceito de crise sistêmica, verificando a regulação do crescimento econômico através de uma relação

de poder imbricada à acumulação de capital que, por seu turno, se manifesta na apropriação de horas de trabalho não remuneradas, ou seja, na apropriação de mais-valor. No entanto, para além da lei da queda tendencial da taxa de lucro de Marx, a questão de Habermas consiste em saber como a crise passa a se revelar no capitalismo regulado de maneira estatal. Restaria questionar se as sociedades passaram a seguir um novo e próprio padrão de desenvolvimento ou se, ainda, são reguladas pela tendência autodestrutiva do capitalismo concorrencial clássico observado por Marx.

De início, o capitalismo organizado e regulado pelo Estado geraria duas classes de fenômenos. O primeiro deles seria o processo de concentração das empresas e, o segundo, a inserção do Estado nas lacunas funcionais do mercado. Quanto ao primeiro, Habermas afirma que a propagação das estruturas oligopolistas de mercado, apesar de significarem o fim do capitalismo concorrencial, não anulam o mecanismo de mercado por muito tempo, porquanto as decisões das empresas ainda estejam submetidas aos critérios de rentabilidade (HABERMAS, 2016, p. 428).

No que tange à segunda classe, a substituição parcial do mecanismo de mercado também significaria o fim do capitalismo concorrencial, por outro lado, um planejamento político de alocação de recursos não se mantém eficaz durante muito tempo, em razão da forma naturalizada e irrefletida pela qual as prioridades reivindicadas socialmente se manifestam como consequência das estratégias privadas das empresas. Partindo dessas considerações, Habermas afirma estarem as sociedades avançadas internamente integradas pelos sistemas econômico, administrativo e legitimador.

O sistema econômico, por conseguinte, teria na economia privada um setor regulado pela competição e outro setor regulado pelas estratégias do mercado oligopolista, que registram rápidos progressos produtivos. No setor público, com ênfase naquele de produção armamentista e espacial, surgem grandes empresas controladas diretamente pelo Estado ou firmas privadas que dependem das demandas estatais, podendo operar de maneira independente do mercado (HABERMAS, 2016, p. 429).

No que tange ao sistema administrativo, o aparelho estatal atuaria por duas vias: regulação e valorização do capital. A regulação ocorre diante do planejamento global, manipulando as condições secundárias das empresas com o objetivo de corrigir os efeitos colaterais disfuncionais do mecanismo de mercado. As medidas para regular o ciclo econômico, entretanto, possuem caráter reativo de estratégias para evitar o rompimento do equilíbrio dos sistemas, isto é, incidem após serem necessárias. A segunda via melhoraria as condições de valorização do capital acumulado e excedente (HABERMAS, 2016, p. 430). Por fim, o sistema legitimador é abordado pelo autor.

Após o desmoronamento da ideologia burguesa baseada na justa troca, característica do modelo liberal, o Estado precisa lidar com os distúrbios causados pelo mecanismo de mercado, aumentando os domínios de intervenção estatal e ampliando a necessidade de legitimação do poder público. As tradições desgastadas pelo capitalismo concorrencial deslocam a fonte de legitimação disponível para os valores universais da ideologia burguesa, mais especificamente, nos mecanismos de sufrágio universal. Nada obstante, a solução proposta pela democracia formal cuida do distanciamento entre os fins e os motivos concretos dos cidadãos das decisões

administrativas.

Melhor explicando, o sistema administrativo precisa de autonomia suficiente em relação à formação legitimadora da vontade, dada a conveniência em se afastar de tematização a contradição entre uma produção socializada de maneira administrativa e uma forma privada de apropriação dos valores produzidos. O processo de legitimação, no Estado de bem-estar social, corresponde a um sistema administrativo suficientemente autônomo que se realiza mediante a conquista de lealdade das massas e evita, assim, a participação delas. Nas palavras do autor:

> Em meio a uma sociedade em si política, os cidadãos desfrutam do status de cidadãos passivos com direito à conservação da aclamação; A decisão em termos de autonomia privada sobre os investimentos encontra seu complemento **no privatismo da cidadania da população.** (HABERMAS, 2016, p. 432, grifo nosso).

O autor retoma seu problema inicial para fundamentar qual a tendência de crise que se sujeitaria o capitalismo tardio, tendo-se em vista os distúrbios internos e específicos depreendidos inicialmente dos componentes de integração do sistema: economia, administração pública e legitimação (HABERMAS, 2016, p. 442). Junto a Claus Offe, Habermas defende a tese de que as sociedades do capitalismo tardio são confrontadas com duas dificuldades decorrentes da necessidade do Estado em intervir no processo de produção em duas direções: "output" e "input".

O output do Estado consiste na realização das decisões administrativas, ou seja, na imposição soberana dessas decisões. Para tanto, ele precisa do input, que consiste na conquista de lealdade das massas de forma a dispor de poder legítimo para realizar o planejamento das tarefas administrativas. Assim, input e output se relacionam na medida em que o sistema administrativo se serve do poder legítimo para planejar suas operações e para cumprir os imperativos de controle que assumiu do sistema econômico.

Esse modo de funcionamento do Estado pode levar a duas formas de crise próprias do capitalismo tardio: quando o Estado falha em considerar as tarefas de output, a crise se manifesta na forma de crise de racionalidade, por outro lado, quando considera as tarefas de planejamento sem satisfazer a necessidade de legitimação, o sistema legitimador não consegue manter para si um nível razoável de lealdade das massas, seguindo-se de crises de input que se consubstanciam-se em crises de legitimação. Crises de output concatenam crises de input, logo, se o Estado age de maneira pouco racional, será mais difícil para ele assegurar legitimidade para si, sendo assim, Habermas se detém às crises de legitimação (HABERMAS, 2016, p. 443).

Nesse contexto, a necessidade crescente de legitimação tentará ser satisfeita pelos meios de uma democracia formal, tais meios colocam o Estado ante a negociação de pretensões concorrentes de diversas frações do capital, mas, ao mesmo tempo, dos interesses universalizáveis da população. Assim, para escapar dos problemas de legitimação, ao se tornar independente da formação da vontade legitimadora, vale-se da manipulação dos procedimentos de audiência, dos juízos de especia-

listas, das fórmulas jurídicas encantadas tal como das técnicas de publicidade que provocam a insurgência de preconceitos já existentes na sociedade, produzindo uma esfera pública pouco favorável à tematização das inconveniências e problemas da administração pública (HABERMAS, 2016, p. 444).

Desse modo, a atuação estatal investe no planejamento ideológico, expressão emprestada de Luhmann (HABERMAS, 2016, p. 445), mas acaba surpreendendo-se pela resistência oferecida por um sistema cultural estruturalmente diferenciado do domínio da ação administrativa, pois existem limites estreitos para a possibilidade da manipulação ideológica. Portanto, além do sistema cultural não estar sujeito a ingerência do Estado, a expansão dos domínios intervencionistas, na verdade, contribui para problematizar evidências culturais que antes não vinham à tona.

Com a expansão das atividades do Estado, há a consequente incorporação de auto compreensões culturais ao âmbito do planejamento administrativo, nas partes alcançadas a dimensão cultural deixa de ser naturalizada, perdendo até então a autolegitimação que lhe era própria (HABERMAS, 2016, p. 446). Em outras palavras, a tematização pelo Estado de matérias antes consideradas apenas privadas, restritas ao âmbito familiar ou profissional, desencadeia um processo de necessidade de atribuição justificatória às pretensões do âmbito cultural. Trata-se da politização de âmbitos que antes acreditavam pertencentes tão somente à esfera privada, ameaçando a situação de um privatismo da cidadania fomentado pelas estruturas autocráticas da esfera pública.

Portanto, ao analisar a situação estrutural das sociedades de capitalismo tardio, Habermas conclui que essas sociedades caíram na urgência de legitimação. A falta tenta ser constantemente suprida pela oferta aos cidadãos de prestações que carregam em si a promessa de inserção à sociedade capitalista e, quando surgem as crises, elas tendem a se relacionar a essas prestações conforme ao sistema em duas possibilidades.

A primeira possibilidade ocorre quando as pretensões da sociedade às compensações conforme ao sistema aumentam de forma desproporcional à quantidade de valor disponível para a administração pública, tornando-se maiores que as possibilidades funcionais do Estado. A segunda manifesta-se com expectativas que não podem ser satisfeitas pelas compensações conforme ao sistema. Quanto à primeira, se o privatismo da cidadania for suficientemente mantido pelos benefícios materiais do programa do Estado de bem-estar social, as urgências de legitimação não se agravam em direção à crise (HABERMAS, 2016, p. 447-448).

Por outro lado, no que se refere à segunda possibilidade, um sistema sociocultural inflexível cria pretensões que não podem ser satisfeitas por compensações conforme ao sistema, nesse caso, a situação poderia agravar-se em direção à uma crise de legitimação. Ínsito a essa questão há o descompasso entre a oferta de motivos por parte do sistema cultural e a oferta de respostas por parte do Estado e do sistema ocupacional, registrando uma carência motivacional para sua atuação invasiva e autocrática (HABERMAS, 2016, p. 449). Esse é o quadro das crises de motivação imbricadas às crises de legitimação.

Habermas, conforme mencionado, observa que o sistema sociocultural contribui para a motivação das sociedades do capitalismo tardio, gerando síndromes nos quadros de privatismo da cidadania e privatismo familiar-profissional. As orientações privatistas contribuem para a estabilidade do sistema político e do sistema econômico por estruturarem uma esfera pública despolitizada, sendo concedentes à baixa participação no processo de formação da vontade nas operações do sistema administrativo. O privatismo familiar-profissional complementa o privatismo da cidadania ao insistir na orientação pelo consumo e pelo tempo livre, na busca pela carreira adequada e pelo status.

A erosão do acervo das tradições burguesas, correntes na forma clássica do capitalismo, trouxe à tona a inadequação das estruturas normativas fundamentais à reprodução do privatismo da cidadania e do privatismo familiar-profissional (HABERMAS, 2016, p. 450). Em outras palavras, as próprias ideologias burguesas, quando despidas de seus componentes funcionais, produzem efeitos de trava para as orientações privatistas. Exemplos desses componentes são a ideologia do desempenho, o individualismo possessivo e a orientação pelo valor de troca.

Em relação à ideologia do desempenho, em sua primeira versão, o mercado seria o aparelho para a divisão justa das oportunidades de vida, no entanto, quando ele perde sua credibilidade, surgem novas ideologias. Nessas novas versões, a formação escolar formal é inserida enquanto novo mecanismo de avaliação do desempenho individual para a atribuição recompensas. A recompensa seria o êxito profissional, contudo, pode-se verificar tendência contrária na sociedade. Habermas observa que a longo prazo a conexão entre formação escolar formal e êxito profissional pode se afrouxar de forma que a educação formal deixe de figurar enquanto condicionante da ideologia do desempenho. Além disso, ele observa que crescem os âmbitos do trabalho nos quais o desempenho não é avaliado individualmente, passando a ser considerados elementos outros na atribuição de status profissional (HABERMAS, 2016, p. 451).

O individualismo possessivo, por sua vez, diz respeito ao modo como a sociedade burguesa se auto compreende: como composta por sujeitos econômicos privados, agindo estrategicamente e calculando inequivocamente as suas necessidades e que, através das demandas individuais, acumulariam riqueza social e bem-estar social. Nada obstante, a interpretação atribuída à riqueza e ao bem-estar social transforma-se ao longo do tempo, deixa de significar a satisfação de poucos bens fundamentais à vida e se torna o sistema individualista insuficiente para alcançar metas coletivas. O último exemplo, a orientação pelo valor de troca, diz respeito às tendências que enfraquecem os efeitos de socialização do mercado, ligadas às partes populacionais que não reproduzem sua vida mediante renda-salarial, bem como à expansão das atividades que não estão voltadas para a produção de mercadorias, como o ensino.

Os componentes dominantes de uma tradição cultural que poderiam se opor aos imperativos do sistema administrativo e econômico são identificados em torno da fé na ciência, da arte moderna e de concepções universalistas da moral (HABERMAS, 2016, p. 454). No entanto, o sistema científico resulta em políticas ambivalentes, ao mesmo tempo em que as atitudes tradicionalistas perdem seus lugares à instauração de uma pretensão de justificação discursiva estabelecida pela ciência

moderna, as teses populares de curta-duração assumem o lugar de interpretações globais. Nesse sentido, a ciência pode promover uma consciência positivista comum e sustentar uma esfera pública despolitizada através do pretenso entendimento dos especialistas.

A arte moderna apresenta consequências menos ambivalentes do que a ciência (HABERMAS, 2016, p. 455). Pela primeira vez, ela expressaria uma contracultura originada na sociedade burguesa que se insurge contra o próprio estilo de vida burguês, por outro lado, essa arte só penetra nos valores de uso da sociedade ao abandonar seu status autônomo e realizar-se enquanto massa propagandística ou cultura de massa comercializada.

A moral universalista oferece a maior resistência, dentre os componentes culturais, ao sistema político e econômico, suas consequências são mais evidentes no sistema moral do que na ciência ou na arte moderna, pois a própria relação de troca no capitalismo concorrencial precisava pressupor sua regulação em termos universalistas, permitindo a atribuição de força vinculante aos sistemas universalistas de valores (HABERMAS, 2016, p. 456).

A conclusão a que chega Habermas, nesse momento de sua obra, é a de que os fundamentos do capitalismo concorrencial clássico se perdem no capitalismo organizado pelo Estado, surgem novas exigências para permitir a atuação do poder público que podem levar a constantes crises de legitimação. Em que pese o sistema cultural estar demasiado corrompido para se opor ao modelo autocrático conduzido pelo Estado de bem-estar social, não há como o sistema moral, após ter atingido coletivamente esse nível de consciência, retroceder em seu saber, podendo indicar a alguma alternativa aos problemas ora trabalhados (HABERMAS, 2016, p. 457).

3. UMA FASE DE TRANSIÇÃO: ENTRE O ESGOTAMENTO DAS ENERGIAS UTÓPICAS E A SOCIEDADE DA COMUNICAÇÃO

Neste segundo texto, o autor, sob o marco inaugurado pela modernidade, afirma que: “A modernidade ao ter seu horizonte de expectativas referidas à atualidade e aberto para o futuro, orientando também a compreensão do passado, estaria abandonada a si mesma, para ela restaria somente a busca por padrões normativos próprios. ” (HABERMAS, 1987, p. 103). O espírito dessa época, ou seja, o meio de debate e de pensamento político possui uma estrutura alterada para receber impulsos de dois movimentos que se interpenetram: o pensamento histórico, repleto de experiência, e o pensamento utópico, instigado pela abertura de alternativas de ação e de possibilidades.

O grande alcance da crença na sociedade de trabalho gerou ao longo do tempo fortes impactos na esfera pública, atingindo o movimento dos trabalhadores, os intelectuais, bem como influenciando as correntes políticas e os projetos de Estado na corrente do reformismo social-democrata e do Estado social. A utopia acerca da emancipação do trabalho de sua determinação externa, com a consequente auto governabilidade dos trabalhadores, no entanto, hoje perde força persuasiva na política, abandonando seus fundamentos nos fatores do trabalho.

O projeto de Estado social está limitado ao insistir reiteradamente em uma utopia esgotada, torna-se incapaz de abrir novas possibilidades de vida melhor e menos ameaçada. Em outras palavras, no Estado social a emancipação do trabalho heterônomo apresenta-se sob a forma de condições de emprego reformadas, ou seja, do trabalho humanizado que continua sob a determinação externa (HABERMAS, 1987, p. 107). Nesse sentido, todas as pessoas aptas ao trabalho devem ser incorporadas ao sistema de emprego lapidado e amortecido, sob a meta do pleno emprego, de forma que a neutralização dos conflitos de classe estaria restrita ao status do trabalhador assalariado. Escreve Habermas que:

> A compensação funciona apenas se o papel de assalariado por tempo integral converter-se em norma. Pelos encargos, que continuaram associados ao status acolchoado do trabalho remunerado dependente, o cidadão é indenizado em seu papel de cliente da burocracia do Estado de bem-estar social com pretensões de direito, e em seu papel de consumidor de bens de massa com poder de compra. (HABERMAS, 1987, p. 107).

Os objetivos desse projeto foram traçados através do alcance da legislação social e da negociação de partes em barganha salarial, assim, as políticas do Estado social recebem a legitimação das eleições gerais e, operam socialmente com os sindicatos autônomos e com os partidos de trabalhadores. O projeto pressupõe que a intervenção estatal pode assegurar a coexistência pacífica entre democracia e capitalismo, sendo seu êxito dependente do poder e da capacidade de ação do aparelho estatal intervencionista. Portanto, o problema reside em saber se de fato o Estado intervencionista disporia de poder suficiente para domesticar o sistema econômico capitalista e se, por sua vez, o emprego do poder político é o método adequado para alcançar formas emancipadas de vida.

Sobre o primeiro ponto, o programa do Estado social mostra-se insuficiente para conciliar democracia e capitalismo, sendo limitado em demasia tanto para cumprir suas pautas redistributivas, como para lidar com imperativos do mercado mundial e das políticas de investimento das multinacionais. Isso se manifesta, por exemplo, na falta de disposição para investimentos, na estagnação econômica e no desemprego crescente que podem ser verificados tendencialmente. Por conseguinte, o Estado social dá conta de sua fragilidade quando ele se torna consciente de que não é autônomo para assegurar o lugar do trabalho.

Ainda que o quadro de crise econômica resultante dos efeitos colaterais das políticas de bem-estar social pudesse ser evitado temporariamente, há outro risco relacionado à segunda questão que permaneceria irresolvido. Embora a intervenção do Estado nas condições de vida dos empregados tenha resultado em um alto grau de realização de justiça social, questiona-se a utilização da burocracia para alcançar formas melhores e menos ameaçadas de vida. Nesse sentido,

> Os reformadores consideraram ponto pacífico que o Estado ativo intervisse não apenas no ciclo econômico, mas também no ci-

> clo vital de seus cidadãos - a reforma das condições de vida dos empregados era, com efeito, a meta do programa sócio estatal. E, realmente, um alto grau de justiça social foi alcançado dessa maneira. (HABERMAS, 1987, p. 108).

Para o autor, seria preciso admitir o unilateralismo específico desse projeto de Estado, a crítica gira em torno do esquecimento das reservas ao meio pelo qual os programas sociais se concretizam, a saber, o meio do poder. Através dele os projetos ganham força de lei e podem ser financiados pela administração pública, sendo assim, a malha de normas burocráticas recobre seus "clientes potenciais e efetivos" (HABERMAS, 1987, p. 108). O problema consiste na práxis de singularização dos fatos, da normatização, da vigilância e da violência que os instrumentos do poder trazem consigo, resultando em deformações no mundo da vida que se manifestam em conflitos sociais. Desse modo, há uma premente contradição entre meios e fins do projeto de Estado de bem-estar social.

As consequências desse quadro geral são reações desorientadas, tal como se observa das orientações políticas do legitimismo sócio estatal da sociedade industrial, do neoconservadorismo e da dissidência dos críticos do crescimento (HABERMAS, 1987, p. 109-110). Dessa forma, os problemas atuais não mais giram somente em torno do capitalismo, mas na contenção do próprio Estado intervencionista. Assim, a tarefa complica-se consideravelmente: o controle direto precisa dirigir-se à administração pública, pela dupla necessidade de se refletir acerca dos domínios da ação regidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo, bem como sobre uma relação transformadora das esferas públicas autônomas e auto organizadas (HABERMAS, 1987, p. 112).

O projeto de Estado social, ao precisar se voltar não só para o controle da economia capitalista, mas também para sua própria domesticação, perde o trabalho enquanto ponto central de referência. Isto é, não se trata mais de assegurar o pleno emprego em condição de norma, explica Habermas que mesmo se fosse instituído um rendimento mínimo garantido e que o mundo da vida pudesse ser protegido dos imperativos desumanos do mercado e dos efeitos colaterais da proteção administrativa, seria necessária uma nova partilha do poder, que talvez pudesse viabilizar uma universalização democrática e uma justificação universalista das normas.

O autor elucida que um modelo realista, corrente na ciência política, acerca do poder político vale-se das categorias de arenas, a mencionar Claus Offe (HABERMAS, 1987, p. 113), que distinguirá três arenas. Na primeira delas, as elites políticas decidem as direções para o aparelho estatal. Na segunda, grupos anônimos e atores coletivos formam coalizões delimitando o campo de tematização política nos meios de comunicação, controlando o acesso a esses meios. A terceira arena conduziria o espírito da época e, por sua vez, se oporia a hegemonia cultural com a determinação de novas formas da cultura política. Tal estrutura leva Habermas a entender que qualquer projeto de Estado que deseje um novo equilíbrio entre mundo da vida e sistema precisaria mobilizar a terceira arena do poder político frente às duas primeiras.

Na terceira arena, luta-se por definições de integridade e autonomia, ela não só

defende subculturas tradicionais, com a oferta dos movimentos regionais, mas também a transformação da gramática de formas de vida legadas, com os movimentos feministas ou dos ecologistas. Por consequência, tais formas de auto-organização deslocam seus interesses para a proteção de sua própria existência, reforçando a capacidade coletiva de ação.

A capacidade coletiva de ação seria ponto fundamental para a continuação do projeto do Estado social, porquanto contribui à formação de uma esfera pública autônoma, capaz de tornar os mecanismos de regulação do sistema administrativo e do sistema econômico mais próximos da formação democrática da vontade (HABERMAS, 1987, p. 114). Nesse contexto, a utopia da sociedade do trabalho é deslocada para uma sociedade da comunicação, alterando-se o tipo de ligação com a tradição utópica e mudando-se o paradigma em direção à formação de uma práxis comunicativa cotidiana e de um processo de formação discursiva da vontade.

4. A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL EM "FACTICIDADE E VALIDADE"

Em Facticidade e Validade, J. Habermas recupera três momentos distintos do que pode ser chamado de paradigmas constitucionais ou jurídicos para identificar, no interior do paradigma do Estado Social, os problemas que foram por ele inicialmente pensados sob a forma da crise de legitimação. Os paradigmas jurídicos "que mais consequências tiveram na história do Direito Moderno, e ainda hoje competem entre si, são o do Direito formal burguês e do Direito materializado do Estado Social" (HABERMAS, 1998, p. 264).

O processo de codificação, desenvolvido a partir do século XVII, permitiu ao Direito ser conhecido e acessível através de textos, que passaram a indicar um conjunto de normas válidas. Sua interpretação é marcada por dois contextos, um referente ao corpo jurídico tomado em sua totalidade, sendo que o segundo diz respeito às pré-compreensões presentes e dominantes em uma sociedade. Desse modo, a forma com que se dá a interpretação do direito pode expressar determinada situação social, ao mesmo tempo, em que pode pretender dar uma resposta a essa situação.

Nesse sentido, um paradigma jurídico

> [...] explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, como devem ser entendidos e tratados os princípios do Estado de direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no dado contexto, as funções que normativamente lhes são atribuídas. **Um modelo social do direito (wiecher) representa algo assim como a teoria implícita que a sociedade tem do sistema jurídico, a imagem que este faz de seu ambiente social. O paradigma jurídico indica, então, como no marco de tal modelo, podem ser entendidos e realizados os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito** (HABERMAS, 1998, p. 264, grifo nosso).

Diante disso, Habermas retoma as principais características dos paradigmas referidos de modo a identificar suas principais características, para posteriormente, reconstruir à luz de um paradigma procedimentalista do direito, as contradições imanentes ao modelo liberal e ao modelo de bem-estar social.

4.1 PARADIGMA LIBERAL

O paradigma do Estado de Direito, ou paradigma liberal, proporcionou a ruptura com a estrutura social rígida, absoluta e hierarquizada típica do contexto pré-moderno. Ao promover a separação entre direito, moral e política, esse paradigma permitiu pela primeira vez na história afirmar que todos os indivíduos são livres, iguais e proprietários. A liberdade, ancorada na noção de individualidade, passa a ser entendida como a possibilidade de se fazer tudo o que a lei não proíbe.

"Criada" a individualidade, o paradigma liberal é capaz de pressupor uma sociedade econômica de mercado, marcada pela divisão em sociedade civil e sociedade política, e que se institucionaliza por meio dos códigos de Direito Privado. Público e privado são vistos como ordens opostas. A relação entre Estado e indivíduo configurava-se por *status* negativo, ou seja, o Estado deveria se abster de agir (l' État-gendarme) para que os indivíduos formalmente iguais pudessem desenvolver livremente as suas propriedades (HABERMAS, 1998, p.132).

As contradições imanentes postas pelo modo de produção capitalista, que se institucionaliza nesse paradigma pelo direito formal burguês, produzem, desde o início, tensões sociais que se tornam insustentáveis num contexto pós I Guerra Mundial. Demandas sociais por ampliação, sobretudo de direitos políticos, explicitam o desgaste desse modelo. Assim, "a passagem para o modelo do Estado Social se impôs, porque os direitos subjetivos podem [e foram] lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração" (HABERMAS, 1998, p. 170).

4.2 PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL

A resposta para a cegueira social do paradigma do direito formal burguês, foi o processo de materialização do direito privado seguido de mudanças qualitativas das tarefas do Estado, modificando a necessidade de legitimação até então requerida, "quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito" (HABERMAS, 1998, p.171).

Sob o paradigma do Estado social, a constituição "cria um nexo entre direito privado e o catálogo ampliado de direitos fundamentais" (HABERMAS, 1998, p. 140). Além de organizar e limitar os poderes, ela traz consigo a noção de funções do Estado que são exercidas de modo cooperativo entre Executivo, Legislativo e Judiciário, prescrevendo programas políticos, definindo procedimentos e estruturando competências.

Diante disso, em nome de um interesse geral de concretização de valores intrínsecos à sociedade, o Poder Executivo passa a ter mecanismos de intervenção

direta tanto na economia, quanto na sociedade civil, legislando sobre matérias que até então eram de competência estrita do Legislativo. O Poder Legislativo, por sua vez, passa a fiscalizar as atividades da Administração Pública, sobretudo em suas atividades econômicas.

Do ponto de vista jurídico, "um dos aspectos particularmente inquietantes da Crise do Estado Social" que, como vimos, se expressava através das crises de legitimação, "residia na insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado Social simétrica a da "cegueira social" do direito formal burguês" (HABERMAS, 1998, p. 125).

Apesar de estarem os paradigmas liberal e do Estado social apoiados sob a mesma premissa, qual seja, "entender a constituição jurídica da liberdade como distribuição e a equiparam ao modelo da repartição igual de bens adquiridos ou recebidos" (HABERMAS, 1998, p. 159), ambos os paradigmas, porém, chegam a conclusões diferentes. "O paradigma do Estado Social enfrenta os desvios através de regulamentações especiais, que permitem fixá-los enquanto tais, ao passo que o modelo liberal do mercado trivializa as desigualdades concretas ou simplesmente as ignora" (HABERMAS, 1998, p. 166).

4.3 PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA

Diante da impossibilidade de um retorno ao paradigma liberal, ou seja, da própria sociedade burguesa e do seu direito, mas também diante da impossibilidade de se recorrer às soluções propostas pelo Estado Social, Habermas observa um terceiro paradigma, resultante da controvérsia daqueles paradigmas que o antecederam, partindo da premissa segundo o qual "o modelo jurídico liberal e o Estado Social interpretam a realização do direito de modo demasiado concretista, ocultando a relação interna que existe entre autonomia privada e pública, e que deve ser interpretado caso a caso" (HABERMAS, 1998, p. 181-182).

O paradigma procedimentalista do Direito, permite continuar o projeto do Estado Social num nível superior de reflexão, colocando

> Em relevo um duplo aspecto da relação normativa entre igualdade de direito e igualdade de fato, de um lado, e a autonomia privada e pública, de outro - e caracteriza as arenas nas quais deve desenvolver-se discursivamente a disputa política acerca dos critérios controversos da igualdade de tratamento, sempre que se pretende que o fluxo do poder político siga na direção do Estado de Direito (HABERMAS, 1998, p. 155).

É por meio da teoria do direito e de uma teoria da sociedade fundada na comunicação, que o paradigma procedimentalista obtém seus elementos normativos e descritivos.

A teoria do direito formulada por ele entende o Estado democrático de Direito

como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, possibilitando o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. Já a teoria da sociedade fundada na comunicação entende o sistema jurídico que se estrutura conforme o Estado de direito como um sistema de ação entre outros.

O sistema político, na tentativa de lidar com os eventuais problemas de integração de uma sociedade complexa, coloca a formação da opinião e da vontade, que se institucionaliza através dos órgãos estatais, em contato com as instâncias públicas informais, compondo uma esfera pública estruturada a partir do mundo da vida e ancorada na sociedade civil. Ao passo que uma determinada concepção do direito estabelece a relação, sempre necessária, de uma abordagem normativa e empírica, capaz de entender o direito como um meio que possibilita e dá vazão institucional a expectativas igualitária oriundas de um mundo da vida linguisticamente constituído.

Em suma, o paradigma procedimentalista do direito, na tentativa de corrigir a omissão e a cegueira social do paradigma liberal, bem como a sobrecarga do direito promovida pela crescente jurisdificação dos vários âmbitos da vida proporcionado pelo Estado social, centra-se não mais num conteúdo dado a priori, mas volta-se para os procedimentos de formação da opinião e da vontade, apostando numa abertura democrática radical como a condição sem a qual as propostas formuladas no paradigma do Estado Social não podem se complexificar e se elevar a um nível maior de reflexão.

5. CONCLUSÃO

Na década de 70, aqui representada pelo texto "O que significa crise hoje? Problemas de legitimação no capitalismo tardio", Habermas identificou que o acoplamento entre Estado e mercado havia gerado a auto-estabilização do capitalismo. Por consequência, as crises nesse cenário não apontavam mais para a superação do capitalismo, mas para novos tipos de crise que, apesar de decorrerem do próprio modo de produção capitalista, não se manifestam mais enquanto crises do capitalismo em sua totalidade.

Isso em razão de que no capitalismo regulado de maneira estatal, o Estado age no sentido de preencher as lacunas disfuncionais do mercado, assim, empreende tarefas como as de planejamento e as de alocação de recursos. Tal atuação acarreta problemas de novas ordens uma vez que quanto mais o Estado precisa intervir socialmente, mais ele carece de legitimação. Constata-se então que a nova tendência de crise do capitalismo tardio se estabelece em torno do equilíbrio entre Estado, economia e legitimação.

No modelo de bem-estar social os meios administrativos estão afastados da formação da vontade legitimadora e, por isso, o Estado busca garantir a lealdade das massas através de prestações conforme ao sistema, apoiando-se sobre orientações privatistas que propiciam uma esfera pública despolitizada. Essas orientações são, como explicado, o privatismo da cidadania complementado pelo privatismo familiar-

-profissional que fundamentam a inclusão do cidadão pelo consumo. Nesse modelo estatal, o cidadão é compreendido apenas como cliente da burocracia do Estado que, por essa razão, será indenizado com direitos sociais e com acesso aos bens da sociedade.

Logo, o processo de legitimação correspondente a um sistema administrativo suficientemente autônomo ocorre mediante conquista de lealdade das massas e evita a participação delas. Entretanto, na contramão desse processo, identifica-se que socialmente há uma resistência cultural responsável por gerar necessidade de justificação das decisões administrativas e por criar pretensões que não podem ser satisfeitas segundo o modelo de compensações conforme ao sistema. O sistema cultural poderia ameaçar os padrões privatistas que estabilizam as ordens econômica e política, perturbando os níveis de lealdade das massas e conduzindo a uma crise de legitimidade.

Todavia, o sistema sociocultural das sociedades capitalistas aparenta estar comprometido em demasia para estruturar uma esfera pública suficientemente politizada. Por consequência, não se identifica uma resistência cultural capaz de criar pretensões expressivas não passíveis de serem satisfeitas pelo consumo. Dessa forma, enquanto for possível atender às expectativas dos cidadãos às prestações conforme ao sistema, eles tendem a permanecer nas suas posições de bons consumidores e o Estado poderia evitar crises de legitimação.

O Estado, entretanto, não é um "manancial de abastança". O sucesso de seu programa redistributivo resulta em efeitos colaterais como estagnação econômica, desemprego crescente e crise do erário. Com isso, o programa social não é capaz de assegurar, a longo prazo, justamente as pretensões dos cidadãos às prestações conforme ao sistema. As sociedades reguladas de maneira estatal estariam fadadas a uma permanente crise de legitimação.

Nos anos 80, a publicação "A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas" simboliza um texto de transição. Nele, Habermas enfatiza não somente as limitações do compromisso socio-estatal com o programa de bem-estar social, mas, em complemento a isso, acrescenta outro ponto crítico a esse modelo. Esse ponto diz respeito às deformações no mundo da vida geradas através do meio do poder: o Estado ao se valer do meio do poder para executar seus programas sociais, recobre os cidadãos de normas burocráticas. Essas normas, por sua vez, trazem vigilância e violência em seus instrumentos gerando conflitos sociais.

A partir deste entrave, Habermas aponta, ainda na década de 80, para a possibilidade da viabilização de uma universalização democrática, isso é, da justificação universalista das normas através da construção de uma práxis comunicativa cotidiana e de um processo de formação discursiva da vontade. Assim, com esse estudo, o autor aproxima-se de uma nova fase em sua obra.

Na década de 90, com a publicação de "Facticidade e Validade", Habermas estuda uma alternativa sustentável ao Estado social. Essa envolve o projeto de um Estado social que não confirma a si mesmo, mas também não se interrompe nem é abando-

nado. Isso é, a alternativa consiste na elevação do funcionamento deste Estado a um mais alto grau reflexivo a partir de uma compreensão procedimentalista do Direito. Logo, essa nova compreensão parte do pressuposto segundo qual, nas palavras de Habermas:

> A intenção norteadora continua sendo domesticar o sistema econômico capitalista, ou seja, "reestruturá-lo" social e ecologicamente através de uma rota pela qual é possível "restringir" simultaneamente o uso do poder administrativo, ou seja, "treiná-lo" do ponto de vista da efetividade e eficiência em formas moderadas de regulação e controle indiretos, além de reconectá-lo com o poder comunicativo do ponto de vista da legitimidade, imunizando-o em seu próprio tempo contra o poder ilegítimo (HABERMAS, 2010, p. 492).

A teoria discursiva inaugura o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. Para esse paradigma, a formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos institucionalizada juridicamente funda a presunção de racionalidade e legitimidade do Direito suprindo, portanto, o déficit de legitimação do Estado intervencionista. Dessa forma, torna-se imprescindível o comum exercício da autonomia cidadã de todos os implicados, de modo que eles possam entender-se como autores do direito do qual são destinatários. Ou seja, a partir dessa autonomia, dividida entre pública e privada como dimensões co-originárias e equiprimordiais, os sujeitos jurídicos esclarecem-se e colocam-se de acordo acerca dos critérios e aspectos relevantes que conduzem as diversas formas de tratamento social.

Por fim, o trabalho desenvolvido por Habermas nos revela fundamentalmente que o Estado de Direito apenas poderá resistir à sua própria implosão abrindo-se a uma democracia radical. Contudo, se essa abertura tematizará a contradição entre uma produção socializada de maneira administrativa e uma forma privada de apropriação dos valores produzidos conduzindo à superação do capitalismo, não cabe à teoria dizer, pois compete somente à dinâmica da cidadania ativa e da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPARELI, F. *A Teoria da Constituição Brasileira: Processo Constituinte e a Legitimidade da Constituição – Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil.* Revista de Ciências do Estado, v. 3, n. 2, 5 out. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.* Revista Brasileira de Direito Comparado, Belo Horizonte, v.3, pp. 473-486, 1999.
CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) certeza do Direito –A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado*

da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº2, abr./jun 2002. pp. 73.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais.* In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 141-164.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Teoria da Constituição.* Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

GOMES, David F. L. Gomes. *A Constituição de 1824 e o problema da Modernidade: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil.* Belo Horizonte: UFMG, 2016. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

HABERMAS, J. *O que significa crise hoje? Problemas de legitimação no capitalismo tardio. In: _____. Para a reconstrução do materialismo histórico.* Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2016, p. 425-458.

HABERMAS, J. *A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas.* Trad. Carlos Alberto Marques Novaes. Novos Estudos – CEBRAP, São Paulo, n.18, p.103-114, set. 1987.

HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoria del discurso.* 3a. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2001 689 p (Colección estructuras y procesos. Serie filosofia) ISBN 8481641510 (broch.).

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO JUDICIÁRIA

SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF JUDICIARY ACTION

CAPÍTULO VI
DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Brasil, Constituição Federal de 1988)

Maria Antônia Melo Beraldo*

Resumo: O presente artigo buscará analisar as necessidades de um Estado para que haja um desenvolvimento sustentável e consciente ambientalmente, com base no contexto histórico e estrutural nacional, a partir do marco teórico da justiça ambiental. Nesse viés, a principal questão a ser sanada será compreender qual a atuação do judiciário e seus instrumentos, principalmente no que se refere à atuação pública e ao controle legal da administração pública. O artigo será divido em quatro seções principais, de modo a abarcar as perspectivas analíticas almejadas: pontos introdutórios, predisposições legais para regulamentação, controle jurisdicional sobre a administração pública e precedente recente de atuação Judiciária com base nos instrumentos apresentados. O conteúdo trabalhado baseia-se em pesquisas bibliográficas, a partir de aportes teóricos e legislações.

Palavras-chave: Direito e desenvolvimento. Desenvolvimento sustentável. Judiciário. Governança. Justiça Ambiental.

Abstract: *This article aims at analysing the needs of a State to guarantee a sustainable and environmentally conscious development, based on the national historical and structural context. In this regard, the main issue to be acknowledged is the Judiciary action and its instruments, especially when it comes to the public sphere and the legal control of public administration. This paper will be divided into four main sections to cover the desired analytical perspectives: introductory points, legal norms for regulation, jurisdictional control over public administration, and a recent precedent of Judicial action based the highlighted legal instruments. The content worked on is based on bibliographic research, regarding theoretical contributions and legislation.*

* Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.
Currículo Lattes:<http://lattes.cnpq.br/4460103623354102>.
E-mail: mariaantoniamelob@gmail.com.

Keywords: *Law and development. Sustainable development. Judiciary. Governance. Environmental Law.*

1. INTRODUÇÃO

Para ter sucesso no cenário internacional é necessário que os países se desenvolvam adequadamente, de modo a atender as demandas sociais, políticas e econômicas do sistema internacional. As três primeiras revoluções industriais, as quais foram propulsoras do modelo de desenvolvimento da ordem econômica global, geraram atrasos desenvolvimentistas em países fornecedores de matéria prima, visto que as cadeias produtivas destes países estavam orientadas a serem instrumento econômico de metrópoles. Dessa forma, os modelos desenvolvimentistas aplicados no contexto europeu não foram eficientes para favorecer o desenvolvimento em países com histórico colonial, devido aos impedimentos sociopolíticos cristalizados pela ordem econômica imposta, que levaram ao subdesenvolvimento ou modelo de crescimento na dependência, como caracteriza Maria Luiza Alencar Mayer (2013, pp. 108-109).

Nesse sentido, ao analisar a complexidade de aplicação de estratégias fixas de iniciativas desenvolvimentistas em países com contextos históricos e estruturais distintos, depreende-se o mesmo desafio de promover o desenvolvimento sustentável em países que se alçaram ao desenvolvimento tardiamente, por exemplo, pela demanda tecnológica para um sistema produtivo eficiente e equilibrado ecologicamente, assim como pela desigualdade e injustiças sociais geradas por um modelo de desenvolvimento excludente.

A incompatibilidade de aplicação de modelos desenvolvimentistas, em diferentes circunstâncias nacionais, pode ser exemplificada com as discussões emergidas durante a primeira grande conferência-marco na área de meio ambiente, que ocorreu em Estocolmo (1972), na qual o Brasil foi porta-voz das reivindicações das economias em desenvolvimento (PEGUIM SILVA, 2018, p. 133). As divergências foram protagonizadas pelos países já considerados “desenvolvidos” e pelos considerados “subdesenvolvidos”. Os primeiros, com exceção da Alemanha, Holanda e dos países escandinavos, “não estavam convencidos da necessidade de reestruturar de forma decisiva o funcionamento da economia mundial em benefício do meio ambiente” (LEIS, 2004, p. 12). Os segundos, contrariamente, advogaram pelo “desenvolvimento a todo custo”, defendendo o “uso de seus recursos naturais em função de suas estratégias de crescimento econômico” com base em sua soberania nacional (LEIS, 2004, p. 12).

Nesse contexto, se tornou evidente a dificuldade de imposição ou consolidação de um modelo único de desenvolvimento, visto que as diferentes prioridades e situações nacionais levam a diferentes estratégias para desenvolver políticas públicas econômicas ambientalmente sustentáveis, sem prejudicar o próprio desenvolvimento nacional para inserção econômica internacional.

1.1 O PARADIGMA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUA CONSOLIDAÇÃO CONCEITUAL

A almejada relação de equilíbrio entre crescimento e sustentabilidade caracteriza "a essência do paradigma do desenvolvimento sustentável", como aponta Montibeller-Filho (2007, p. 82). O paradigma apresentado, em seu processo de formação ontológica, foi conceituado inicialmente de maneira diversa, pois, durante a Conferência de Estocolmo em 1972, a ressignificação e reorientação do crescimento e desenvolvimento econômico global foi abordada sob a ótica do ecodesenvolvimento. Esse conceito, fortemente difundido por Ignacy Sachs, compreende "um projeto de Civilização, na medida em que evoca: um novo estilo de vida; conjunto de valores próprios; conjunto de objetivos escolhidos socialmente; e visão de futuro" (SACHS, 1981).

Sachs (1993) analisa que esse conceito é composto pelo que chama de "cinco dimensões da sustentabilidade e do ecodesenvolvimento" (MONTIBELLER-FILHO, 1993, p. 132): sustentabilidade social; econômica; ecológica; espacial; e sustentabilidade cultural. Foi somente na década de 80 que a expressão "desenvolvimento sustentável" foi cunhada, tendo como referência o termo anglófono da *International Union for Conservation Nature* (MONTIBELLER-FILHO, 1993, p. 135), sendo posteriormente abordada na Conferência Mundial sobre a Conservação e o Desenvolvimento da mesma instituição, realizada em Ottawa, Canadá, em 1986 (MONTIBELLER-FILHO, 1993, p. 135).

Durante a Conferência, conforme narra Montibeller-Filho (1993, p. 135):

> o conceito de Desenvolvimento Sustentável e Equitativo foi colocado como um novo paradigma, tendo como princípios: integrar conservação da natureza e desenvolvimento; satisfazer as necessidades humanas fundamentais; perseguir equidade e justiça social; buscar a autodeterminação social e da diversidade cultural; e, manter a integridade ecológica.

A partir dessa iniciativa, o conceito de desenvolvimento sustentável foi retomado pelo documento *Nosso Futuro Comum*, ou Relatório Brundtland (1987), da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, organizada pelas Nações Unidas. No documento, o conceito tratado foi definido como uma forma de "desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades" (RAYNAUT; ZANONI, 1993, *apud* MONTIBELLER-FILHO, 1993, p. 135).

Na legislação brasileira, Desenvolvimento sustentável é conceituado pela lei No 9.985, de 18 de Julho de 2000, que postula uso sustentável como "exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável" (BRASIL, 2000). Percebe-se, assim uma consonância com as definições históricas construídas do paradigma do

desenvolvimento sustentável, pela manutenção das necessidades socialmente justas do presente, sem comprometer a viabilidade econômica do futuro e a biodiversidade dos ecossistemas.

À luz dessa compreensão, o conceito de desenvolvimento sustentável será abordado. Ademais, dois conceitos são basilares na análise aqui desenvolvida: equilíbrio e fidelidade ao contexto (SELZNICK, 1959). O conceito de equilíbrio é fundamental pois, ao analisar países que obtiveram seu desenvolvimento tardiamente, não se deve almejar impedir o crescimento econômico socialmente justo, mas buscar desenvolver políticas que permitam a consonância entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente.

Nesse contexto, Maria Luiza Alencar Mayer habilmente diferencia o direito **do** desenvolvimento e o direito **ao** desenvolvimento. O primeiro refere-se ao direito econômico ao desenvolvimento, restrito às noções de formalidade características do Estado de Direito. Já o segundo atinge também as esferas social e política, sendo caracterizado propriamente como um direito humano, por meio da consolidação da governança democrática e construção do Estado de bem-estar social (MAYER, 2013, p. 115).

O conceito de fidelidade ao contexto, tratado por Philip Selznick (1959) em seu artigo *"Law in Context Revisted"*, refere-se à importância da consideração do contexto no processo de aplicação das normas, visto que estas, formalizadas pelas instituições, são condicionadas pela organização cultural e social. Assim, revela-se a importância da fidelidade ao contexto no processo do desenvolvimento sustentável, orientado por políticas regidas pelas normas, as quais também devem estar em consonância com o contexto histórico e estrutural de determinado país. Para Selznick, o princípio governante da fidelidade contextual, ao julgar os contextos de aplicação, leva também em consideração princípios universais e transcendentes, tais como a justiça, cerne da ordem social e econômica brasileira, promulgada constitucionalmente.

A partir desses conceitos fundantes, o presente artigo busca analisar as nuances do desenvolvimento sustentável no Brasil sob a perspectiva da margem de atuação do judiciário na área e seus principais instrumentos, especialmente no que se refere ao processo regulatório característico do controle de constitucionalidade. A relação entre a esfera judiciária e o programa desenvolvimentista no Brasil é intrínseca, pois "sem paz, estabilidade, direitos humanos e governança efetiva, baseada no Estado de Direito, não conseguiremos alcançar o desenvolvimento sustentável" (NAÇÕES UNIDAS, 2015, objetivo 16).

Para atingir o escopo dessa análise, a atuação do Judiciário será compreendida a partir do marco teórico da Justiça Ambiental, a qual é definida pela Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), em seu manifesto (2001), como um conjunto de princípios e práticas para que:

> nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões políticas e de

> programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas.

Ademais, conforme o Manifesto da RBJA, a Justiça Ambiental tem por objetivo assegurar "a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso". Essa democratização perpassa, também, pelas considerações acerca do reconhecimento e participação das populações, enquanto indivíduos e coletivos, na realização da justiça (SCHLOSBERG, 2007, p. 3). Dessa forma, a atuação do Judiciário torna-se fundamental, em âmbito nacional e regional, para a resolução de "conflitos ambientais em contextos de vulnerabilidade nos quais há disputas no território por recursos, valores e modelos de desenvolvimento" (PORTO, 2011). Sob essa perspectiva, serão analisados os instrumentos públicos que possibilitam, inicialmente, a compreensão do escopo de atuação do Judiciário para concretização da Justiça Ambiental.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: PARTICIPAÇÃO HISTÓRICA E IMPASSES INTERNOS

No final do século XX, o Brasil passou a atuar intensamente em foros multilaterais para debater acerca de políticas nacionais para o desenvolvimento sustentável, o que destaca seu papel de crescente importância na temática. O país sediou as duas principais conferências internacionais sobre sustentabilidade: a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20).

A primeira conferência, em 1992, propiciou a consolidação do entendimento acerca do desenvolvimento sustentável, na medida em que fortalecia sua definição "como a promoção simultânea e equilibrada da proteção ambiental, da inclusão social e do crescimento econômico" (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2015). Já a segunda, em 2012, teve como principal discussão a "estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável e consolidou, de forma integrada e indissociável, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental" (Ibidem).

Nestas conferências, assim como na de Estocolmo (1972) e na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo, 2002):

> o "Brasil atuou como país subdesenvolvido em processo de industrialização tardia, como economia em reformulação no cenário de globalização do neoliberalismo e como articulador de mercado entre potências econômicas regionais no século XXI (PEGUIM SILVA, 2018, p. 133).

A partir desse período, o Brasil teve crescente papel na promoção do debate sobre o desenvolvimento sustentável, o que pode ser exemplificado com a temática energética, visto que, com o aumento do consumo de eletricidade proveniente da crescente instalação de indústrias eletro-intensivas (GOLDEMBERG; LUCON, 2007), houve necessidade de obter fontes mais potentes de energia elétrica, as quais também deveriam ser menos danosas ao meio ambiente.

Embora, em função da realização desses eventos com líderes globais para o debate do desenvolvimento sustentável, houvesse um "clima cultural favorável a medidas proativas com relação à mudança climática" (VIOLA, 2009, p. 4), no final da década de 1990, essa postura favorável foi atenuada, devido ao "impacto da aceleração da revolução da tecnologia da informação sobre as expectativas de consumo e a formação de um forte lobby contrário liderado por empresas de petróleo, eletricidade, cimento e automóveis" (VIOLA, 2009, p. 4).

Devido ao grande potencial hidrelétrico brasileiro, a construção de usinas desse tipo foi uma solução que auxiliou no processo de consolidação da segurança energética brasileira. Como afirma Cássia Natanie Peguim Silva:

> As hidrelétricas foram vistas como importantes para o crescimento econômico brasileiro por serem internacionalmente incluídas no grupo das chamadas "energias limpas", nome dado às fontes geradoras não fósseis, como o petróleo ou a energia nuclear (2018, p. 137)

Entretanto, a autora ressalta que, embora o uso de energia hidrelétrica tenha impulsionado o crescimento econômico de maneira mais sustentável em contraposição às fontes geradoras fósseis, sob análise da justiça ambiental, a eficiência desta fonte energética torna-se questionável, visto que "sua construção e funcionamento altera a dinâmica socioambiental de populações, a ecologia de plantas e animais e emite gases geradores de efeito estufa" (PEGUIM SILVA, 2018, p. 136). Dessa forma, o desequilíbrio gerado não acarreta somente prejuízos ambientais, mas também afeta desigualmente as populações que são obrigadas a deixar suas terras alagadas ou circundam a usina.

Abramovay (2010) também afirma que, embora exista o "trunfo da matriz energética", importante para a compreensão da dinâmica do desenvolvimento sustentável no Brasil, não se pode reduzi-la a isto, pois o potencial geracional de energia limpa "não tem sido aproveitado para a construção de avanços industriais norteados pela preocupação explícita em reduzir o uso de materiais e de energia nos processos produtivos" (p. 98). Isto é, mesmo ao considerar os avanços provenientes da energia hidrelétrica como vetor da descarbonização da economia, as iniciativas brasileiras na busca de um desenvolvimento socioambientalmente sustentável ainda são debilitadas.

Dessa forma, tornam-se evidentes os contrastes da atuação brasileira para promoção do desenvolvimento sustentável, pois, mesmo que haja progresso nesse sentido, o país ainda possui capacidade ociosa para garantir a formulação de políticas sociais ambientalmente sustentáveis, em equilíbrio com o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, Mayer afirma:

> o Brasil precisa crescer e se desenvolver. Sabendo-se que são termos conceitualmente distintos, importa ao país manter e ampliar as conquistas sociais alcançadas, sem desconsiderar o impacto que as novas decisões de investimento causam sobre a vida hu-

> mana e a sustentabilidade ambiental e social (2013, p. 113).

A consolidação do sistema econômico brasileiro, determinado pela Constituição Federal de 1988, postula diretrizes organizacionais para o desenvolvimento, sob os prismas econômico-financeiro e social. O primeiro define liberdades econômicas, as quais são propulsoras do crescimento nacional. Já o segundo prisma desse sistema engloba o plano social e ambiental, por meio da proteção do cidadão e do meio ambiente, direito de terceira geração e base para o sustento da vida.

Ambas as esferas são imprescindíveis para a construção e consolidação da justiça social (MARCÍLIO; BERTOLINI, 2013, p. 132). Assim, sem a participação efetiva e ativa do Estado, seja para promover o direito econômico, ou para proteger o direito humano, engendram-se desafios para o estabelecimento da justiça social, pilar do Estado Democrático de Direito e, consequentemente, para a justiça ambiental, propulsora de um "Estado Ecológico ou (Sócio)Ambiental e Democrático de Direito" (FENSTERSEIFER; SARLET, 2020).

No âmbito da justiça social e ambiental, evidencia-se a necessidade de atuação do Judiciário, não sendo somente *a posteriori* e reparatória, mas buscando consonância com o legislativo, a partir da conjugação de saberes, na proposição de medidas preventivas sobre a temática ambiental e no entendimento interpretativo da legislação existente. Essa necessidade pode ser exemplificada com o caso do descobrimento do Pré-Sal brasileiro, visto que as soluções jurídicas acerca da problemática da contaminação do mar em locais de extração vieram tardiamente, somente dois anos após o vazamento de petróleo na Bacia de Campos/RJ, que ocorreu em 2011 (PEGUIM SILVA, 2018, pp. 137-138).

Portanto, torna-se clara a necessidade de adaptação e constante ajuste do Judiciário às perspectivas do desenvolvimento sustentável, visto a garantia constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, como é postulado pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, [2020a]).

Esse direito fundamental, inalienável, e imprescritível recebe, inclusive, com vistas às limitações materiais constantes do art. 60, § 4º, da CF/1988, o status de cláusula pétrea, conforme ressalta Fensterseifer e Sarlet (2020). A admissão desse status ao direito fundamental ao meio ambiente, ainda segundo Fensterseifer e Sarlet (2020), é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos de um "limite constitucional intocável e intransponível" da "incumbência" do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais".

3. CONTROLE DAS ATIVIDADES ESTATAIS PARA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No Brasil, o Estado é soberano no controle e regulamentação das atividades econômicas, sendo revestido desta competência sob a perspectiva econômica, administrativa e social (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2017). Tal competência reside no "Poder de Controlar e Dispor" do Estado, segundo análise weberiana, transmitido por meio do contrato social, de modo a garantir a relevância do interesse público e a racionalidade entre a ação econômica e o direito (SWEDBERG, 2005, pp. 161-162).

Nesse sentido, atividades que impulsionam o desenvolvimento tem considerável relevância para o interesse social, visto que o desenvolvimento econômico, quando instrumentalizado adequadamente pelo Estado, tem o potencial de gerar efeitos transbordantes no âmbito do desenvolvimento humano. Dessa forma, torna-se fundamental analisar quais as exigências gerais e instrumentais de atuação positiva e consequente responsabilização do Estado perante a sociedade no que se refere a suas políticas desenvolvimentistas.

3.1 A COMPETÊNCIA APRIORÍSTICA E A RESPONSABILIDADE SUBSEQUENTE DO ESTADO

A atuação positiva do Estado no desenvolvimento sustentável consiste na promoção de políticas públicas e regulamentação das atividades econômicas, visto que a simples abstenção do controle das atividades do mercado, como proposto pelos modelos de mercado neoliberais, ou uma intervenção mínima, não favorecem o desenvolvimento sustentável, em suas dimensões econômica, social e ambiental, ensejado pela defesa do meio ambiente, pilar fundamental do desenvolvimento e da justiça social. Os resultados da imposição neoliberal aos Estados latino-americanos trouxeram, *inter alia,* externalidades negativas tanto na esfera do desenvolvimento sustentável, quanto como na esfera do desenvolvimento humano, como analisa Gabriela Schneider:

> A realidade de injustiça social foi agravada com programas históricos de crescimento econômico baseados na concentração de riqueza e com políticas econômicas neoliberais da década de 1990 que reduziam o papel do Estado como provedor de programas sociais (2014, p. 455).

Embora originalmente na Constituição de 1988 houvesse predisposição acerca da defesa do meio ambiente na ordem econômica e financeira, como consta no artigo 170, os reflexos das políticas neoliberais ainda não propiciavam a soberania da intervenção do Estado no escopo das atividades econômicas, não havendo definição expressa e prévia para tal. Entretanto, a partir do início da década de 2000, após a realização das importantes conferências do meio ambiente, a compreensão acerca da relevância da atuação estatal nesse sentido tornou-se cada vez mais evidente, perceptível na mudança da redação do sexto inciso do artigo 170 da Constituição Federal brasileira:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> VI - ~~defesa do meio ambiente;~~ (Redação anterior a 2003)[1].
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, [2020a]).

Dessa forma, a nova redação constitucional fundamentou maiores garantias, assim como responsabilidades, da atuação do Estado na promoção da defesa ambiental. Essa soberania regulatória caracteriza-se, sobretudo, como uma competência de atuação estatal, estando regida diretamente pela discricionariedade, mecanismo de controle da administração pública, que será analisada mais profundamente na próxima seção deste trabalho. A competência de atuação positiva para regulamentar as atividades, e interferir naquelas que possam comprometer o equilíbrio ecológico, constitui-se como uma garantia apriorística, prevista constitucionalmente e regulada pelas normas infraconstitucionais. Ademais, o ordenamento também postula mecanismos de controle *a posteriori*, que são definidos no Código Civil Brasileiro pela responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é inicialmente definida na doutrina de Savatier (1951) como a "obrigação imposta a uma pessoa de reparar o dano causado por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam" (MAHUAD; MAHUAD, 2015, p. 34). Sob a égide estatal, a responsabilidade civil é objetiva, de forma que independe de comprovação do dolo ou culpa do agente causador, nos casos em que há omissão específica, isto é, quando a "omissão cria a situação propícia para a ocorrência do evento danoso, em situação que [o Estado] tinha o dever de agir para impedi-lo" (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 19).

Tal responsabilidade objetiva, amparada pela teoria do risco, desenvolvida por Raymond Saleilles e Louis Josserand (SALIM, 2005, p. 102), postula-se no Código Civil em dois artigos principais, no terceiro e nono título respectivamente:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando

[1] Formatação nossa

> a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, [2020b]).

Nesse sentido, as ações estatais para promoção do desenvolvimento sustentável são direcionadas pelas predisposições constitucionais e pela definição da responsabilidade consequente a ações danosas ao meio ambiente e, portanto, ao direito de todos os brasileiros predisposto no artigo 225 da Carta Política. Assim, as externalidades negativas de determinadas atividades econômicas, as quais almejam ao desenvolvimento a todo custo, mas não propiciam um desenvolvimento humano dotado de sustentabilidade, podem ser enquadradas na teoria do risco, tornando-se passíveis de responsabilização objetiva devido aos custos social e ambiental provenientes do desequilíbrio.

A partir disso, torna-se necessário ponderar que, embora a participação do Estado seja fundamental como principal ator do desenvolvimento sustentável, seja pelo controle de outras entidades que exploram atividade econômica ou pela sua própria regulação interna, os instrumentos do Judiciário para exercício controle da constitucionalidade das ações do Estado, respeitando-se o princípio basilar da separação dos Poderes, são de suma importância para compreensão acerca da atuação intrínseca entre os Poderes na promoção do desenvolvimento sustentável, visto que "não há como promover o desenvolvimento econômico e social, em longo prazo, sem instituições adequadas" (PRADO, 2013, p. 87).

3.2 CONTROLE JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE DESENVOLVIMENTISTA

Para a promoção do desenvolvimento sustentável é necessário obter equilíbrio satisfatório entre o presente modelo de crescimento econômico e a democracia, de modo que haja espaço de desenvolvimento socioambiental. O equilíbrio depende, por sua vez, de um concerto institucional que efetive os direitos fundamentais intransponíveis. Para Mario Schapiro (2016, p. 312; grifo nosso), "o ponto de equilíbrio não se localiza a priori, mas é resultado da **práxis institucional**". Dessa forma, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o controle mútuo entre os Poderes, exercido em consonância com os ditames constitucionais acerca da separação dessas esferas, torna-se um elemento fundamental para garantia desses direitos fundamentais e, consequentemente, do desenvolvimento sustentável na práxis institucional.

Após analisar os mecanismos internos e característicos do Estado, torna-se necessário especificar os mecanismos típicos do Judiciário, que propiciam margem de atuação para promoção do desenvolvimento sustentável e regulamentação das atividades econômicas. Nesse âmbito, o controle jurisdicional caracteriza-se como topograficamente externo à administração pública e, consequentemente, às ações propulsoras de desenvolvimento.

Esses mecanismos correspondem ao controle jurisdicional do Estado sobre a administração pública, os quais são, destarte, embasados pelo interesse público. Schapiro menciona o que Guillermo O'Donnell caracteriza como "mecanismos hori-

zontais de *accountability*, tais como direitos e garantias individuais, que são protegidos por meio da intervenção do Judiciário, ou deveres de probidade, fiscalizados por órgãos correcionais" (O'DONNELL, 1998, pp. 40-44). Assim, o papel do Judiciário para promover e garantir práticas econômicas socioambientalmente sustentáveis orienta-se ao direito fundamental do cidadão, resguardado pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Sob a perspectiva do controle jurisdicional, Mario Schapiro analisa três modalidades de controle, sendo essas o controle democrático, republicano e liberal. Os controles republicano e liberal tornam mais evidente o elo discricionário entre o Executivo e Judiciário. O controle republicano refere-se à responsabilização governamental, e visa garantir a implementação satisfatória das decisões políticas (2016, p. 325). Sendo assim, no âmbito do controle republicano, enquadram-se as ações civis ou penais do Ministério Público da União e dos Estados, com possibilidade de serem ajuizadas em matéria de preservação ambiental (BRASIL, 1981), de modo que possíveis ilegalidades possam ser penalizadas, e os danos, reparados.

Já o controle liberal incide sobre as autoridades eleitas, dirigentes públicos e burocratas, e pode ser instaurado nos âmbitos administrativo ou judicial. Essa modalidade de controle tem por objetivo:

> preservar a autonomia privada, respaldada pelos direitos e garantias individuais. Seu principal instrumento é o mandado de segurança, que protege direitos líquidos de certos de abusos ou ameaças perpetrados por autoridades públicas. Funciona como uma reação aos efeitos abusivos de uma dada decisão discricionária (SCHAPIRO, 2016, p. 325).

Essa margem de atuação permite, inclusive, como exemplificado por Schapiro, mandados de segurança que almejam anular atos administrativos inconstitucionais. Dessa forma, a atuação do Judiciário por mecanismos de controle pode se desenvolver orientada à preservação da responsabilidade objetiva governamental em suas ações desenvolvimentistas, assim como se orienta a garantias individuais e direitos do cidadão que, no âmbito da justiça ambiental, não se apresentam somente como garantias individuais, mas garantias coletivas de grupos diversos.

4. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EXEMPLO DE AÇÃO PARA DEFESA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Recentemente, uma ação civil pública do Ministério Público Federal (MPF), recebeu destaque nacional ao solicitar o afastamento do atual ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles. Trata-se de ação conjunta de Procuradoras e Procuradores da República, ajuizada em 06 de julho de 2020, por ato de improbidade administrativa com pedido de afastamento tutelar do cargo (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020).

A premissa apresentada pelo MPF é de que o ministro atuou contrariamente ao seu dever de tutela do meio ambiente por ações premeditadas, assim como infringiu os princípios da Administração Pública. Assim, conforme aponta o Ministério Públi-

co, por meio de notícia divulgada em seu sítio virtual acerca da ação civil pública proposta, há possibilidade de condenação nas penas previstas pela lei de improbidade administrativa, caso assim julgado, como perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o poder público e de receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios.

Na ação proposta, é ressaltada a trajetória legal e institucional do Estado brasileiro de compromisso com a proteção do meio ambiente, a partir do estabelecimento de marcos normativos e de aparato administrativo para consolidar um modelo de desenvolvimento sustentável. Essa responsabilidade institucional compreende "viabilizar a adequada estruturação administrativa e orçamentária, o devido aparato fiscalizatório, o compromisso com a transparência e a participação social e a atuação permanente contra o retrocesso socioambiental" (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020, p.4).

Para o MPF, o atual ministro do Meio Ambiente não contribui positivamente para a efetivação do projeto constitucional para o meio ambiente, conforme ressalta:

> Por meio de ações, omissões, práticas e discursos, o ministro do Meio Ambiente promove a desestruturação de políticas ambientais e o esvaziamento de preceitos legais, mediante o favorecimento de interesses que não possuem qualquer relação com a finalidade da pasta que ocupa (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020, p. 5).

Sendo assim, a postura do ministro pode caracterizar desvio de finalidade de sua função enquanto agente público. O MPF também aponta que os atos de improbidade administrativa compreendem a desestruturação dolosa das estruturas de proteção ao meio ambiente em quatro esferas: i) normativa; ii) dos órgãos de transparência e participação; iii) orçamentária; e iv) fiscalizatória (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020, p.8).

Entretanto, no entendimento da Advocacia Geral da União, a ação de improbidade administrativa deveria ser findada, caso o processo não fosse encaminhado à 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. No parecer apresentado, isso se justifica por já existir outra ação civil pública do MPF tramitando contra o ministro do Meio Ambiente em função do Despacho nº 4.410/2020[2]. A Advocacia solicitou que a União tivesse um prazo de pelo menos cinco dias úteis para "tecer argumentos sobre a juridicidade e licitude dos atos estatais praticados, na perspectiva da União" (TEÓFILO, 2020) sobre o pedido de afastamento do ministro.

[2] O Despacho 4.410, de 06 de abril de 2020, altera o entendimento do Despacho MMA 64.773/2017, que reconhecia a vigência da Lei da Mata Atlântica (Lei Federal 11.428/2006). O MPF, por meio de notícia publicada no dia 06 de maio de 2020, em site institucional, explica que "o Despacho 4.410/2020 tem como consequência direta negar vigência à Lei da Mata Atlântica, em especial à vedação de consolidação de ocupação de Áreas de Preservação Permanente situadas em imóveis abrangidos pelo bioma Mata Atlântica, proveniente de desmatamento ou intervenção não autorizada, a partir de 26 de setembro de 1990". Após críticas e ações solicitando a anulação do ato administrativo, o ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, revogou o despacho.

O caso apresentado é um importante e recente exemplo acerca da atuação do Judiciário na defesa do meio ambiente para consolidação do projeto constitucional de desenvolvimento sustentável. A partir da análise de Mario Schapiro, é possível caracterizar o caso como uma forma de controle jurisdicional republicano com vistas à responsabilização governamental. A atuação do MPF demonstra a necessária proatividade do Judiciário no controle das atividades estatais que possam ser gravosas não somente à promoção do desenvolvimento sustentável no Brasil, mas também a própria manutenção de legislações e órgãos fiscalizatórios que garantem as mínimas condições para proteção ambiental.

Como uma medida cautelar, a ação contra o ministro do Meio Ambiente evidencia também um estado emergencial da defesa do meio ambiente para concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. Frente ao aumento do desmatamento, omissão e negligência do Estado em assumir e fortalecer áreas estratégicas para um ambiente ecologicamente sustentável, como a gestão do saneamento básico público, assim como o desmantelamento das legislações e entidades estatais de proteção e fiscalização, o vazio de um representante executivo no Ministério do Meio Ambiente que contribua positivamente para a proteção ambiental manifesta-se como um projeto inconstitucional instaurado. Assim, a atuação do Judiciário, por meio dos instrumentos apresentados, torna-se valorosa e fundamental para a garantia e manutenção dos princípios constitucionais para defesa e promoção do desenvolvimento sustentável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação Judiciária na promoção do desenvolvimento sustentável é uma temática sensível devido a sua complexidade de relação com outros Poderes, mas válida e necessária para propiciar uma maior mobilização estatal com vistas à manutenção de práticas positivas nesse âmbito, assim como para desencadear posicionamentos do Estado como executor de políticas na perspectiva socioambientalmente sustentável.

Dessa forma, embora o Brasil tenha obtido avanços inicias, não só no cenário de inserção internacional para promoção do debate sobre o desenvolvimento sustentável, mas também em processos internos regulatórios, como a legislação ambiental brasileira e as previsões constitucionais e civis para responsabilização, há urgente necessidade de concretude e direcionamento das ações estatais, principalmente pela cooperação e pelo controle de constitucionalidade, em especial no atual cenário de calamidade pública e ingerência em que o Estado brasileiro se encontra, de deflagrado desmonte institucional da proteção ambiental.

A concretude e direcionamento necessários compreendem, inter alia, a integração com outros Poderes para fortalecimento de iniciativas e manutenção regulatória de políticas públicas e econômicas sustentáveis social e ambientalmente. Dessa forma, a atuação Judiciária no processo de desenvolvimento sustentável deve almejar equilibrar a intensidade dos controles administrativos e a ação desenvolvimentista promovida pelo Estado em geral, avaliando as nuances da política econômica aplicada e suas externalidades, tanto positivas como negativas. O manejo deste equilíbrio perpassa, também, pela sobreposição de controles tratada por Mario Schapiro.

Neste sentido, é fundamental que, para eficiência das políticas desenvolvimentistas sustentáveis, a sobreposição seja cooperativa, com vistas a concretizar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado a todos os cidadãos. A concretização desse direito instransponível, fundamental ao Estado Social Democrático de Direito, perpassa também pela compreensão acerca da importância do acesso a esse direito e, portanto, à justiça, seja para todos, efetivamente. Para isso, os princípios basilares deste trabalho, a saber o equilíbrio e a fidelidade ao contexto, postulam diretrizes necessárias presentes na Justiça Ambiental.

Destarte, a atuação do Judiciário, com vistas à cooperação entre os Poderes para promoção do desenvolvimento sustentável, poderá ser coordenada adequadamente de modo a garantir ações desenvolvimentistas que atinjam o escopo presente na norma constitucional, isto é, capazes de alcançar e efetivar um modelo de desenvolvimento socialmente justo, economicamente viável e ambientalmente sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Desenvolvimento sustentável: qual a estratégia para o Brasil?. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 87, p. 97-113, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000200006&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL, Lei Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.*
Brasília, DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Lei No 9.985, de 18 de julho de 2000. *Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.* Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm> Acesso em nov/2019.

BRASIL. *Lei nº 10.4060, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 7 ago. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado. Rio de Janeiro: *Revista da EMERJ,* v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_10.pdf> Acesso em 18 set. 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Regulamentação Econômica e Serviços Públi-*

cos. [Brasília, DF]. 2017. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/plano-tatico/temas/regulacao-economica > Acesso em nov/2019.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental ao meio ambiente como cláusula pétrea do sistema constitucional brasileiro. *Genjurídico.* [São Paulo], 25 ago. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/08/25/direito-fundamental-ao-meio-ambiente/> Acesso em 19 set. 2020.

GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. Energia e meio ambiente no Brasil. *Estudos Avançados,* São Paulo, v. 21, n. 59, p. 7-20, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000100003> Acesso em: 05 ago. 2020.

LEIS, Héctor Ricardo. *A modernidade insustentável: As críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea.* Montevideo: Coscoroba ediciones, 2004.

MAHUAD, L. C. N. E.; MAHUAD, Cassio. Imputação da Responsabilidade Civil: Responsabilidade objetiva e subjetiva. IN: Responsabilidade civil. 01ed. São Paulo: *Escola Paulista da Magistratura,* 2015. p. 33-82. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.

MARCÍLIO, Gina Vidal; BERTOLINI, Adriana Rossas. A Ordem Econômica Internacional e suas implicações na Constituição Econômica Brasileira De 1988. [S.l]: *Revista de Direito Brasileira:* ano 3, vol. 6, pp. 116-139, set/dez 2013.

MAYER, Maria Luiza Alencar. *Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI* / organizadores: Vladmir Oliveira da Silveira, Samyra Naspolini Sanches, Monica Benetti Couto. Brasília: Ipea: CONPEDI, pp. 103-121, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Manifesto de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental*. [Brasília, DF]. 2012. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/8077-manifesto-de-lan%C3%A7amento-da-rede-brasileira-de-justi%C3%A7a-ambiental> Acesso em: 19 set. 2020.

MINISTÉRIO DE RELAÇÕES EXTERIORES. *O Brasil e o desenvolvimento sustentável.* [Brasília, DF]. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/130-o-brasil-e-o-desenvolvimento-sustentavel> Acesso em nov/2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Inquérito Civil nº 1.16.000.000912/2020-18 de 06 de julho de 2020. *Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa com pedido de afastamento tutelar do cargo.* Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/salles-representacao.pdf> Acesso em jul/2020.

MONTIBELLER-FILHO, Gilberto. Crescimento Econômico e Sustentabilidade / Economic Growth and Sustainability. *Sociedade & Natureza,* v. 19, n. 1, 1 nov. 2007. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadenatureza/article/view/9343> Acesso em: 19 set. 2020.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. Ecodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável; conceitos e princípios. *Textos de Economia,* Florianópolis, v. 4, n. 1, p. 131-142, jan. 1993. ISSN 2175-8085. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/6645>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. *MPF pede afastamento de Ricardo Salles do Ministério do Meio Ambiente por improbidade administrativa.* Brasília: Assessoria de Comunicação. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-pede-afastamento-de-ricardo-salles-do-ministerio-do-meio-ambiente-por-improbidade-administrativa>. Acesso em jul/2020.

_____. *MPF propõe ação para anular despacho do Ministério do Meio Ambiente que coloca em risco a preservação da Mata Atlântica. Brasília: Assessoria de Comunicação.* 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-propoe-acao-para-anular-despacho-do-ministerio-do-meio-ambiente-que-coloca-em-risco-a-preservacao-da-mata-atlantica>. Acesso em jul/2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.* 2015. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html> Acesso em nov/2019.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. Lua Nova – *Revista de Cultura e Política,* n. 44, p. 27-54, 1998.

PEGUIM SILVA, C. N. Estado e Desenvolvimento Sustentável no Brasil: Água, Biomassa e Petróleo (1992 - 2012). [S.l]: *Historia Ambiental Latinoamericana y Caribeña (HALAC) revista de la Solcha*, v. 7, n. 2, p. 130-142, 25 out. 2018. Disponível em: <https://halacsolcha.org/index.php/halac/article/view/336/308> Acesso em nov/2019.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental: Um ensaio de epistemologia política. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* v. 93, p. 31-58, 2011. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/133> Acesso em: 19 set. 2020.

PRADO, Mariana Mota. O paradoxo das reformas do Estado de Direito: Quando reformas iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras. Curitiba: *Revista de Sociologia e Política,* V. 21, No 45, pp. 73-90, mar. 2013.

SACHS, Ignacy. Equitable Development on a Healthy Planet. Netherlands: The Hague Symposium "Sustainable Developpement: from concept to Action (mimeo - Systhesis report for discussion), 1991.

SACHS, Ignacy. Estratégias de Transição para o Século XXI - Desenvolvimento e Meio Ambiente. São Paulo: *Studio Nobel* – Fundap, 1993.

SALIM, A. P. N. A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho. *REVISTA DE DIREITO DO TRABALHO (SÃO PAULO),* v. 120,

p. 11-24, 2005. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. São Paulo: *Revista Direito GV,* v. 12, n. 2, pp. 311-344, mai/ago 2016.

SCHNEIDER, Gabriela; CASTELLANO DA SILVA, Igor. Estado de direito e democracia: Uma abordagem acerca da (não) aquisição de direitos nos países em desenvolvimento na América Latina. Belo Horizonte: *Rev. Fac. Direito UFMG,* n. 64, pp. 435 - 469, jan/jun 2014.

SCHLOSBERG, David. Defining Environmental Justice: Theories, Movements, and Nature. New York: *Oxford University Press,* 2007. Disponível em: <https://greenresistance.files.wordpress.com/2017/01/defining-environmental-justice.pdf> Acesso em: 19 set. 2020.

SELZNICK, Philip. The sociology of law. [S.l]: *Journal of Legal Education,* v. 12, p. 521-531, 1959.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica.* Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005.

TEÓFILO, Sarah. A*GU pede fim de processo que pede afastamento do ministro Ricardo Salles.* MPF pediu afastamento de chefe do Ministério do Meio Ambiente, afirmando que Salles atua com o intuito de desmontar a proteção ambiental. Brasília: Correio Braziliense. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/09/interna_politica,870703/agu-pede-fim-de-processo-que-pede-afastamento-do-ministro-ricardo-sall.shtml> Acesso em jul/2020.

VIOLA, Eduardo. O BRASIL NA ARENA INTERNACIONAL DA MITIGAÇÃO DA MUDANÇA CLIMÁTICA: 1996-2008. Rio de Janeiro: *CINDES,* 2009. Disponível em : <https://www.ipea.gov.br/bric/textos/100409_BRICViola1.pdf> Acesso em: 19 set. 2020.
52.2020.8.24.0000, 3ª Câmara de Direito Público Rel. Des. Jaime Ramos, j. 02/06/2020.

Artigo Científico

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL

RIGHT TO FORGETTING IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT

Carolina Aparecida de Lima Preto*

Resumo: Analisa-se neste estudo o tema direito ao esquecimento com ênfase na ambientação virtual. Em meio à ampla divulgação de informações presentes ou pretéritas, surge o desafio da proteção de direitos personalíssimos e constitucionais como a intimidade, a vida privada, a imagem, dentre outros. A *internet* como fonte de informação, aqui, será analisada também como forma de memória eterna, onde fatos ocorridos há muito tempo podem retornar, causando transtornos e sofrimentos, muitas vezes aniquilando a dignidade da pessoa humana. Deste modo, estudaremos o instituto do direito ao esquecimento e a inevitável colisão desse direito com o da liberdade de informação, expressão e imprensa. A relevância do tema, que ganha destaque no ambiente virtual, somada à carência dos usuários ou não da rede digital de normas eficazes como ferramentas aptas para solução dos conflitos que visem tutelar o direito à privacidade, as dificuldades de execução no meio digital, as liberdades de informação, expressão e imprensa, por meio da ponderação necessária aos conflitos que se fazem ou se farão presentes em uma sociedade cada vez mais digital, justificam a presente análise. Para referido estudo, utilizou-se a pesquisa descritiva e bibliográfica.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direitos da personalidade. Liberdade de informação. Colisão.

Abstract: *This study examines the right to oblivion theme with emphasis on virtual environment. Amidst the wide dissemination of present or past information, the challenge arises for the protection of very personal and constitutional rights such as intimacy, private life, image, among others. The Internet as a source of information here will also be analyzed as a form of eternal memory, where events that have occurred for a long time may return, causing disruption and suffering, often destroying the dignity of the human person. In this way, we will study the institute of the right to forgetfulness and the inevitable collision of this right with that of freedom of information, expression and press. The relevance of the theme, which is highlighted in the virtual environment, added to the lack of users or not of the digital network of effective norms as tools capable of solving the conflicts that aim to protect the right to privacy, difficulties of execution in the digital environment, freedoms of information, expression and the press, through the necessary consideration to the conflicts that are or will be present in an increasingly digital society, justify the present analysis. For this study, the descriptive and bibliographic research was used.*

Keywords: *Right to forget. Rights of the personality. Freedom of information. Collision.*

* Bacharela em Direito pela Universidade São Francisco.
E-mail: carolineaparecidalima@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade globalizada e digitalizada, marcada por constantes desenvolvimentos, especialmente quando se trata dos meios de comunicação.

Os meios de comunicação se aprimoram em curtíssimos espaços de tempo e se tornam cada vez mais ferramentas rápidas e acessíveis de divulgação e acesso às informações. Isso permite nos comunicar com pessoas distantes em frações de segundos, receber e compartilhar informações e se atualizar sobre os acontecimentos do mundo.

Esse aprimoramento tecnológico favoreceu as relações sociais, além de trazer novos questionamentos e desafios à sociedade. Hoje somos cercados por diversos mecanismos de comunicação, principalmente no ambiente virtual, onde temos a nosso dispor diversas plataformas, tais como: facebook, twitter, instagram e youtube. Por meio delas podemos compartilhar dados pessoais, fotos, vídeos, opiniões, ou seja, registrar momentos de nossas vidas.

A *internet*, com todo seu mecanismo tecnológico de busca, atua como eternizadora de fatos por nós registrados e não se deixa cair no esquecimento. Por meio de registros memorizados, podemos reencontrar pessoas ou acessar informações de anos atrás. Caso alguém queira saber dados de outrem, basta entrar em uma rede social ou digitar o nome no Google para que se tenha livre acesso a diversas informações e fatos referentes a pessoa buscada.

A mídia, forma efetiva do direito de informação, permite à sociedade receber e produzir opiniões para ampliação de seu conhecimento. E é nessa seara, marcada pela facilidade de acesso a informação e pelo compartilhamento de dados, que surge um grande desafio ao direito em uma sociedade digital: a necessidade da proteção dos direitos fundamentais como a privacidade, intimidade, honra e imagem, que devemos considerar tão importantes quanto o direito de se informar.

O direito ao esquecimento surge para possibilitar ao indivíduo, que tenha seus dados lançados na rede por outrem, pleitear o não compartilhamento de determinado fato passado, impedindo que este fato ressurja no presente, causando-lhe danos e sofrimentos que outrora não os teria.

A problemática surge com o conflito do direito ao esquecimento com a liberdade à informação, sendo necessário delimitar o que diz respeito à sociedade, devendo assim, ser lembrado, e o que se refere tão somente à vida privada, podendo ser esquecido. Assim sendo, o presente artigo se propõe a estudar o direito ao esquecimento no ambiente virtual, e quando este poderá ser aplicado.

A partir desse artigo, pretende-se observar a aplicação do direito ao esquecimento, como espécie de direito da personalidade. A partir disso, tem-se como principal objetivo descrever o instituto do direito ao esquecimento, as dificuldades de execução no meio digital, o conflito com a liberdade de informação, expressão e imprensa como também apresentar uma forma de solução para esses conflitos. Para elucidação da matéria, far-se-á o uso do método de pesquisa descritiva e da pesquisa

bibliográfica.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade estão previstos nos artigos 11 ao 21 do Código Civil. Esses direitos também possuem previsão constitucional, conforme expressa o artigo 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL, 1998) Deste modo, para o estudo dos direitos da personalidade, é necessária uma análise civil-constitucional, já que a constituição enumera direitos fundamentais dispostos à pessoa humana (TARTUCE, 2017).

Os direitos da personalidade materializam valores fundamentais da pessoa, direitos assegurados legal e constitucionalmente, comuns à existência humana. A personalidade é o primeiro bem adquirido, essencial ao ser humano, que permite ser quem ele é, e possibilita defender o que lhe é próprio, como, por exemplo: a identidade, liberdade, honra, imagem, privacidade e reputação. (DINIZ, 2012).

Conceituam-se os direitos da personalidade como: "[...] aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais." (GAGLICIANO, 2017, p. 67). Deste modo, podemos classificá-los como uma: "[...] expressão utilizada para designar certos direitos inerentes ao homem, essenciais à condição humana, direitos esses vitalícios, absolutos, irrenunciáveis, impenhoráveis e imprescritíveis." (SHREIBER, 2013, p. 17).

Como mencionado no enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal, os direitos da personalidade são regulados de maneira não exaustiva pelo código civil, tratando-se de rol exemplificativo e não taxativo. Nesse sentido, estes direitos não se resumem aos elencados na lei. Como o direito passa por contínuos processos de mudança, abre-se a oportunidade de surgimentos de novos direitos, embasados na doutrina, na jurisprudência e na necessidade humana.

No que se refere ao objeto deste trabalho, cumpre, neste momento, ressaltar que esse primeiro tópico é uma breve conceituação dos direitos da personalidade, sem o intuito de exaurir o conteúdo, necessária para o estudo do direito ao esquecimento como direito à personalidade, onde far-se-á a explanação dos diversos institutos inerentes aos direitos da personalidade, como o direito à privacidade, imagem, honra, intimidade e vida privada.

2.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO ESPÉCIE DO DIREITO DA PERSONALIDADE

O direito ao esquecimento ganhou destaque com o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento." (BRASIL, 2013). Esse enunciado possui a seguinte justificativa:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento

> tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013).

O seguinte enunciado "trata-se, na verdade, de mera consequência lógica do direito de estar só (estágio da solidão), no qual a pessoa quer, na verdade, que se esqueçam dela". (CHEHAB, 2015, p. 116). A partir do direito ao esquecimento, podemos proteger direitos essenciais ao ser humano, entre eles os direitos da personalidade, permitindo que este possa "ser deixado em paz" em relação a um fato do seu passado, que não contribui em mais nada no presente.

Segundo o mesmo enunciado, "a tutela da pessoa humana inclui o direito ao esquecimento". Isso quer dizer que o direito ao esquecimento decorre da tutela da pessoa humana, que nada mais é que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º, III, da Constituição Federal (CF). Os direitos da pessoa humana resguardam a dignidade e condições mínimas de vida, concedido a todo ser humano independente de qualquer fator ou conduta cometida.

Dentre esses direitos inerentes à pessoa humana, inclui-se o direito ao esquecimento, sendo um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e um direito da personalidade, com objetivo de proteger a privacidade, intimidade, honra e imagem. Assim sendo:

> Analisando-se o direito ao esquecimento à luz dos direitos de personalidade percebe-se que se trata de direito extrapatrimonial, ainda que sua violação possa ensejar reparação de danos. Também se pode verificar que o direito ao esquecimento relaciona-se com atributo moral do indivíduo, no sentido de não passar a vida tendo sua imagem veiculada a determinado episódio. Dessa forma, verifica-se que o direito ao esquecimento possui características dos direitos de personalidade, podendo ser classificado como tal. (CASSOL, 2015, p. 19)

Podemos, por meio do enunciado, classificar o direito ao esquecimento como um direito da personalidade, em razão dos atributos humanos protegidos. O mesmo atua como uma ferramenta apta à proteção da privacidade, além de possuir características próprias destes direitos, como o fato de tratar de um direito extrapatrimonial, visando proteger atributos essenciais à pessoa humana, como também um direito fundamental, decorrente da tutela da pessoa humana.

Luz (2019, p.47) afirma que "o chamado direito ao esquecimento é colocado ora como direito autônomo da personalidade, ora como desdobramento da privacidade, sendo por certo um ponto de interligação entre a memória e o direito." Portanto, é

necessária uma explanação do direito da privacidade, que serve de alicerce para o direito ao esquecimento.

Com o avanço tecnológico, principalmente no ambiente virtual, é de grande importância a proteção dos direitos inerentes à privacidade, que possui respaldo no código civil, no capítulo que trata dos direitos da personalidade, como também na constituição federal. Nesse aspecto se encontra, como uma garantia fundamental, a necessidade de proteger a vida privada em meio à sociedade contemporânea, marcada pela ampla divulgação de informações, o que se tornou uma tarefa árdua de ser realizada, embora necessária.

A partir desse direito, o indivíduo possui, na esfera privada, proteção das informações e fatos relativos somente a si mesmo, cabendo a ele querer compartilhar ou não com outras pessoas. Possuímos o direito de estarmos sós, e quando, por algum motivo, esse direito não é respeitado, podemos reivindicar ao Estado a tutela dessa privacidade, com finalidade de impedir interferências de terceiros em nossa vida privada, como afirma o artigo 21 do código civil: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (BRASIL, 2002).

Para melhor compreensão, é necessário conhecer o conceito da vida privada, que nada mais é que: "O conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito" (SILVA, 2009, p.206).

A privacidade contêm várias faces, podendo estar relacionada ao controle sobre o próprio corpo; sobre o lar; e sobre suas informações pessoais. Na seara das informações, detemos o poder de barrar acesso de outros a si mesmo, ocultando informações e assuntos próprios a terceiro, podendo assim, exercer o controle sobre o uso de nossas informações, escolhendo o que desejamos ou não compartilhar. Essa faceta do direito a privacidade ampara o direito ao esquecimento, pois concretiza o direito de estar só, possibilitando que informações passadas fiquem no passado. (LINKE, 2019).

Deste modo podemos classificar o direito ao esquecimento, como instrumento de preservação dos direitos da personalidade, e um direito fundamental. Onde sua vinculação não está somente restrita à vida privada, mas também a outros direitos inerentes à personalidade humana, como a honra, de tal forma que a divulgação de informações passadas possa ofender a dignidade do indivíduo perante a sociedade, da mesma forma a imagem, já que muitas vezes esse direito é pleiteado em razão da divulgação de fotografias e vídeos de momentos passados que dizem respeito somente ao indivíduo e não representam interesse para sociedade (CASSOL, 2015).

Diante do exposto, é perceptível que, embora o direito ao esquecimento não possua uma regulamentação expressa na legislação, pode ser elencado como um direito personalíssimo e constitucional, sendo de grande importância para a sociedade, pois é por meio dele que, em determinadas situações, podemos concretizar certos direitos, tais como: a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem. Nesse sentido,

sua existência é inquestionável, porém existem critérios para sua aplicação, não é qualquer fato que pode ser "esquecido". Desta forma, o próximo tópico adentrará especificamente neste instituto, para entendermos seu conceito e aplicação.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONTEXTUALIZAÇÃO

Para compreender melhor esse instituto, apresenta-se aqui uma breve explanação do surgimento do tema, sem o intuito de exaurir o conteúdo. Apesar desse tema ganhar destaque em razão da era da informação, marcada pelo avanço tecnológico e dos meios de comunicação em massa, o instituto do direito ao esquecimento não é algo novo, que acabou de surgir. Sua evolução e reconhecimento decorrem de um contexto histórico que é possível conhecer melhor a partir desse tópico.

O direito ao esquecimento não possui uma regulamentação especifica, não existindo nenhum dispositivo legal que trate expressamente deste instituto. Portanto, esse não é um direito positivado, tendo origem, construção e desenvolvimento por intermédio da jurisprudência mundial, sendo necessário analisar o direito estrangeiro, uma vez que grande parte dos tribunais que aplicam o direito ao esquecimento fundamentam suas decisões de acordo com jurisprudências antigas das cortes estrangeiras (RODRIGUES, 2017).

Um acontecimento de grande importância para o debate da existência deste direito aconteceu na Espanha, com o julgamento do caso de Mario Coteja González, contra o Google, pois, ao digitar o nome dele no mecanismo de pesquisa, o mesmo era vinculado a uma dívida que não possuía mais. Buscando proteger sua imagem e consequentemente apagar seus dados da *internet*, Mário se queixou à Agência Espanhola de Proteção de Dados contra o Google, que foi instruída a deixar de divulgar a referida página (MARTINS, 2014).

O Google negou o pedido, alegando ser apenas uma fornecedora de links para conteúdos já presentes na *internet*. Assim sendo, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi chamado a se pronunciar, considerando o Google como responsável pelo que adiciona à sua lista de links, e que este deve possui controle sobre os dados pessoais dos utilizadores. A partir desta decisão, os tribunais europeus podem determinar a eliminação de links desde que provado, por meio de uma avaliação e equilíbrio entre interesse público e privado, que a informação divulgada já não deveria continuar no mecanismo de busca (MARTINS, 2014).

Em contrapartida, no Brasil, o tema foi reconhecido recentemente, ganhando destaque com o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, que inclui o direito ao esquecimento na tutela da pessoa humana, possuindo também casos famosos, nos quais as partes invocaram o direito ao esquecimento, entre eles os seguintes: Chacina da Candelária (Recurso especial nº1. 334.097) e Aída Curi (1.335.153).

3.1 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL

Para fins desse trabalho, apresentar-se-á este instituto, com foco no ambiente virtual, pois é nesse contexto que se encontram as maiores dificuldades para sua

aplicação, em razão do desenvolvimento tecnológico, do armazenamento "eterno" de informações, da facilidade de reencontrar fatos passados, em confronto com a necessidade de proteger direitos fundamentais, como também direitos da personalidade, dentro desse novo contexto social.

A dificuldade de aplicação do direito ao esquecimento, no âmbito digital, é a consequência de um paradigma tecnológico, que transforma o modo como vivemos em sociedade. No ambiente virtual, é possível encontrar toda e qualquer informação já produzida e armazenada em questão de minutos, como forma de eternização dos fatos. A *internet* funciona como uma ferramenta de comunicação e integração que aproxima e modifica as relações interpessoais (ARIES; GREFORI, 2017).

A *internet* aproxima pessoas distantes, auxiliando no compartilhamento de informações. Além disso, possibilita o acesso a uma grande quantidade de informações em relação a qualquer aspecto da vida social presente ou passado, sendo um instrumento efetivo para o exercício do direito de informação e expressão. Porém, junto com seus benefícios, temos também os desafios que ela representa para a sociedade e o Estado, como, por exemplo, a dificuldade de proteção da privacidade, o direito ao resguardo do cidadão, a separação de aspectos privados dos públicos, dentre outros (PAESANI, 2013).

Devemos considerar que a *internet* exerce ampla influência na sociedade. Por meio dela podemos saber e relembrar coisas que ocorreram anos atrás, nos conectarmos com pessoas distantes, divulgarmos momentos e sentimentos. Contudo, em meio a esse contexto, considera-se, também, o surgimento da dificuldade de separar o que é público do que é privado. Separar o que pode ser divulgado com o que não é pertinente ser divulgado nem relembrado. Deste modo, necessita-se de uma forma efetiva de proteção dos direitos da privacidade, intimidade e outros direitos inerentes à personalidade humana.

Ancorado nessa necessidade surge o direito ao esquecimento, que possui como objetivo ponderar as liberdades comunicativas, com os direitos da personalidade, garantindo a proteção da privacidade e imagem do cidadão e possibilitando a este controlar suas informações particulares e sua utilização por outros indivíduos. Além disso, impedir, quando necessário, a divulgação dessas informações, pois informações passadas podem facilmente ser retomadas pela *internet* e, dependendo do contexto, causar prejuízos ao ser humano em relação a sua imagem, inclusive dificultando sua possibilidade de recomeço, fazendo que fique "preso" a algo que não faz mais parte de sua vida (SANTOS, 2017).

Surge nesse cenário, em 2014, a lei do Marco Civil da *Internet* (LEI Nº 12.965), estabelecendo direitos e deveres dentro do ambiente virtual que, "além de assegurar o direito ao esquecimento, regulamenta a responsabilidade civil dos provedores." (PIMENTEL; CARDOSO, 2015, p. 1), garantindo a proteção da privacidade na *internet*, conforme o estabelecido no artigo 7º da lei acima mencionada:

> O acesso à *internet* é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
> I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e

> indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2014).

O direito acompanha as evoluções sociais, exigindo soluções jurídicas para os problemas causados pela "era virtual" e buscando resguardar direitos personalíssimos e fundamentais. É nesse cenário que o direito ao esquecimento entra em cena. Os usuários dessa rede virtual possuem deveres e direitos, como os direitos pessoais sobre seus dados e também a opção personalíssima de escolher pelo compartilhamento dessas informações, já que são elementos de sua vida privada (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

São tantas informações e momentos passados, que desejamos "esquecer", que dizem respeito somente a nós, que não precisam viver eternamente vinculado a nós. Possuímos o direito de "esquecer" aquilo que não faz mais parte de nossa vida, devemos poder pleitear o direito de ser esquecidos pela sociedade; vale ressaltar que não é um direito absoluto, sendo necessário analisar caso a caso (CASSOL, 2015).

Quando um indivíduo tem uma informação do seu passado, retornando ao presente, causando prejuízo à sua imagem, privacidade, intimidade, entre outros direitos da personalidade, cabe a este pleitear pelo direito ao esquecimento, como forma de preservação dos direitos acima elencados, cabendo ao juiz analisar o caso e decidir, ou não, por sua aplicação. Nas palavras de Sarlet, o direito ao esquecimento pode ser conceituado da seguinte maneira:

> A ideia central que norteia a noção de um direito ao esquecimento diz com a pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado, tudo de modo a propiciar uma espécie de esquecimento no corpo social (SARLET, 2015, p. 2).

Por meio do direito ao esquecimento podemos obstar a divulgação de certas informações e fatos que dizem respeito somente a nós e deixar o passado no passado. Contudo, não é qualquer informação que pode ser "esquecida", por não se tratar de um direito absoluto. Muitas vezes, o direito ao esquecimento é negado, tendo em vista que é do interesse da sociedade lembrar-se de determinado fato.

Desta forma, um dos grandes desafios da aplicação do direito ao esquecimento se encontra no direito à informação e na liberdade de expressão. Para preservarmos esses direitos, é necessário analisar qual o interesse da sociedade naquela informação, objeto do pleito do direito ao esquecimento. Se existe um interesse público na divulgação, ou na necessidade de relembrar aquela informação passada, não há que

se falar em direito ao esquecimento.

Verificamos, assim, que quando a informação for de interesse público, não se deve aplicar o direito ao esquecimento, pois estaria violando o direito da sociedade de se informar sobre determinado fato. No entanto, isso não é suficiente para obstar a aplicação do direito ao esquecimento, já que o interesse naquele fato precisa ser atual; pode ter havido um fato que era de interesse da sociedade, na ocasião da ocorrência, devendo por isso ser divulgado, e, após a passagem de um lapso temporal, aquilo ter deixado de ser de interesse público, por não mais fazer parte da realidade atual, e consequentemente poder ser esquecido, uma vez que não acrescentaria em nada para a sociedade a lembrança desse determinado fato. Conforme expressa o Ministro Gilmar Mendes:

> Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES, 2009, p. 427).

Da mesma forma expressa o Ministro Luís Felipe Salomão, no Recurso especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7): "Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo."

Existem fatos que ficam marcados na história da humanidade, que precisam e devem sem relembrados, em que o interesse social e público naquela informação ultrapassa a passagem do tempo. Mas, se esse não for o caso, cabe ao indivíduo, quando se deparar com seus fatos passados expostos à sociedade, e isso ofender seus direitos personalíssimos, buscar o esquecimento.

Nesse capítulo do presente artigo, pode-se conhecer mais sobre o direito ao esquecimento, a grande problemática do ambiente virtual, que dificulta o esquecimento, já que este ambiente tudo mantém e eterniza. Observou-se que não se trata de um direito absoluto, pois sua aplicação deve ser analisada no caso em concreto, possuindo como limite o interesse público e social na divulgação da informação ou fato.

Na próxima seção, far-se-á uma reflexão a respeito da liberdade de informação, expressão e imprensa, e dos limites constitucionais de determinados direitos, pois é evidente o confronto destes direitos, com o direito ao esquecimento.

4. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E IMPRENSA

Quando se permite o direito ao esquecimento de uma informação, impedindo sua divulgação, isso, de certa maneira, afronta o direito à liberdade de expressão e o direito à informação. Uma vez que aquela informação não possa mais ser divulgada, aqueles dados serão retirados e "esquecidos", para proteção de outros direitos. Nesse tópico será abordado outro aspecto. Nesse sentido, será tratado o direito de

se informar, de se expressar, e o direito de imprensa, a fim de podermos compreender ambos os institutos, e posteriormente sabermos quando um prevalecerá sobre o outro, além de buscar formas de conciliação entre estes direitos.

Estabelece a Constituição, em seu art. 5º, XIV, que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (BRASIL, 1998). Trata-se de uma característica fundamental da sociedade democrática, garantindo ao individuo o direito de procurar, receber e também compartilhar informações, ideias e opiniões, por meio de qualquer meio de comunicação, sem nenhuma forma de censura, ou seja, o direito de informar e de ser informado. Esse direito é garantido a todo ser humano sem nenhuma distinção, uma vez que todos são iguais perante a lei (RAMOS FILHO, 2014).

A garantia da liberdade de informação é uma das características da democracia, pois permite ao ser humano uma participação pública na sociedade por meio do conhecimento dos fatos que ocorrem ao seu redor e da possibilidade de se informar e de ser informado.

Ao mesmo tempo em que possuímos a garantia expressa à liberdade de informação, podendo receber e compartilhar informação sem nenhuma censura, essa liberdade é limitada pelo próprio texto constitucional, não podendo interferir e prejudicar outros direitos, em razão de não ser um direito absoluto. Essa liberdade deve atuar em consonância com outras garantias constitucionais, tão importantes quanto à liberdade de informação, tais como o direito à honra, à vida privada e à imagem. Nesse sentido, quando exercemos um direito não podemos prejudicar outro. Isso se dá em razão do caráter relativo dos direitos constitucionais (PAULO; ALEXANDRINO, 2015). Dessa forma, explica Moraes:

> A proteção constitucional à informação é relativa, havendo necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegida pela inviolabilidade da vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante (MORAES, 2004, p. 252).

Assim sendo, podemos compartilhar e receber informações, sem censura. No entanto, essa garantia constitucional, prevista em lei, precisa, além de seu requisito de veracidade, respeitar outros direitos constitucionais, já que existem informações que dizem respeito somente à vida privada, condutas íntimas e pessoais, e a divulgação dessas informações entrariam em conflito com outros direitos previstos constitucionalmente.

Ao lado da liberdade de informação, encontramos a liberdade de expressão, também prevista no texto constitucional. Conforme estabelece o artigo 5º, no inciso IX: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença", e o inciso IV do mesmo artigo estabelece que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1998). Somos livres para manifestar o que pensamos, desde que não usemos do anonimato, e essa manifestação não deverá sofrer censura.

A liberdade de expressão é um conceito amplo, pois não se trata somente da liberdade de expressão descrita no inciso IX do artigo 5º, indo além do expresso no texto legal, pois na sociedade possuímos diversas formas de expressão, abrangendo também outros direitos conexos, como a comunicação, a manifestação do pensamento e o acesso à informação, o que permite que nos utilizemos dos meios adequados para divulgação do pensamento (TAVARES, 2012).

O ser humano possui diferentes formas de pensar e opiniões distintas, mas em decorrência da democracia e das garantias constitucionais, este é livre para se manifestar e utilizar dos meios necessários para divulgação desses pensamentos. Entretanto, em razão de não se tratar de um direito absoluto, se na manifestação do pensamento e na divulgação de informações houver violação de outros direitos, poderá ser responsabilizado pelos danos causados.

Para fins desse trabalho, se faz necessária uma breve explanação sobre a liberdade de imprensa, a fim de averiguar a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento num ambiente virtual, nos meios de comunicações que possuem a liberdade constitucional de imprensa, sendo livres para divulgar fatos e informações, mantendo a sociedade informada.

Podemos classificar liberdade de imprensa, também denominada liberdade de informação jornalística, como sendo o direito dos meios de comunicação (*Internet*, jornais, rádio e televisão) de buscar a informação e de transmitir fatos. É evidente que a mídia exerce grande influência na sociedade, sendo até mesmo uma ferramenta de formação de opinião, ao mesmo tempo em que detêm direitos, também possuem deveres com seus usuários (RAMOS FILHO, 2014).

A liberdade de imprensa está inserida na liberdade de expressão, oferecendo aos meios de comunicação a garantia constitucional de divulgar fatos e informações para o público e permitindo à sociedade ser informada sobre os mais diversos temas de interesse social. Entretanto, essa liberdade não protege apenas os meios de comunicação que emitem as informações para sociedade, mas também os destinatários dessas mensagens que, por meio delas, conseguem receber opiniões e informações diversificadas, se atualizando sobre os acontecimentos referentes à vida em sociedade e concretizando o direito de ser informados (SARMENTO, 2016).

A Constituição Federal, no artigo 220, estabelece que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (BRASIL, 1988), com exceção dos limites estabelecidos pela própria Carta Magna. Portanto, independente do processo ou veículo utilizado para realização desses direitos, estes deverão ser respeitados, ficando evidente que também se estendem ao ambiente virtual.

O direito à liberdade de imprensa abrange o direito à liberdade de informação, pois possibilita a livre divulgação de informações e garante, de forma coletiva, que as pessoas sejam informadas. Conforme menciona Silva:

> A liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se

> concretizou - essencialmente - num direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação (SILVA, 2013, p.133).

A imprensa possui diversos efeitos na vida em sociedade, permite a difusão de informações para uma coletividade de pessoas, também atua como um mecanismo para emitir críticas, opiniões, porém, este não é um direito absoluto, possui limitações legais, como a própria a lei de imprensa. Da mesma forma que a imprensa é livre, também deve ser responsável pelas divulgações que realiza (RAMOS, 2007).

4.1 LIMITES ÀS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

A liberdade de informação e de expressão, que abrange também a liberdade de imprensa, são direitos constitucionais, garantidos pela Carta Magna. No entanto, estes direitos não são absolutos nem superiores a outros direitos garantidos pelo texto constitucional. Assim sendo, seu exercício deve ser realizado em harmonia com outros direitos.

Quando citamos os limites às liberdades de informação, expressão e imprensa, isto não está relacionado, de forma alguma, à censura, que caracteriza um ato arbitrário, praticado para impedir a divulgação de informações sobre determinado assunto. Esses limites dizem respeito ao dever da mídia de exercer essa liberdade garantida em lei, com consciência e responsabilidade, impedindo danos a terceiros, e violação de outros direitos, pois, ao mesmo tempo em que a lei garante as liberdades comunicativas e sua proteção, também garante a proteção de outros direitos, tão importantes como estes (RODRIGUES JÚNIOR, 2015).

Portanto, mesmo sendo uma garantia constitucional, as liberdades comunicativas, quais sejam a liberdade de informação, expressão e imprensa, encontram "limitações" em outros direitos, pois seu exercício não pode se sobrepor a outros direitos fundamentais, tais como os direitos à honra e à intimidade, e, em determinadas circunstâncias, seu exercício pode ser diminuído ou até impedido, a fim de que não ocorra violação dos demais direitos. Podemos dizer que as liberdades comunicativas devem coexistir em harmonia com a dignidade da pessoa humana e também com os direitos da personalidade (CASSOL, 2015).

Por conseguinte, se percebe que, dependendo da ofensa a outros direitos, é possível a limitação aos direitos constitucionais, pois mesmo sendo direitos básicos e de grande importância para a sociedade e para a efetivação da democracia, não são direitos absolutos, e sua aplicação pode colidir com outras normas. Contudo, essa limitação aos direitos constitucionais possui restrições, isto é, não podemos aceitar limitações à essência do direito. Portanto, para que haja limitação de um direito constitucional, é necessário haver fundamento razoável e proporcional, como algo que implique no impedimento da violação de outro direito, por exemplo (RODRIGUES JÚNIOR, 2015).

Resumindo, as liberdades comunicativas não são direitos absolutos e sua aplicação possui limitações. Durante o exercício desses direitos, se faz necessária a observação de outras garantias constitucionais, caso contrário, abre-se a possiblidade de conflitos entre direitos fundamentais. No próximo capítulo desse trabalho será abordada a colisão entre os direitos fundamentais, especificamente entre as liberdades de informação e expressão, com o direito ao esquecimento.

5. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisando-se o direito ao esquecimento, ponto central deste estudo, pode-se perceber que a aplicação deste direito pode colidir com a liberdade de informação, expressão e imprensa, uma vez que o indivíduo possui o direito expresso de informar e ser informado, e o direito ao esquecimento acaba restringindo a aplicação deste direito, ao impedir a divulgação de determinados fatos.

Essa colisão entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, embora ocasionalmente ocorresse no ordenamento pátrio, foi exponencialmente ampliado com a *internet*, que diferente de nós, não esquece o que nela é disponibilizado. Proteger os direitos da personalidade, nesse novo cenário, se tornou uma tarefa árdua, pois temos um grande fluxo de divulgação e troca de informações que podem ferir a dignidade humana e os direitos da personalidade do indivíduo, surgindo a colisão entre esses direitos. Ambos são essenciais à sociedade, embora caminhem em direções opostas. O direito ao esquecimento, ancorado nos direitos da personalidade, visa a proteção da esfera privada do indivíduo, já a liberdades de informação, como garantia fundamental, proporciona à sociedade acesso à informação, através da circulação de pensamentos e informações (SILVA; CARVALHO, 2017).

Tendo em vista esse cenário e a necessidade de proteção dos direitos constitucionais, o Marco Civil da *Internet*, Lei 12. 965/2014, em seu artigo 3o, estabelece os princípios que regulamentam o uso da *internet* no Brasil, garantindo a proteção à liberdade de informação como também o direito à privacidade.

O Marco Civil da *Internet* tem como objetivo regulamentar o acesso à *internet* e estabelecer direitos e deveres para seus usuários, e tem como princípio a garantia à liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, direito fundamental previsto no art. 5º, IX, da CF. Visa também proteger a privacidade, direito constitucional previsto no artigo 5º, inc. X, também da Magna Carta.

Embora o uso da *internet* tenha que seguir ambos os princípios, que são garantias constitucionais essenciais ao indivíduo e de imensa importância para a sociedade, nenhum destes possuí o status de direito absoluto, abrindo a possibilidade de conflito entre estes direitos, principalmente quando se discute a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento, que, se aplicado, impede a liberdade de informação sobre aquele acontecimento, pois o mesmo deixa de poder ser divulgado, com base na proteção de outros direitos (PIMENTEL; CARDOSO, 2015).

Quando surge um conflito entre os direitos fundamentais, em que a aplicação de um deles, restringe a do outro, não adianta buscar uma hierarquia entre esses princípios, pois não existe um princípio superior a outro. Ambos são direitos relativos e

podem ser restringidos, desde que seja de uma forma razoável, necessária e adequada, sem retirar a essência deste direito. Deste modo, não tem como determinar, de imediato, qual deles terá preponderância sobre o outro, pois isto decorre da análise das especificidades de cada conflito (MOTTA; BARCHET, 2007).

O direito ao esquecimento, de certo modo, realmente restringe a liberdade de informação, uma vez que impede a divulgação daquele fato pretérito, permitindo que este deixe de ser relembrado pela sociedade. No entanto, existem requisitos para a aplicação desse direito, que só poderá ser exercido com vistas a impedir uma violação expressa de outros direitos. Nesse sentido, quando se trata de uma informação de interesse da sociedade, de importância histórica para coletividade, não há o que se falar em direito ao esquecimento.

O mesmo vale para a liberdade de informação e de expressão, que, embora garantias constitucionais de grande importância para sociedade, também possuem restrições ao ponto de deverem atuar em consonância com outros direitos, como os direitos à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. Não são todas as informações e fatos que necessitam ou podem ser divulgadas. Também não é qualquer informação que deve ser esquecida. Estes limites visam impedir o confronto entre os direitos e proteger a dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista essas informações, no próximo tópico desse artigo, serão apresentadas formas e técnicas de solução dos conflitos entre direitos fundamentais, tendo como objetivo identificar os critérios que determinaram qual direito prevalecerá sobre o outro, tendo em vista sempre o respeito a ambos os direitos, visando não diminuir nenhum deles, nem criar uma hierarquia entre estes, mas solucionar o conflito, de acordo com cada caso.

5.1 SOLUÇÕES PARA O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No decorrer deste trabalho, podemos perceber a colisão do direito ao esquecimento com outros direitos, em especial a liberdade de informação e de expressão. Não há como determinar de forma imediata, qual direito deve prevalecer, tendo em vista que não podemos simplesmente hierarquizar um direito sobre outro. É necessário buscarmos critérios de solução para estes conflitos, analisando, caso a caso, qual prevalecerá em cada ocasião.

O conflito entre normas surge quando um direito se depara com outro em sentindo oposto ao seu, e não temos um critério estabelecido para a solução deste conflito. O direito ao esquecimento e à liberdade de informação e de expressão podem colidir, em razão de protegerem polos diferentes, embora de grande importância ao ser humano. Para solucionar essa situação alguns autores, como Maria Helena Diniz, defendem o uso da técnica da ponderação, que consiste em um mecanismo utilizado pelo juiz para aplicação da norma mais justa, técnica que confere ao juiz um fundamento para orientar um sopesamento entre as normas que estão em conflitos (FERRIANE, 2016).

Criada pelo tribunal Constitucional alemão, como uma forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais, quando existe a necessidade de se analisar as

condições fáticas e jurídicas de cada caso, a fim de decidir qual irá prevalecer, a ponderação deve observar também o principio da proporcionalidade, pois para que seja justificada a aplicação da restrição a um determinado direito, esta limitação deve ser necessária, adequada e proporcional, caso contrário não será considerada legitima (CARDOSO, 2016).

Nenhum direito possui prioridade sobre outro. Para a resolução do conflito é necessário um sopesamento entre os interesses conflitantes, com o objetivo de determinar qual direito possui o maior valor, qual tem mais peso no caso especifico, sendo necessário um princípio ceder, o que não significa que o princípio que teve que ceder é inválido ou menos importante (ALEXY, 2006).

A aplicação desta técnica deve seguir determinados critérios, sendo necessário identificar as normas para a resolução do caso e possíveis conflitos entre elas, analisando quando um pode se sobrepor ao outro, posteriormente. Nesse sentido, deve-se analisar os fatos e circunstâncias do caso e por último, para que se possa chegar a uma decisão, os grupos de normas e a repercussão no fato concreto são analisados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos de cada direito, onde se analisará qual direito tem um peso maior naquele contexto, e este prevalecerá em face do outro direito, que será mitigado, entretanto, embora mesmo mitigado naquela situação, esse direito ainda deve ser respeitado em sua essência (CASSOL, 2015).

O uso da técnica da ponderação é instruído também no enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal: "Em caso de colisão entre os direitos da personalidade, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação." (BRASIL, 2013). É por meio dessa técnica que poderemos encontrar, no caso concreto, uma solução para a colisão de direitos, analisando o peso de cada direito e verificando qual tem maior importância naquela situação. A técnica da ponderação não tem como finalidade invalidar um direito nem diminuir sua importância. O escopo desta técnica é buscar uma solução para a colisão dos direitos envolvidos no caso, ponderando, de acordo com a peculiaridade de cada caso, qual deve prevalecer.

Enfim, não existe uma regra de prevalência entre estes direitos. Nem sempre o direito ao esquecimento será aplicado se sobrepondo ao direito de informação, o mesmo vale para a liberdade de informação e de expressão, que nem sempre prevalecerá sobre o direito de esquecer, tudo depende do contexto e das peculiaridades de cada caso. Para a mitigação de um direito, deve ser feito um estudo das consequências dessa mitigação, deve-se analisar o peso de cada um, naquela situação fática, e chegar a uma decisão mais justa para aquela situação, com base na dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões abordadas no presente artigo nos demostram que a sociedade, por meio da tecnologia, vem evoluindo constantemente. A *internet* é uma prova disto. Esse avanço nos possibilita a efetivação da liberdade de informação, de expressão e de imprensa. Permitindo ao ser humano a faculdade de se comunicar, informar, compartilhar e expandir seus conhecimentos. Como decorrência deste cenário, influenciado pela facilidade de acesso à informação com exorbitantes compartilhamentos

de dados, surge um novo desafio: a proteção dos direitos inerentes à privacidade. O direito precisa acompanhar as evoluções sociais, tendo em vista a proteção da dignidade humana. Temos o direito ao esquecimento, como um instrumento apto a tutelar a proteção destes direitos, que ganhou maior destaque com o intermédio da *internet*.

Por meio da *internet* muitos fatos pretéritos podem retornar à atualidade. Seus mecanismos de pesquisa nos encaminham a inúmeras informações, passadas e presentes. Nesse sentido, é um instrumento de memória eterna. Muitas destas informações, quando retomadas à sociedade, podem trazer consigo consequências nocivas, como transtornos e sofrimento e, até mesmo um empecilho para recomeçar a vida.

Como um instituto relativamente novo, o direito ao esquecimento, não se trata de um direito positivado. Não existe nenhuma lei que o regulamenta, mas este possui respaldo em outros direitos, especificamente nos direitos da personalidade, que nada mais são que os direitos inerentes à pessoa humana, valores fundamentais e essenciais. Devido à grandeza destes direitos, não são regulados de maneira taxativa, mas como um rol exemplificativo, abrindo a possibilidade de surgimento de novos direitos, ancorados na necessidade humana.

O direito ao esquecimento, como forma de acompanhar as mudanças e necessidades humanas, ganhou destaque por meio do enunciado 531 da VI Jornada de direito civil, que, em sua justificativa, explica que o direito ao esquecimento não se trata de apagar ou rescrever a história, mas possibilita, quando necessário, a discussão sobre o modo como são lembrados determinados fatos, bem como a finalidade dessa lembrança.

Este instituto possibilita a proteção de direitos essenciais à pessoa humana, direitos fundamentais e personalíssimos. Em razão dos atributos humanos protegidos, em especial a privacidade e intimidade, possuem características próprias dos direitos da personalidade, podendo ser classificados como tal. A necessidade de proteger o direito à privacidade se tornou ainda maior em meio à sociedade da informação, sendo, além de um direito personalíssimo, um direito fundamental e inviolável. Todos nós temos direito à vida privada, temos direito de escolher o que queremos manter em nosso íntimo e o que queremos compartilhar.

Mesmo com a regulamentação expressa de proteção à vida privada, cabe a nós decidir o que compartilhar acerca de dados da vida privada e que podem ser divulgados ao público, assumindo todas as consequências posteriores, incluindo o sentimento de arrependimento e o desejo de voltar ao estado de solidão, de ser deixados em paz, de ser totalmente esquecido em relação a um dado momento do passado. O direito ao esquecimento possibilita a concretização do direito de estar só, podendo ser classificado como um direito da personalidade e um direito fundamental, protegendo atributos essenciais à pessoa humana como a privacidade, intimidade, honra, e a imagem.

O direito ao esquecimento corresponde à possibilidade de pleitear pela não divulgação de determinados fatos que dizem respeito somente à vida privada, contudo, existem limites e requisitos para sua aplicação. Não é qualquer informação que pode

ser esquecida. Primeiramente, este pedido de esquecimento deve estar baseado na violação de outros direitos, também não pode versar sobre questões de interesse público, superior ao interesse individual. Deve ser feito um questionamento sobre qual o interesse da sociedade, na divulgação daquela informação, se existe interesse público ou histórico, se acrescenta algo à sociedade relembrar aquele fato, pois se existir não há que se falar em direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento não é um direito absoluto. Nesse sentido, deve-se analisar cada caso para saber se deve ou não ser aplicado, tendo em vista que sua aplicação pode confrontar a liberdade de informação, de expressão e de imprensa, pois obsta a divulgação de determinada informação, que deixará de ser compartilhada, tendo em vista a proteção de outros direitos, tão importantes como as liberdades comunicativas.

As liberdades de informação, de expressão e de imprensa são direitos fundamentais que permitem à sociedade informar e ser informada, expressar opiniões e relatar fatos, uma verdadeira consequência da sociedade democrática. A *internet* é um mecanismo amplo para a realização destes direitos. No entanto, da mesma forma que o direito ao esquecimento, estes não se tratam de direitos absolutos, possuindo limitações para o seu exercício.

Essas limitações não se tratam de censura, mas da necessidade de sua aplicação não violar outros direitos. É evidente que a sociedade precisa ser informada, mas a divulgação de uma informação deve ser feita com consciência e responsabilidade, analisando se é mesmo necessária, se esta informação não vai violar a intimidade, a vida privada ou algum outro direito. Nesse sentido, as liberdades comunicativas devem ser exercidas em consonância com outros direitos, caso contrário, nasce à possibilidade de conflito entre direitos fundamentais.

A possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais ganha maior repercussão quando se trata da aplicação do direito ao esquecimento, já que este caminha em direção oposta à liberdade de informação e tem como escopo impedir a divulgação de informações pretéritas, quando estas ferem a privacidade e causam danos ao indivíduo. Uma vez que ambos possuem caráter de direito relativo, podem sem restringidos, desde que o motivo seja razoável, respeitando-se o direito limitado.

Não temos como saber, de imediato, qual direito prepondera sobre o outro, pois não há preponderância entre esses direitos. Ambos estão no mesmo nível e possuem limitações. Não são todos os fatos que podem ser esquecidos, como também não são todas as informações que podem ou devem ser divulgadas. Nesse sentido, é necessário analisar cada caso, permitindo que estes direitos atuem em consonância um com outro, e, se necessário, um pode ser restringido em face do outro, sempre respeitando o direito limitado.

Existe uma maneira de solucionar estes conflitos, a partir do uso da técnica da ponderação, criada pelo tribunal alemão, e reconhecida no Brasil pelo enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal. A ponderação é uma técnica utilizada pelo juiz para determinar qual direito será aplicado, onde se analisa as condições fáticas e jurídicas de cada caso, realizando um sopesamento entre os direitos conflitantes,

determinando qual tem maior peso naquela situação. Isso não significa que o direito mitigado é inválido, ou menos importante, mas que naquele caso a aplicação de tal direito é mais justa do que outro.

Por fim, não temos uma regra que determine qual direito prevalecerá sobre o outro. É sempre preciso analisar o caso específico que levou à existência do conflito, restando ao poder judiciário ponderar os direitos envolvidos, tendo em vista tanto a proteção da liberdade de informação, quando os direitos da personalidade. Compreende-se que a base para a aplicação do direito ao esquecimento é a análise das circunstâncias envolvidas e a ponderação com outros direitos, visando o resguardo da dignidade da pessoa humana, para encontrar a resposta mais adequada e justa para aquele conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Antônio Pontes, Marco; GREGORI, Christine Silva, Isabel. As implicações dos direitos fundamentais na era das novas tecnologias: O direito ao esquecimento como mecanismo apto a tutelar o direito à privacidade. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais,* Maranhão, v. 3, n. 2, p. 106 – 127 Jul./Dez. 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index. php/garantiasfundamentais/article/download/2439/pdf >. Acesso em: 13 de Abril de 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. *Código Civil. Lei n° 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.12 de março de 2019.

BRASIL. *Constituição da República federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 de março de 2019.

BRASIL. Enunciados do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 274.* Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. Coordenador Geral Gustavo Tepedino e Silvio Romero Beltrão. Brasília, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 7 de março de 2019.

BRASIL. Enunciados do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado n. 531*. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Ju. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/142>. Acesso em: 7 de março de 2019.

BRASIL. Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 11 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1334097/RJ,* Caso Chacina da Candelária Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 28/05/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 13 de março de 2019.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos,* Universidade Federal do Rio Grande do Norte-, v. 9, n. 1, p. 137 – 155 ,5 out. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiade direitos/article/view /103 2 7>.Acesso em:10 de abril de 2019.

CASSOL, Luiza de Bairros. *O direito ao esquecimento na era da sociedade da informação: reflexos oriundos do enunciado 531 da "VI Jornada de Direito Civil brasileira".* 2015. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Maria Centro de Ciências Sociais e Humanas Curso de Direito. Rio grande do Sul. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/11441>. Acesso em: 4 de abril de 2019.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática.* São Paulo: LTr, 2015. 159 p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva 2012. Volume 1.

FERRIANE, Luciana de Paula Assis. *O direito ao esquecimento como um direito da personalidade.* 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Direito civil comparado) - *Pontifícia Universidade Católica* de São Paulo. São Paulo. 2016. Disponível em:<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18867/2/Luciana%20de%20Paula%20Assis%20Ferriani.pdf> . Acesso em: 2 de abril de 2019.

GAGLICIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Manual de direito civil;* Volume único. São Paulo: Saraiva 2017. 1768 f.

LINKE, Sarah Helena. *SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA E CONSUMO: PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS RELACIONADOS À SAÚDE EM PROGRAMAS DE FIDELIZAÇÃO DE REDES DE FARMÁCIA/* Orientadora, Carolina Medeiros Bahia, 2019.258 p. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós- Graduação em Direito, Florianópolis, 2019. Disponível em:<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/211611/PDPC1443-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y> . Acesso em: 04/09/2020.

LUZ, Pedro Henrique Machado. *Intermitências entre memória, esquecimento e direito: potencialidades de um direito ao esquecimento no Brasil* /Pedro Henrique Machado da Luz; orientador: Sérgio Said Staut Júnior. - Curitiba, 2019. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós gradu-

ação em Direito. . Disponível em:<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/60734>. Acesso em: 02/09/2020.

MARTINS, Alexandre. *Tribunal europeu reconhece "direito ao esquecimento" na Internet.* Jornal: Público Online, [S.l.], 13 maio 2014, Seção: Europa. Disponível: <https://www.publico.pt/2014/05/13/mundo/noticia/tribunal-europeu-defende-direito-a-ser-esquecido-na-*internet*-1635712>. Acesso em: 22 de abril de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional,* 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 252.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*- 6. ed. -São Paulo: Atlas. 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. *A regulamentação do direito ao esquecimento na lei do marco civil da internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores.* Revista da AJURIS, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 137 – Março 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index. php/REVAJURIS/article/view/376/310>. Acesso em: 4 de abril de 2019

RAMOS, Diego Freitas. *A colisão de direitos fundamentais: a liberdade de imprensa e o direito à imagem.* 2007. 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2007. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Diogo%20Freitas%20Ramos.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2019.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. *Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação.* 2014. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Constitucional) Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Ceará 2014. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Informa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 1 de abril de 2019.

RODRIGUES, Mháyra Aparecida. *Direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.* In: mbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 156, jan. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18380&revista_caderno=7>. Acesso em 11 de abril 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Marco Antonio T. *Do direito ao esquecimento.* 2015. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de direito - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, 2015. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1111401680.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2019.

SANTOS, Fernanda Freire. *Direito ao esquecimento: as colisões entre liberdades comunicativas e direitas fundamentais da personalidade.* 2017. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - PUC-SP, São Paulo, 2017. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20711/2/Fernanda%20Freire%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet.* Revista Consultor Jurídico. 22 de maio de 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direitoesquecimento--anterior *internet*?imprimir=1>.Acesso em: 25 de março de 2019.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e direito ao esquecimento na ordem constitucional brasileira.* Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Rio de janeiro, volume 7, p. 190- 232, Jan / Mar 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/76/70>. Acesso em: 5 de abril de 2019.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* 33.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 37. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

SHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil.* Volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2012.

DIREITO COMPARADO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RECONHECIMENTO FACIAL NA LGPD

COMPARATIVE LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: CIVIL LIABILITY FOR FACIAL RECOGNITION IN LGPD

Daniela Kojiio Nobre*

Resumo: Direito e Inteligência Artificial (IA) são áreas que devem ser aproximadas. Assim, o ponto principal desta pesquisa, a partir das informações divulgadas pela administração pública europeia, é o estudo sobre os desafios que a definição de reconhecimento facial na LGPD irá trazer, especialmente no campo da responsabilização civil. A metodologia utilizada será o método indutivo cujo objetivo é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas de base. O procedimento de pesquisa será do tipo pesquisa descritiva aplicando a técnica de coleta de dados chamada análise bibliográfica. E as conclusões não são buscadas de forma apriorística, logo, elas devem resultar da análise de fenômenos recorrentes. Por fim, este trabalho irá sugerir uma definição de reconhecimento facial para suprir esse vácuo legislativo e, uma vez que a LGPD não estabelece o reconhecimento facial e como um setor específico de uso da IA.

Palavras-chave: Inteligência artificial. LGPD. Reconhecimento facial..

Abstract:
Law and Artificial Intelligence (AI) are areas that must be approximated. Thus, the main point of this research, based on information released by the European public administration, is the study on the challenges that the definition of facial recognition in LGPD will bring, especially in the field of civil liability. The methodology used will be the inductive method whose objective is to reach conclusions broader than the content established by the basic premises. The research procedure will be of the descriptive research type using the data collection technique called bibliographic analysis. And the conclusions are not sought a priori, so they must result from the analysis of recurring phenomena. Finally, this work will suggest a definition of facial recognition to fill this legislative vacuum and, since the LGPD does not establish facial recognition and as a specific sector for the use of AI.Keywords: artificial intelligence. LGPD. facial recognition.

Keywords: *Artificial intelligence. LGPD. Facial recognition.*

* Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal da Santa Catarina (UFSC) em 2015. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Racionalidade e Inteligencia Artificial (UNB) Lattes: lattes.cnpq.br/9682512923620902. dknobre@gmail.com

INTRODUÇÃO

Visando alcançar o Estado da Arte da entre Direito e Inteligência Artificial (IA) é necessário suprir algumas lacunas científicas. Considerando Direito e Inteligência Artificial (IA) áreas aparentemente distantes, é possível identificar seu encontro na Estratégia Nacional de Inteligência Artificial quando trata do tópico Legislação, Regulação e Uso Ético da Inteligência Artificial. É importante salientar que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), lançou a consulta pública desta Estratégia Nacional de Inteligência artificial para que potencialize os benefícios que a IA, mitigando eventuais impactos negativos, e esta consulta ficou disponível no portal Participa.br entre os dias 12 de dezembro de 2019 até 02 de março de 2020

Para introduzir este tema, será apresentado uma análise das referências de pesquisa dos últimos anos. Em termos de pesquisa científica, Almada (2020) aproxima Filosofia do Direito e Inteligência Artificial ao realizar uma revisitação sobre seus principais autores. Este autor verifica que as tecnologias que utilizam IA estão ocupando um espaço nas sociedades modernas e alterando dinâmicas sociais que irão ensejar a necessidade de criação de novos modelos de relações. Essas mudanças impactarão os sistemas normativos, especialmente quando for realizado a automatização de funções que eram realizadas por juízes, advogados e operadores do direito. Por isso ele apresenta um diálogo entre os principais autores da temática e demonstra que as duas áreas precisam de compartilhar informações. Essa aproximação poderá ocasionar uma mudança de paradigma, não apenas por causa das diferenças metodológicas entre as áreas, mas pela própria troca de contribuições multidisciplinares que envolvem ramos das ciência supostamente separados.

Seguindo uma linha de pesquisa semelhante, Roberto (2020) também almeja compreender este novo paradigma, porém sob a ótica da responsabilização civil nos casos de acidentes em carros autônomos regidos por sistemas de IA. Este será compreendido a partir da técnica “aprendizagem de máquina” e por isso, pode ser caracterizada por sua capacidade de auto aprendizagem e de tomar decisões autônomas. Este autor utiliza o enfoque “homem máquina” para caracterizar essas decisões automatizadas que, por serem consideradas independentes da vontade do fabricante quanto do usuário, com pouca ou nenhuma interferência humana ou produzidas muitas pessoas concomitantemente, encontra dificuldades em encontrar subsunção nas regras do Código Civil acerca da responsabilização subjetiva e objetiva. Ao tentar aplicar a ótica da responsabilidade subjetiva, este autor acredita que não cabe adentrar nas categorias de culpa por não ser possível identificar o sujeito de atuação para estabelecer uma relação causal entre suas ações e danos. Ademais, por essas decisões serem usualmente difusas e opacas quanto a sua operabilidade, a aplicação de responsabilidade objetiva se torna ainda mais inapropriado. Logo, faz uma analogia destas tomadas de decisões autônomas aos “bugs de software”, visto que ambos são até certo ponto inevitáveis e apresentam um risco inerente e que não pode ser completamente extinto. Verifica que, nos sistemas de IA, existe um risco de autonomia inerente que as leis atuais não abarcam e por isso, sugere uma discussão pela sociedade e autoridades reguladoras para definir em que medida o direito civil deve responder a este novo paradigma de responsabilização.

No âmbito externo existe um debate recente envolvendo esta temática. Em

27 de fevereiro de 2020, o Tribunal Administrativo da Corte Francesa realizou a primeira decisão acerca da aplicação do reconhecimento facial. Para compreender melhor o caso, em dezembro de 2018, duas escolas do ensino médio francesas, uma localizada em Marseille e outra localizada em Nice, decidiram utilizar câmeras nos portões da escolas para permitir a entrada de alunos para aumentar a segurança e dar maior fluidez ao tráfego, como forma de substituir os cartões de identificação. Esta medida foi contestada judicialmente, entretanto, na primeira instância foi decidido pela legalidade da aplicação do reconhecimento facial nas escolas. Em fevereiro de 2019, a associação "La Quadrature du Net", a Liga dos Direitos do Homem e a Federação dos Conselhos de pais de alunos das escolas públicas dos Alpes Marítimos contestaram a sentença. Foi alegado que a utilização deste tipo de biometria, traria grandes riscos à privacidade e liberdade políticas - especialmente por envolver menores de idade. Durante o julgamento, agora na segunda instância, a corte francesa aplicou a lei de proteção de dados no uso do reconhecimento facial. Ao final do julgamento, a corte superior reconheceu que esta deliberação não respeitou a privacidade dos alunos uma vez que os mesmos não consentiram de uma maneira clara e livre pela utilização destes dados. Sua decisão foi fundamentada nestes principais pressupostos: apesar de existir documentos que atestaram o consentimento, seja pelos próprios alunos ou no caso de menores, por seus representantes legais, a corte determinou que a mera assinatura num formulário não era suficiente para utilizar a tecnologia, e o fato dos alunos estarem sob a direção das escolas não oferece nenhum tipo de garantia de que o consentimento foi dado de forma livre e informada; e, em termos de proporcionalidade, a utilização desta tecnologia foi considerada desproporcional frente a outras alternativas e desrespeitando princípio da "minimization of data", que diz respeito a postura que o controlador do banco de dados deve ter para acessar somente dados pessoais estritamente necessários e relevantes para cumprir seus objetivos, e isso inclui o período de retenção de dados para este mesmo propósito. (CHRISTAKIS, 2020)

Dado este diagnóstico, em que ramos da ciência aparentemente diferentes compartilham o mesmo espaço científico e questionamentos sobre suas abordagens paradigmáticas, é fundamental delimitar este tema a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conhecida como Lei nº 13.709/2018, pois, mesmo não tratando diretamente do sistema IA, sua regulação impacta diretamente no seu uso e desenvolvimento.

Se tratando desta ramo da pesquisa, o recorte do tema foi realizado tendo em vista a importância que a Lei Geral de Proteção de Dados vem adquirindo. Neste sentido, cabe dar atenção especial aos pressupostos e limites das teorias jurídicas atuais que possuem incipiente produção acadêmica neste tema. Logo, se trata de uma pesquisa contemporânea, sobretudo com o enfoque do consentimento.

Queiroz (2011) indica três exemplos de como transformar um tema em um problema de pesquisa. Este autor sugere que um n de pesquisa jurídica tem como objetivo: buscar uma resposta nova para uma pergunta antiga; buscar organizar ou sistematizar um tema recente ou determinar o significado jurídico de alguma inovação. Verifica-se que este trabalho tem como problema: a LGPD não estabelece o reconhecimento facial como um setor específico de uso da IA e que, por usar dados sensíveis, esta lacuna acarretará riscos à privacidade de dados dos cidadãos. Seguindo

a classificação de Queiroz (2011), este trabalho possui um problema propositivo, ou seja, um problema que visa ir além do diagnóstico descritivo, e por isso buscará sistematizar um tema recente. Por isso, esta pesquisa tem como pergunta: Como o uso do reconhecimento facial deve ser analisado diante da ausência normativa na LGPD? A hipótese deste trabalho é que possível analisar a experiência europeia no que tange a aplicação da Regulação Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD) e realizar breves apontamentos sobre as atuais teorias de responsabilidade civil. A partir desta abordagem metodológica, especialmente baseada em Queiroz (2011), estas informações serão transformadas e selecionadas a fim de se tornarem úteis, especialmente para aqueles que almejam trabalhar com este tema. De maneira sintética, e aplicando aos objetivos específicos deste trabalho, possível responder a seguinte pergunta: Como definir reconhecimento facial, uma vez que a LGDP, e de maneira que a segurança pública possa utilizar essa tecnologia sem afetar vida privada?

A metodologia utilizada será o método indutivo cujo objetivo é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas de base. O procedimento de pesquisa será do tipo pesquisa descritiva aplicando a técnica de coleta de dados chamada análise bibliográfica. E as conclusões não são buscadas de forma apriorística, logo, elas devem resultar da análise de fenômenos recorrentes. Por isso, tem como base uma generalização de propriedades semelhantes que podem ser observados em ocorrências de fatos similares.

Num primeiro momento, é possível prever que, devido ao perfil deste trabalho, haverá escassez de material científico nacional no que tange ao tema direito e inteligência artificial. Por isso, algumas das informações divulgadas pela administração pública europeia, dentre elas FORUM (2020); BOARD(2020), e nos veículos de comunicação nacionais, dentre eles Nakagawa (2020), Lemos (2020), Roberto e Lopes (2020), serão utilizados; Esta discussão, todavia será aproximada tanto dos livros acadêmicos quanto publicações em periódicos. A coleta de dados será realizada tendo em vista o encadeamento dos argumentos dos principais autores em questão, a partir de cada obra analisada, especialmente Almada e Dymitruk (2020), Almada (2020), Selinger, Evan and Hartzog (2020) e Roberto (2020). Essa forma de análise de resultados se dará com base na discussão que cada autor traz, extraindo as principais repercussões que seu diálogo gera com o objeto desta pesquisa.

1. MÉTODO DO DIREITO COMPARADO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Dutra (2020) conclui em seu artigo que, a pluralidade que caracteriza o Direito Comparado faz parte essencial do processo de pesquisa em torno desta disciplina, podendo não só ser aplicada de maneira individual ou conjunta, mas de acordo com os interesses do objeto pesquisado. Assim, esta disciplina que possui um rol de métodos considerados não excludentes. Ao contrário –quando bem aplicados de forma conjunta, contribuem de maneira fundamental para sofisticar a pesquisa científica. Ao mesmo tempo, a escolha do método a ser utilizado não é impositiva, podendo variar de acordo com os interesses do pesquisador. Esses interesses, por sua vez, são resultado de fatores que são tanto internos quanto externos à pesquisa, e que veem na pluralidade dos métodos um importante aliado para a construção de uma produção acadêmica com resultados que são não só mais produtivos e confiáveis,

mas também mais eficazes em seu aproveitamento no campo da prática jurídica.

Por isso, novas perspectivas relacionada aos métodos do direito comparado são bem vistas pois contribuem para que essa disciplina continue a ser, cada dia mais, um significativo campo do direito num mundo cada vez mais internacionalizado. Logo, é interessante observar que é necessário obter uma análise de direito comparado sobre questões que envolvem inteligência artificial, especialmente acerca da Lei Geral de Proteção de Dados.

2. RECONHECIMENTO FACIAL: NOTAS INICIAIS SOBRE O OBJETO

2.1 RECONHECIMENTO FACIAL: ALGORITMOS E FUNCIONALIDADES

Algoritmos, como um aspecto fundamental de todos os sistemas de IA, fazem parte dos softwares, que coordenam uma série de programas que visam para realizar um cálculo ou resolver um problema. Software biométrico é um grupo de tecnologias que traz uma tecnologia exclusiva para cada indivíduo, e pode incluir impressões digitais, mãos, olhos, reconhecimento facial, voz, modos de caminhar, assinatura, e que também podem ser usados para autenticar o indivíduo. Os algoritmos mais amplamente utilizados para reconhecimento facial são o DeepFace, criado pelo Facebook em 2014, e o FaceNet, criado pelo Google em 2015. (WEF Framework, 2020). Agora, o reconhecimento facial é um software biométrico capaz de confirmar a identidade de uma pessoa usando uma análise de dados baseada em padrões dessa geometria facial, denominada regularmente modelos (Diretrizes da EDPB 3/2019).

O objeto reconhecimento facial precisa ser contextualizado em três processos principais. Por esse motivo, será agregado alguns conceitos essenciais para entender como um software biométrico funciona. Como a imagem captada é submetida a um sistema de reconhecimento facial para ser comparada a indivíduos inscritos, ela pode ser convertida em *templates*, que são recursos interpretados por uma máquina extraídos de uma ou mais imagens de um indivíduo para criar uma imagem completa do indivíduo. É possível dizer que o *template* é a identificação exclusiva dos indivíduos e a imagem captada é uma versão dessa identificação individual. A inscrição consiste em um sistema de verificação usado para autenticação. O *template* também pode estar associado a um identificador primário que será usado para determinar o modelo de análise. Durante o processo de funcionamento do software biométrico, pode ocorrer um falso negativo, que é um resultado de teste que diz incorretamente que o indivíduo nessa imagem capturada - aquela que é submetida ao teste - não está registrada ou não corresponde ao banco de dados de imagens. Outro fenômeno que pode acontecer é um falso positivo, que é quando o teste indica de maneira incorreta que o indivíduo na imagem da sonda é armazenado no sistema quando na verdade não é. Perceba que mesmo o falso negativo e o falso positivo têm consequências diferentes. Como o primeiro indicou incorretamente que a imagem capturada não está na base de dados, a segunda indica que a imagem capturada está no banco de dados, mas de maneira incorreta.

Esta passagem trabalhou em conceitos de algoritmos baseados em conceitos de imagem capturada, *template*, falso positivo e falso negativo e as suas funcionalidades visando preparar o leitor para o tópico sobre os modos de aplicação desta

2.2 RECONHECIMENTO FACIAL: MODOS DE APLICAÇÃO

Fundamentalmente, um processo chamado verificação de rosto é usado em cenários de segurança em que a verificação depende da existência de um identificador primário (como um ID de cliente) e o software biométrico é usado como um segundo fator para verificar a identidade da pessoa. O algoritmo faz uma verificação de correspondência denominada “um para um”: o modelo extraído naquele momento é comparado ao modelo armazenado para verificar a pessoa associada à identificação apresentada, a fim de responder à pergunta: “Essas duas imagens são a mesma pessoa?” .

Existe um processo semelhante, chamado identificação de face, ou seja, quando o software biométrico tenta corresponder um modelo de análise a todos os modelos de inscrição armazenados em um repositório, também chamado de correspondência "um para muitos". O algoritmo faz uma verificação de correspondência com base na precisão com que o modelo extraído naquele momento corresponde a cada um dos modelos registrados, para responder à pergunta: “Essa pessoa desconhecida pode corresponder a um modelo registrado?”.

Portanto, por mais simples que possa parecer, mesmo a detecção de um rosto, que visa responder a seguinte pergunta: “Há um ou mais rostos humanos nesta imagem?” possui diferentes formas de identificação. Logo, a regulamentação do uso de qualquer um desses processos de identificação, precisa levar em consideração estas peculiaridades. Portanto, é importante certificar que a precisão do reconhecimento facial se baseia em duas condições: (1) com que frequência o sistema identifica corretamente uma pessoa que está registrada no sistema; e (2) com que frequência o sistema não encontra correspondências corretamente para uma pessoa que não está registrada. (Estrutura WEF, 2020)

2.3 RECONHECIMENTO FACIAL: REFLEXÕES SOBRE PRIVACIDADE E A SUA REGULAÇÃO

Nem todo mundo se sente à vontade com a vigilância por vídeo. Mas a realidade mostra que cada vez mais estão sendo implementadas ferramentas que conseguem explorar imagens capturadas em fotografias tradicionais, como em um baile de formatura, ou em câmeras inteligentes, como as próximas à campainha das residências. É por isso que a questão da vigilância por vídeo é delicada. Essas técnicas, que podem ser mais invasivas (por exemplo, usando tecnologias biométricas complexas) ou menos invasivas (por exemplo, algoritmos simples de contagem de fotos), permanecem desconhecidas para a maioria dos usuários. A quantidade de dados gerados pelo vídeo, combinada com essas técnicas biométricas, aumenta os riscos de uso secundário por agentes de má fé. E mesmo os princípios gerais descritos no artigo 5º do RGPD, podem não ser suficientes para lidar com os riscos de uso indevido, relacionados ou não ao objetivo originalmente atribuído ao sistema (Diretrizes EDPB 3/2019). Atenção ao fato de o GDPR não ser o único regulamento europeu sobre o processamento de dados pessoais por meio de dispositivos de vídeo. Existe

uma Diretiva de Aplicação da Lei, LED (EU2016/680), que autoriza o processamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para fins de impedir, investigar, detectar ou processar ofensas criminais ou aplicar sanções penais. Essa regulamentação subsidiária não ofende a RGPD, porque esta legislação também permite esse uso sob requisitos específicos desta legislação europeia. (Diretrizes EDPB 3/2019).

Observe que se um indivíduo não puder ser identificado, direta ou indiretamente, esses dados não se enquadram em nenhum dos regulamentos europeus. Em geral, ele não cobre "câmeras falsas", que correspondem a qualquer câmera que não esteja funcionando como uma câmera e, portanto, não está processando dados pessoais; um exemplo que pode ser citado e a câmera de vídeo é integrada ao carro para fornecer assistência ao estacionamento. Além disso, existe a "exceção de *household*", que diz respeito às gravações que são feita por indivíduos durante a sua vida privada e que claramente não foram produzidas para serem divulgadas pela *internet* e estarem acessíveis a um grande número de pessoas. Não menos importante, o armazenamento de dados destas tecnologias pode ser feito através de soluções de caixa preta, nas quais as imagens são excluídas automaticamente após um determinado período de armazenamento e acessadas apenas em casos extremos; ou simples monitoramento em tempo real sem armazenamento. Logo, depreende-se que se a câmera for construída ou ajustada de forma que não tenha como objetivo principal coletar informações relacionadas ao indivíduo, o GDPR não será aplicado. (BOARD, 2020)

Por esses motivos, para fornecer uma estrutura adequada aos métodos e conceitos digitais existentes, este tópico apresenta alguns elementos da ciência da computação para preparar os profissionais do direito a compreender essa temática. Para este projeto, é necessário introduzir esses conceitos em total compreensão antes de tentar aplicar questões legais, especialmente no que tange a ideia de responsabilidade, conforme será demostrado nos tópicos a seguir.

3. REGULAMENTAÇÃO SOBRE RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL: INICIATIVAS BRASILEIRAS E NOVOS PARADIGMAS

O termo reconhecimento facial, possuidor de peculiaridades por utilizar dados pessoais sensíveis e sistemas de IA, não possui regulamentação específica dentro da LGDP. E, este tipo de lacuna legislativa merece ser analisado a partir de um enfoque ético do consentimento pois pode gerar impactos não abarcados pelas teorias jurídicas atuais. Por isso, esse vácuo legislativo proporciona um espaço para analisar como o direito civil, e especialmente a responsabilidade civil, pode responder o uso reconhecimento facial sem consentimento.

Esforços devem ser concentrados sobre a Lei nº 13.709/2018 por ser a lei mais vocacionada a estabelecer uma espécie de regulação do ecossistema de algoritmos. Dela, vamos extrair o conceito de dados pessoais sensíveis que corresponde, conforme artigo inciso II do artigo 5º da referida lei, a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Ao abordar a definição de dados pessoais sensíveis, alguns aspectos devem ser esclarecidos: esta categoria é visada a receber proibição absoluta ou limitação de coleta e uso de dados neste ecossistema de algoritmos. Sua proteção, para situações que não estão previstas na LGPD, pode ocorrer através de "zonas não conectadas" em ambientes críticos, como menores em ambiente escolar ou de indivíduos exercendo sua intimidade privada. Ainda, deve ser levado em conta que nem todo dado pessoal se refere a um dado exclusivo da vida da pessoa, ou seja, nem sempre a utilização de um banco de dados pessoais estará invadindo a privacidade de uma pessoa. Porém, isso não quer dizer que a proteção de dados está subjugada na categoria processamento de dados. Eventualmente, este debate pode se tornar acirrado especialmente quando o processamento de dados que utiliza dados pessoais e feito em operações realizadas por autoridades da segurança pública (ALMADA; DYMITRUK 2020).

Note que esta definição legal contempla dados biométricos. Considerando que a LGPD se espelha na regulamentação europeia vale ressaltar que a RGPD agrega a definição de dados biométricos uma espécie de junção de medições que, de acordo com o artigo 4.14: "é resultado de um processamento técnico específico relacionado às características físicas, fisiológicas ou comportamentais" (tradução livre). Ou seja, as imagens de vídeo de um indivíduo não podem ser consideradas dados biométricos, elas precisam ser tecnicamente processadas para identificação de um indivíduo. Assim, a RGPD considera basicamente três critérios: a natureza dos dados - características físicas, fisiológicas ou comportamentais; meios e forma de processamento e o objetivo único de identificar uma pessoa física. (BOARD, 2020).

Observe que esta definição não qualifica como dados pessoais sensíveis e, no que tange o artigo 9 da RGPD, se não tiverem sido especificamente tratados para identificar um indivíduo, esses dados não podem ser considerados dados biométricos. Portanto, para iluminar esta complexidade, três fases de processamento devem ser considerados: natureza dos dados (dados relativos às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa natural); meios e forma de processamento (dados "resultantes de um processamento técnico específico) e finalidade do processamento (os dados devem ser utilizados com a finalidade de identificar exclusivamente uma pessoa singular). Nesta visão, não podemos esperar que o vídeo privado caseiro possa ser fonte de dados biométricos porque não são processados nos critérios. Portanto, além da necessidade dessas três características, esses elementos precisam passar por essas três fases para identificar de maneira única a pessoa.

Depois, após discriminar esses elementos e a fim de compreender uma definição de dados biométricos, será conjugado os principais elementos dessas duas leis, respeitando cada peculiaridade das diferentes descrições apresentadas. Para apresentar um resultado analítico, este artigo consagra a seguinte definição de reconhecimento facial:

Definição 1. Reconhecimento Facial são dados pessoais sensíveis, com processamento técnico específico relacionado às características físicas, fisiológicas ou comportamentais.

Após apresentar este resultado analítico aproximado do RGPD e sua lei similar no Brasil, denominada LGPD, este artigo trará algumas considerações e os desafios que a falta de regulamentação sobre este tipo de tecnologia pode enfrentar.

4. DESAFIOS REFERENTES A RESPONSABILIZAÇÃO PELO USO DE RECONHECIMENTO FACIAL

Considerando que os dados biométricos são dados pessoais sensíveis, é interessante verificar as principais notas sobre o tratamento desses dados. Tepedino et Frazao (2019) organizou artigos interessantes sobre LGPD. Ao abordar a modalidade de processamento de dados, que não deve ser confundida com o "direito a ser esquecido", verificou-se que a responsabilidade civil pelas operações de exclusão de dados, quando ocorre após o término do processamento pode ser, mesmo que a LGPD opte para um regime de natureza subjetiva, a cláusula geral de responsabilidade pelo risco contida no único parágrafo do art. 927 do Código Civil. Especialmente no que tange ao direito de ser esquecido, trata-se do direito do indivíduo de se opor à lembrança pública e opressiva de fatos que não refletem mais sua identidade pessoal, mas que não está presente na LGPD. Essa legislação brasileira, por sua vez, tem, como a RGPD, o direito de excluir dados, uma prerrogativa inspirada na dignidade da pessoa humana. Ao tratar de segurança e confidencialidade dos dados pessoais no LGPD, uma vez que não foram tratados pelo Código de Proteção ao Consumidor, é necessário que a implementação de padrões de segurança seja realizada não apenas pelos controladores destes dados, mas também por qualquer pessoa que execute o processamento de dados, seja em qualquer uma de suas fases. Nesse sentido, cabe o conceito de privacidade por design, contemplado no diploma, garantindo que a segurança e a confidencialidade dos dados sejam elementos centrais no design, desenvolvimento, aplicação e avaliação de produtos e serviços.

Pedro, Selle e Vieira (2020) possuem como objeto o uso “inteligência artificial visual”, um sistema desenvolvido por pesquisadores que capaz de reconhecer padrões visuais, com foco em padrões faciais para sistemas de segurança e navegação de vídeo. Sua aplicação serve tanto para objetos parcialmente cobertos como reconhecimento automático de objetos em supermercados utilizando dados biométricos. Assim, ao tratar de aplicação da inteligência artificial na indústria da moda, especialmente quando utilizado por fabricantes de produtos têxteis, e necessário conjugam diversas de legislações, entre elas a Constituição da República Federativa Brasileira, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da *Internet* e a Lei Geral de Proteção de Dados para responsabilizar aquele que viola essa garantia quando da utilização dos dados coletados por meio de IA. Além disso, ao identificar os dispositivos legais e a jurisprudência aplicável para a proteção de dados, estes autores demonstram a falta de abordagem específica para este tema. Estes autores também explicitaram a atuação dos tribunais superiores neste âmbito. A ministra do Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial 1.694.405/RJ, utiliza o artigo 19 da da Lei 12.965/2014, ao interpretar que assim que houve a notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da *internet* começa a ensejar a possibilidade de ressarcimento do ato lesivo de publicação de conteúdo indevido. Neste mesmo sentido, o entendimento do ministro Luis Felipe Salomão, ministro do STJ, no Recurso Especial 1.512.647/MG, considera que apenas quando o provedor de *internet* permanecer inerte, após notificado, ensejará responsabilizado

pelos danos concretizados. No caso de se tratar de circunstância lesiva ao direito autoral, a ordem que determina a retirada do conteúdo da *internet*, além de ser proveniente do Poder Judiciário, deve ser identificada claramente e especificamente no seu conteúdo, através do seu endereço URL, sob pena de nulidade, para obter o requisito de validade. Logo, denota-se que o posicionamento jurisprudencial brasileiro possui passagens sobre a aplicação de responsabilização civil que circundam a temática proteção de dados, especialmente no que tange às sociedades empresárias provedoras de dados pessoais.

As pesquisas mais recentes sobre este assunto, já questionam busca do governo para regular questões de consentimento acerca do uso deste tipo de tecnologia para vigilância. Selinger e Hartzog (2020) acreditam que solicitar o consentimento individual visando proteger rostos de serem rastreados e etiquetados muito provavelmente não serão cumpridas. Este tipo de tecnologia possui um problema de consentimento intrínseco devido a sua própria estrutura de captação de dado biométrico. Logo, esta captação transcende o consentimento individual válido. E mesmo se possível, existem interesses públicos e "interesses obscuros" que podem dificultar esta intermediação. Por isso, estes autores acreditam que o consentimento dificilmente pode anteceder o uso de tecnologias de reconhecimento facial, seja apenas caracterização, verificação e identificação. Lemos (2020) caracteriza melhor ao abordar esta questão do (não) consentimento, ao estabelecer que não estamos tratando de mero cadastro de imagens ou fatos, e sim de um dado biométrico de identificação, pois a geometria facial e utilizada como se fosse uma identidade, única para cada indivíduo. Este tipo de tecnologia, a partir de uma imagem individualizada da pessoa, gera uma categorização de indivíduos. Porém, apesar de ser uma autenticação bastante segura, sua coleta e demasiadamente acessível e, muitas vezes prescinde do consentimento do indivíduo.

Para entender a possibilidade de aplicar uma teoria da responsabilidade civil no que diz respeito ao uso de dados e que envolvem algoritmos, é possível abordar os paradigmas que envolvem a responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial. Roberto (2020), ao abordar a responsabilidade por decisões autônomas independentes, traz uma análise interessante sobre um projeto de pesquisa em uma universidade sueca realizado em 2002. O projeto do robô Gaak é caracterizado por possuir vários animais robóticos que foram treinados para atuar como "presa" e "caçadores". A partir desses testes, a ideia era analisar a hipótese evolutiva de sobrevivência do mais apto e liberar os robôs para desenvolver estratégias de sobrevivência por si mesmos. O desempenho desses animais-robôs foi caracterizado basicamente pela presa procurando pontos de luz que foram interpretados como "comida" e pelos caçadores tentando capturar a presa. No entanto, um dos prisioneiros, por razões desconhecidas, começou a circundar a grade do espaço de testes, encontrou uma brecha, escapou, atravessou uma estrada próxima e foi quase atropelado por um motorista que estava dirigindo para lá. Este exemplo de decisão autônoma pode ocorrer, tanto em animais robóticos quanto em animais reais. Uma sugestão que Roberto (2020) administra é que essa nova categoria de risco social, de acordo com a literatura pesquisada por ele, significa que seria necessário um novo tipo de responsabilidade objetiva, baseada principalmente na noção de "criar um perigo" ou " implementação de um robô ". É muito semelhante à responsabilidade civil pelo

comportamento dos animais, à responsabilidade dos responsáveis pelos atos dos agentes e até, em referência à lei romana antiga, à responsabilidade pelos atos dos escravos. No entanto, após breve verificação em vários trabalhos, ele observa que a exploração completa dessas propostas e seus possíveis resultados exigiria uma tese em si e, possivelmente, a criação de um novo tipo de capacidade ou personalidade jurídica para os próprios sistemas de inteligência artificial. Nesse sentido, fica claro que existe um vazio legislativo na regulamentação desta hipótese de responsabilidade civil nos casos que envolvem o uso da tecnologia.

5. CONCLUSÃO

A partir destes tópicos, é possível concluir que, para que o reconhecimento facial seja utilizada no Brasil, seria necessário, além de suprir este vácuo legislativo sobre a definição deste objeto, uma hipótese em que caso seja utilizada pelo setor público sem consentimento, haja a devida responsabilização do agente. Assim, podemos observar que o cenário brasileiro, está focado em regular políticas públicas para sua maior adoção e estímulo ao investimento do que na regulação de suas práticas, especialmente no que tange a utilização por autoridades policiais. Em contrapartida, no âmbito externo, especificamente na Europa, a tecnologia reconhecimento facial, além de ser utilizada, possui legislação própria, estudos para sua aplicação e jurisprudência. É possível observar que, questões de consentimento estão gerando repercussões tanto nos projetos de lei nacionais quando na aplicação de leis no ambiente externo. Por isso, mesmo que a LGDP possibilite a regulação posteriormente normas sobre alguns aspectos mais polêmicos, a falta de uma regra exclusiva acerca da responsabilização do uso do reconhecimento facial, especialmente no que tange ao certo grau de autonomia destes sistemas, pode ser se tornar um problema num futuro não muito distante. Por isso, enquanto não se desenvolve um novo paradigma para este tipo de responsabilização de IA, especificamente no que tange ao reconhecimento facial, este artigo buscou definir, a partir da aplicação do método de direito comparado sobre a regulamentação europeia, alguns parâmetros para suprir o vácuo legislativo acerca da definição reconhecimento facial.

Uma vez que a LGPD não estabelece o reconhecimento facial e como um setor específico de uso da IA existe o risco de que a mesma venha a ser utilizada por setores da sociedade e sem consentimento. Além disso, este uso pode ser considerado de alta gravidade pois a partir de decisões automatizadas que o reconhecimento facial se utiliza, é possível obter *templates* faciais errados e ocasionar acidentes, especialmente se for feita sem uma base de dados robusta. Assim, este artigo sugere que caso o setor público tenha uma base de dados que contemple a região dos olhos, seria possível que se utilizasse da tecnologia reconhecimento facial, mesmo que sem consentimento.

O uso dessas tecnologias deve respeitar os princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade e minimização de dados. E mesmo sendo considerado eficaz, os controladores que manipulam estes dados devem avaliar o impacto sobre os direito e liberdades que terão sobre o processamento destes dados pois, para se qualificar como dados biométricos, é necessário que essa coleta de dados brutos, que levam em conta as características físicas, fisiológicas e comportamentais da pessoa física, implicam na medição destas características.

O estudo do reconhecimento facial, sob a perspectiva da proteção de dados, precisa levar em conta um enfoque ético do (não) consentimento pois, considerando que os reconhecimento facial, que utiliza dados biométricos classificados como dados pessoais sensíveis, o uso dessa tecnologia devem ser exclusivo para garantir a segurança do titular ou questões de interesse público.

Finalmente, este trabalho teve como produto, além dos apontamentos acima levantados, a definição sobre o reconhecimento facial como dados pessoais sensíveis e dotados de processamento técnico específico relacionado às características físicas, fisiológicas ou comportamentais pode servir de parâmetro para os futuros projetos de lei que envolvam a temática direito e inteligência artificial

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Marco. Artificial Intelligence: Perspectives from Legal Philosophy. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328393397_Inteligencia_Artificial_Perspectivas_a_partir_da_Filosofia_do_Direito/link/5c884f29299bf14e7e78292a/download. Acesso em: 18 maio 2020.

ALMADA, Marco; DYMITRUK, Maria. Privacy and Data Protection Constraints to Automated Decision-Making in the Judiciary. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340594815_Privacy_and_Data_Protection_Constraints_to_Automated_Decision-Making_in_the_Judiciary#pf2. Acesso em: 21 maio 2020.

BOARD, Europa Data Protetion (org.). Guidelines3/2019 on processing of personal data through video devices. Disponível em: Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_201903_videosurveillance.pdf. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). . Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

CHRISTAKIS, Theodore. First Ever Decision of a French Court Applying GDPR to Facial Recognition. Disponível em: https://ai-regulation.com/first-decision-ever-of-a-french-court-applying-gdpr-to-facial-recognition/. Acesso em: 19 maio 2020.

DUTRA, Deo Campos. MÉTODO(S) EM DIREITO COMPARADO. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620/29831. Acesso em: 06 out. 2020.

FORUM, World Economic (org.). A Framework for Responsible Limits on Facial RecognitionUse Case: Flow Management. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Framework_for_action_Facial_recognition_2020.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

VARGAS, Fundação Getúlio Vargas (org.). Sumário Executivo da Pesquisa Quantitativa "TECNOLOGIA, PROFISSÕES E ENSINO JURÍDICO". São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/39575635/Sum%C3%A1rio_Executivo_da_Pesquisa_Qualitativa_TECNOLOGIA_PROFISS%C3%95ES_E_EN-

SINO_JUR%C3%8DDICO_. Acesso 7 jun de 2020.

NAKAGAWA, Liliane. Reconhecimento facial deverá ser informado ao consumidor. Disponível em: https://olhardigital.com.br/noticia/reconhecimento-facial-devera-ser-informado-ao-consumidor/89491. Acesso em: 17 maio 2020.

PEDRO AF, SELLE YP, Vieira PRS. A Responsabilidade Civil Pelo Uso de Dados na Indústria da Moda. Rev Prop. Intelec. Online. 2019/2020 set./fev.; 2(2):111-116

LEMOS, Simone. RECONHECIMENTO facial: novo sistema biométrico de identificação. Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/reconhecimento-facial-novo-sistema-biometrico-de-identificacao/. Acesso em: 10 maio 2020.

ROBERTO, Enrico. Responsabilidade civil pelo uso de sistemas de inteligência artificial: em busca de um novo paradigma. Disponível em: https://revista.*internet*lab.org.br/responsabilidade-civil-pelo-uso-de-sistemas-de-inteligencia-artificial-em-busca-de-um-novo-paradigma-2/. Acesso em: 21 maio 2020.

ROBERTO, Enrico; LOPES, Marcelo Frullani. Quando um carro autônomo atropela alguém, quem responde? Disponível em: https://brasil.elpais. com/brasil/2018/04/16/tecnologia/1523911354_957278.html. Acesso em: 21 maio 2020.

SELINGER, Evan and HARTZOG, Woodrow, The Inconsentability of Facial Surveillance Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3557508 . Acesso em: 17 maio 2020.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. (2011). Artigo Científico: Concepção, Temas, Métodos e Técnicas. BePressSelected Works. Disponível em: http:// works.bepress.com/rafaelmafei.

Artigo Científico

ENCARCERAMENTO SELETIVO: ESTRATÉGIA DE CONTROLE DOS INDESEJÁVEIS NO ESTADO BRASILEIRO

SELECTIVE IMPRISONMENT: STRATEGY OF UNDESIRABLE´S CONTROL IN BRAZILIAN STATE

Ana Clara Fernandes de Souza*
Isabela Alves de Jesus Iraçabal**

Resumo: Este artigo discute, essencialmente, a questão do encarceramento seletivo no Brasil. Reflexões recentes apontam que o Estado Brasileiro vem sofrendo, há pelo menos duas décadas, um visível enfraquecimento da democracia. A metodologia proposta nesse estudo consiste na análise de artigos científicos, de revistas e de livros que relacionam a hipertrofia do encarceramento no Brasil à tese do enraizamento do Estado Pós-Democrático neoliberal no país. Além disso, também se inclui na metodologia a coleta de dados socioeconômicos sobre a realidade carcerária brasileira, encontrados no endereço virtual do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Nesse contexto, analisando essa fragilização das instituições democráticas no Brasil com atenção especial ao Poder Judiciário, é possível notar que o discurso que legitima esse sistema é também responsável pela dinâmica de seleção que encarcera os considerados indesejáveis à razão neoliberal. Indivíduos esses que, não por acaso, são identificados como os que sempre foram negligenciados pelo mesmo Estado que os pune com severidade.

Palavras-chave: Encarceramento. Pós-democracia. Neoliberalismo. Sistema prisional.

Abstract: *This article discusses, mainly, the selective imprisonment´s issue in Brazil. Recent reflections indicate that Brazilian State has been suffering, for at least two decades, a visible weakening of democracy. The suggested methodology in this paper consists of the analysis of scientific articles, journals and books that relate the hypertrophy of incarceration in Brazil to the thesis of the rooting of the post-democratic Neoliberal State in the country. In addition, it is also included in the methodology the gathering of socioeconomic data about the Brazilian prison situation, found in the virtual page of the Departamento Penitenciário Nacional (Depen) and of the Fórum Brasileiro de Segurança Pública. In this context, analyzing this weakening of democratic institutions in Brazil with special attention to the Judiciary, it is possible to notice that the discourse that legitimizes this system is also responsible for the dynamics of selection that imprison those considered undesirable to neoliberal reason. Individuals who, not by chance, are identified as those who have always been neglected by the same State that punishes*

*Graduanda do 3° ano em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. E-mail: ana_souza@usp.br

**Graduanda do 3° ano em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas" da Fadir-UFU. Estagiária no Fórum da Comarca de Araguari. Membro do Corpo Editorial da Revista Acadêmica Discente Círculo da Fadir-UFU. E-mail: isabelairacabal@gmail.com

them severely.

Keywords: *Imprisonment. Post-democracy. Neoliberalism. Prison system.*

1. INTRODUÇÃO

1.1. PÓS-DEMOCRACIA E SUA RAZÃO DE MUNDO

O Estado Democrático de Direito, analisado a partir da perspectiva do tipo ideal weberiano, o qual pode ser entendido como um instrumento utilizado para viabilizar a compreensão de um todo de maneira genérica, consiste em um Estado Constitucional em que os cidadãos e os agentes públicos estão sujeitos às normas Constitucionais. Esse sistema, que se instaurou pós Segunda Guerra Mundial, presume a existência do princípio, sustentado pela primeira vez no Estado Liberal, da cisão entre Estado e Sociedade. Tal princípio objetiva evitar abusos de poder estatais, explorando-se a partir de uma interpretação liberal clássica do Estado, para que se garanta o exercício da máxima liberdade aos cidadãos (SILVA, 2018, págs. 114-121).

Rubens Casara afirma que, mesmo com esse princípio existente, o Estado concreto sempre contará com abusos de poder, com uma "margem de ilegalidade" (CASARA, 2017) que tem manifestações particulares e também estatais. Entretanto, a frequência e a dimensão dessa margem vêm crescendo com a transmutação para o Estado Pós-Democrático.

A defesa do governo das leis é abandonada e substituída por ideais autoritários. Assim,

> Defender abertamente o retorno do colonialismo ocidental ou a volta do governo militar no Brasil deixam de ser aberrações desconexas, anunciando publicamente um desejo de violência coletivo, moralmente aceito como mais um ponto de vista permitido pela democracia (BALLESTRIN, 2017, pág. 13).

Isto posto, a superação do Estado Democrático de Direito é sinalizada pelo desaparecimento da tentativa democrática de se concretizar esse tipo ideal. Ou seja, os valores democráticos não produzem mais efeitos para limitação do poder.

É comum recorrer ao Consenso de Washington, que ocorreu em 1989, para colocar um marco (simbólico, visto que é uma mudança gradual) de início dessa Era Pós-Democrática (BALLESTRIN, 2017; PASTANA, 2016). Tal evento foi responsável por estabelecer novas diretrizes ao capitalismo mundial, e, assim, estabelecer também uma ideologia que guiaria as políticas estatais.

Norberto Bobbio afirma que na obra de Rousseau, Contrato Social, a República (forma de governo em que vivemos) e a Democracia (regime em questão nesse estudo) se fundem. Para o contratualista, "a doutrina clássica da soberania popular", se estabelece junto à doutrina de um "Estado fundado sobre o consenso e participação

de todos na produção de leis" e na construção de um ideal igualitário responsável por se levantar "contra a desigualdade dos regimes monárquicos e despóticos" (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983, pág. 323). Essa composição, segundo Bobbio, é a construção de uma Democracia, por mais que Rousseau a chame de República. Interpretando tal acepção em um sentido mais amplo e atual, tem-se que a democracia transcende o estabelecimento do regime formal da lei e da ordem, pautando-se também pela consolidação e pela garantia de direitos que resguardem a dignidade da pessoa humana.

Por "Pós-Democrático", entende-se aquele Estado que mantém o funcionamento formal de uma democracia (instituições democráticas, Constituições democráticas), entretanto, a materialidade da mesma, paulatinamente, desaparece. Diante dessa definição, pode-se pensar a pós-democracia como um modelo que cumpre apenas os requisitos democráticos formais de sufrágio popular e de direitos fundamentais previstos na Constituição. No entanto, não há a efetivação material desses pilares do Estado Democrático de Direito.

Esse processo apresentado é um fenômeno global demostrado por acontecimentos recentes que seguem esse mesmo raciocínio autoritário, sinalizando forte enfraquecimento da democracia representativa. O plebiscito pelo Brexit, a rejeição popular por maioria em relação ao acordo com as FARC na Colômbia, a onda xenofóbica e ascensão de governos autoritários na Europa, as eleições de Donald Trump nos Estados Unidos (BALLESTRIN, 2017) e de Jair Bolsonaro no Brasil, estão inseridas em um contexto de massiva divulgação de *fake news* e de distorção dos fatos (DELMAZO; VALENTE, 2018). Todos esses eventos, e alguns outros, são exemplos de acontecimentos que ilustram o declínio do Estado Democrático de Direito em seus termos estritos.

Tamanho é o esvaziamento democrático que o processo eleitoral também se encontra extremamente fragilizado nesse panorama. Ocorre a formação de uma subjetividade coletiva avessa à política, na qual tudo que é explicitamente relacionado à política institucional é demonizado. Tem-se uma crença de que não há alternativa para se mudar o *status quo*, a política é pura negatividade, e aqueles que se identificam explicitamente com ela também. Por isso se tem a emergência de figuras elencadas como "gestores", pessoas teoricamente não-políticas que vieram para desconfigurar o sistema representativo. Trump, Dória e o próprio Bolsonaro como um alguém que segue estritamente a cartilha de Paulo Guedes[1], são claros exemplos desse modelo (GASPAR, 2018).

[1] Paulo Roberto Nunes Guedes é economista formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com mestrado na Fundação Getúlio Vargas e doutorado na Universidade de Chicago. Durante muito tempo Guedes optou por não atuar no cenário político, tendo rejeitado fazer parte de várias equipes de governo. No ano passado, em uma decisão inusitada, aderiu à candidatura de Jair Bolsonaro e "converteu-se em avalista de um político que provocava – ou que já provocou mais – arrepios no establishment, não tanto pela defesa da ditadura militar ou por suas posições controversas em temas como segurança pública, mas, principalmente, por atuar pela manutenção das estatais e proteger corporações e grupos, como o dos militares e dos servidores públicos", de acordo com o que revela matéria publicada por Malu Gaspar, na Revista Piauí, no ano de 2018.

Sobre isso, Casara afirma que essa estratégia se constitui enquanto:

> Fórmulas para uma gestão apresentada como técnica, científica e econômica, e, na realidade, ideológica, [que] disfarçam o objetivo final de atender os interesses dos detentores do poder econômico. (CASARA, 2017, pág. 30).

Nesse sentido, a financeirização do processo eleitoral é evidente. As pesquisas são acompanhadas pela bolsa de valores, pela alta do dólar, pela chamada "reação do mercado". Esse cenário está intimamente ligado com a ideologia neoliberal e a consequente transformação de tudo, absolutamente tudo, em moeda ou produto. O Estado que se insere nesse contexto, está numa busca frenética por atender aos anseios dessa ideologia. O poder político é progressivamente privatizado pelo poder econômico. Ocorre uma "interdição da democracia através de suas próprias instituições, discursos e práticas: a esterilização da democracia pelas contradições que sua convivência com o neoliberalismo provoca." (BALLESTRIN, 2017, pág. 9).

Direitos trabalhistas se tornam "encargos trabalhistas", e, como encargos, podem deixar de existir. De novo, ressaltando o caráter global desse processo, é importante lembrar da Reforma Trabalhista que inspirou a brasileira, isto é, a espanhola; e também das inúmeras minirreformas que tornaram a palavra "flexibilização" tão recorrente ao redor do mundo. Planos de saúde, mercantilização do ensino, reforma da previdência, segurança privada, entre outros. O Estado de Bem-Estar Social não faz mais sentido, para se ter direitos, é preciso comprá-los.

É também nessa circunstância que se identifica o famigerado "discurso da crise". A flexibilização de direitos é fundamentada em uma filosofia que promete um futuro melhor. Entretanto, essa "crise" deixou de retratar um momento de indefinição, necessidade ou dificuldade, no qual todos devem se sacrificar pelo bem geral. Tornou-se um termo utilizado para camuflar uma opção política, um funcionamento de Estado justificado pelo simulado caráter extraordinário do momento. "Não há crise. O que chamam de 'crise' é, na verdade, um modo de governar as pessoas". (CASARA, 2017, pág. 16)

Aponta-se para uma nova "razão de mundo" (DARDOT; LAVAL *apud* CASARA, 2017), em que até o modelo de justiça é diferente do contexto anterior. A justiça neoliberal avalia os custos da atividade e das consequências das decisões judiciais para as grandes corporações, o valor justiça fica em segundo plano. Nesse sentido, direitos ambientais são também relativizados. De tal sorte que, as vítimas do rompimento da barragem de Mariana ainda aguardam uma reparação da Samarco (PONTES, 2019) e as de Brumadinho estão atônitas diante do tsunami de lama que matou mais de 200 pessoas. Essas vidas e mortes são apenas números frente ao poderio econômico das mineradoras. Esses sujeitos vitimados não parecem sujeitos de direito.

Desse modo, a pós-democracia é um sistema no qual, na aparência, nada muda em relação à democracia ocidental clássica: as eleições livres continuam, bem como o Poder Judiciário independente e os direitos individuais expressos em texto norma-

tivo. A fachada é a mesma, mas o poder real está em outra parte. As decisões são tomadas a partir dos interesses do mercado. (SINTOMER *apud* BALLESTRIN, 2017, pág.9).

2.DESENVOLVIMENTO

2.1. PÓS -DEMOCRACIA NO BRASIL

Para melhor entender o funcionamento desse novo contexto no Brasil, é necessário olhar para um agente da pós-democracia em específico: o Poder Judiciário alicerçado na mídia massificada.

Diante da "crise" política vivida pelo país, é impossível não notar o protagonismo do Poder Judiciário no que tange às turbulências recentes e ao estremecimento das instituições democráticas. Operações espalhafatosas, violações de direitos e desrespeito ao devido processo legal são temas que tornam cada vez mais estranho aos olhos do brasileiro qual seria o verdadeiro papel dessa instituição na manutenção da democracia (AVRITZER, 2016, pág. 76).

O Poder Judiciário, orientado pela satisfação do interesse público, seja este genuinamente originado dos anseios do povo ou não, tornou-se mais uma fonte de manifestações autoritárias, colocando em risco os preceitos democráticos. Desse modo, no contexto atual, o Poder Judiciário revela-se como agente do mercado, estruturado sobre a ideologia neoliberal e esquecendo seu papel como garantidor de direitos.

Nesse cenário de arbitrariedades, um primeiro aspecto a ser destacado é a maleabilidade da democracia, evidenciada pelo processo eleitoral e político dos últimos anos no Brasil.

Diante do exposto, afirmar que a democracia é passível de ser fragilizada pela opinião pública poderia parecer contraditório. Não seria o povo o guardião das instituições que estabelecem e legitimam o processo democrático?

Na realidade, pode-se apontar como uma das causas desse enfraquecimento o fato de que a opinião pública nem sempre representa a externalização das demandas sociais. Com efeito, essa consiste em uma soma de diversas opiniões que conseguem se sobressair em relação àquelas de menor repercussão. Além disso, há quem ainda defenda que a opinião pública não exista. Pierre Bourdieu argumenta que essa é um mecanismo de legitimação política com o objetivo de transformar uma opinião ou vontade particular na vontade geral (BOURDIEU, 1973). Nesse sentido, a manipulação do posicionamento dos indivíduos perante os fatos promoveria o atendimento das expectativas daqueles que conduzem a articulação econômica e política.

Ademais, diante da atual conjuntura e levando em consideração a ascensão do neoliberalismo como ideologia dominante, Rubens Casara ainda cunhou uma expressão emblemática acerca do tema: opinião pública seria o equivalente a *opinião publicada pelos meios de comunicação em massa* (CASARA, 2017). Desse modo, ana-

lisando o contexto brasileiro, é possível notar que esses meios de comunicação não apenas exprimem os interesses das classes dominantes como são as próprias classes dominantes, devido ao monopólio midiático existente no país. É diante dessa perspectiva que se evidencia a vulnerabilidade da democracia, frente às exigências dos anseios supostamente populares.

A mídia brasileira, impulsionada por interesses políticos, vem moldando a opinião pública há tempos, distorcendo sistematicamente os conceitos democráticos. Através da manipulação das sensações, cria-se um ambiente pautado no medo, na insegurança e na sensação de impunidade para se justificarem posturas autoritárias. Desse modo, desqualifica-se a atuação original do Judiciário, dando a ele novos contornos, que caminham em direção ao fascismo (CASARA, 2017).

Para entender melhor esses novos contornos, é possível recordar a atuação do judiciário nos regimes nazifascistas:

> Com o aval da maior parte dos meios de comunicação, que apoiavam o afastamento de limites legais ao exercício do poder penal, propagandeando uma justiça penal mais célere e efetiva, alimentou-se a imagem populista de Hitler como a de um herói contra o crime e a corrupção, o que gerou um aumento de apoio popular a suas propostas.
>
> (...)Com argumentos utilitaristas – no mais das vezes, pueris, como o discurso do 'fim da impunidade' em locais em que, na realidade, há encarceramento em massa da população -, construía-se a crença na necessidade do sacrifício de direitos.
>
> A Alemanha nazista (como a Itália do fascismo clássico) apresentavam-se como um Estado de Direito, um Estado autorizado a agir por normas jurídicas. Como é fácil perceber, a existência de leis nunca impediu o terror. (CASARA, 2017, págs. 173-175).

Portanto, dentro do contexto de fragilização democrática atual, a atuação do Poder Judiciário não está isenta dessa maleabilidade. O recente episódio da gravação e divulgação de uma conversa telefônica entre o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva e a então presidenta Dilma Rousseff reitera o fato de que as decisões judiciais tendem a se orientarem no sentido de saciarem a ânsia por justiça e as exigências "populares". Diante disso, o comprometimento com as expectativas sociais sobrepõe-se a preceitos básicos democráticos, incluindo a inobservância do devido processo legal (CASARA, 2017, pág. 162).

Desse modo, cria-se um espetáculo, uma trama em que a lógica da audiência conduz o processo, estando o Judiciário inserido nessa dinâmica. Nota-se esse fenômeno como exposições arbitrárias, operações megalomaníacas e sucessivas violações do devido processo legal.

> Se a audiência do espetáculo cai, e com ela o apoio popular cons-

> truído em torno do caso penal, sempre é possível recorrer a uma prisão espetacular, uma condução coercitiva ainda que desnecessária (...) em nome do "interesse público", em nome do interesse do respeitável público. (CASARA, 2017, pág. 162).

Para além disso, existe ainda outro fenômeno de distorção que assombra a atuação do Judiciário, a imagem do "bom juiz" (CASARA, 2017). Esse personagem do jogo é observado quando ocorre um desrespeito aos preceitos democráticos. Quando um juiz atua de forma autoritária ou desrespeita os direitos fundamentais numa ação que promete acabar com a impunidade existente no país, esse agente é visto pela opinião pública, a partir de uma percepção distorcida, como justo e correto. Tem-se aí uma sobreposição da vontade popular sobre a legalidade.

No caso do Mensalão, que foi tema para as publicações jornalísticas no período entre 2012 e 2014, a ascensão midiática do ministro (a época presidente do STF) e relator da operação Joaquim Barbosa foi impulsionada, devido a sua atuação autoritária dentro da instituição. O ministro ficou famoso por seus embates dentro da Casa, acusando os outros juristas de desleais e corruptos, conforme o que foi transmitido por filmagens e por gravações.

Em vídeos de audiências disponibilizados pela TV Justiça - mais um veículo da espetacularização - é notável o número exacerbado de vezes que Barbosa interrompia os outros ministros, tentando impor a sua perspectiva perante o julgamento. Essa atuação antidemocrática foi aplaudida pela mídia. Joaquim Barbosa foi considerado um verdadeiro herói.

Outro caso emblemático de antidemocracia no Judiciário foi a mais recente atuação do juiz Sérgio Moro nos processos envolvendo o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Além da escancarada parcialidade, o juiz ainda usou de meios no mínimo duvidosos na condução da chamada Operação Lava Jato (FILHO, 2019). Tendo em vista que Lula nunca se recusou a atender convocações judiciais, a condução coercitiva do ex-presidente não foi devidamente justificada. Assistindo às audiências, também se nota uma postura um tanto quanto antidemocrática de Moro, que debocha de Lula e ignora o princípio da presunção de inocência ao questioná-lo.

Dessa forma, a presença de Barbosa e Moro, nas pesquisas presidenciais do começo de 2018, também demonstra o quanto as atribuições das instituições democráticas estão cada vez mais embaralhadas na mente dos brasileiros. O papel de cada agente não é mais democraticamente delimitado.

Todos esses pensamentos derivados do senso comum são exemplos dessa distorção dos conceitos democráticos. Os "interesses da nação" são, na verdade, o interesse de uma maioria (moldado pelos interesses daqueles que conduzem a articulação política e econômica). Desse modo, a função contramajoritária do Judiciário é totalmente enfraquecida, ao passo que, se exercida, seria um ato antidemocrático, na opinião massificada, contrário aos interesses populares.

A democracia foi distorcida para uma supremacia da maioria, e o Judiciário, de

uma forma ou outra, acaba por integrar esse pensamento quando atua, enquanto agente pós-democrático, para agradar a opinião pública.

2.2. ENCARCERAMENTO SELETIVO

Também nessa lógica pós-democrática, além do Judiciário, os outros dois poderes atuam de forma conjunta na manutenção desse modelo de Estado. E, nesse aspecto, encontra-se também o encarceramento seletivo como uma demonstração desse paradigma.

A prática punitivista desenvolvida pelo Estado Pós- Democrático não é estranha às instituições brasileiras. Desde muito cedo, a concepção de que os conflitos sociais devem ser resolvidos mediante a demonstração e a aplicação da força estatal esteve germinada nas políticas de controle (CAMPOS; SILVA, 2018). Nesse contexto, a Revolta da Chibata, ocorrida no ano de 1910, explicita a forma como as convulsões sociais estão marcadas na história nacional pelo sufocamento, por meio de todo um aparato repressivo. A tentativa, orquestrada pelo marinheiro João Cândido Felisberto e por seus seguidores, de empoderamento daqueles considerados desvalidos e coisificados pelo sistema discriminatório vigente foi duramente combatida e seus organizadores enviados à prisão.

Nesse panorama, questão social é comumente manuseada como um caso de polícia no Brasil (SOUSA *apud* PASTANA, 2013). Outro exemplo disso é a tipificação do crime de vadiagem na Parte Geral da Lei das Contravenções Penais de 1941, a qual dispunha:

> Art. 14. Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:
>
> I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez;
>
> II – o condenado por vadiagem ou mendicância;

Tal associação da vadiagem e da mendicância a um grau de periculosidade semelhante ao de atos ilícitos previstos pelo Código Penal revela-se como uma maneira de gerir e de oprimir uma enorme massa populacional de baixa renda e de pouca escolaridade, inserida na narrativa de um país assolado pela falta de trabalho ao longo de sua memória de formação como pátria. Dessa forma, a "vadiagem" serviu, em muitos casos, como um tipo de manto para ocultar o abuso de poder da polícia — representante do Estado — nas prisões efetuadas para averiguações, empreendidas contra os mais vulneráveis na escala social.

Diante da evidente historicidade punitivista nacional, pode parecer redundante e dispensável apontar a persistência desse modelo no Brasil contemporâneo. Contudo, é necessário frisar que o advento do contexto pós-democrático adotou esse mecanismo como instrumento de expansão e de manutenção da lógica neoliberal em cur-

so. Ou seja, essa lógica agora faz parte, de maneira mais intensa, de uma estrutura de mecanismo de coerção global.

Para Rubens Casara, o Estado Pós- Democrático opõe-se visceralmente contra todos os sujeitos indesejáveis ao raciocínio neoliberal:

> O Estado Pós-Democrático é um modelo tendencialmente omisso no campo do bem-estar social, mas necessariamente forte na contenção dos indesejáveis, sejam eles a camada da população incapaz de produzir ou consumir, sejam eles os inimigos políticos daqueles que detêm o poder político e/ou econômico. (CASARA, 2017, págs. 184-185.).

Nesse sentido, tendo em vista a mudança paradigmática que ocorreu a partir da segunda metade do século passado, o advento da pós-democracia junto ao prisma neoliberal, é possível notar que, no Brasil, houve um agravamento do enorme fosso econômico e social, o qual foi refletido no crescimento da população carcerária.

De acordo com Débora Pastana, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) constataram essa enorme expansão do sistema penitenciário perceptível a partir da reabertura política de 1988. Neste ano, esse conjunto era de 88.041 presos, representando uma taxa de encarceramento de 65, 2 por cem mil habitantes. Já, em julho de 2016, o contingente apresentava 726.712 presidiários, o que significa uma taxa de encarceramento de 352,6 a cada cem mil habitantes.

Dados coletados a partir do ano de 1990, dois anos após o início da abertura democrática, dimensionam a concretude da situação:



Fonte: INFOPEN - 2016.

Ainda segundo Pastana (2013), as políticas penais aplicadas no Brasil contemporâneo não só adotam as diretrizes impostas pelo Estado Punitivo no que tange ao aumento do encarceramento, mas também quanto ao endurecimento cada vez maior das penas:

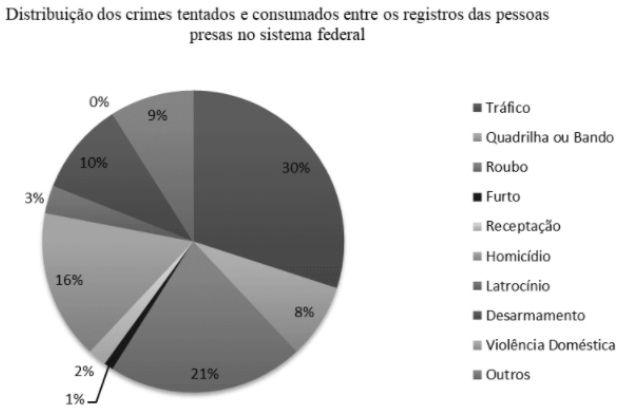
> Embora o discurso político aponte várias iniciativas democráti-

> cas de controle, é a postura ostensiva e os objetivos repressivos que acabam se destacando na política brasileira de controle social. Em outras palavras, todos os poderes insistem em afirmar que austeridade no trato do desvio é questão urgente e circunstancial. Judiciário, legislativo e executivo afinam seu discurso em um único tom de ordem a qualquer custo. (PASTANA, 2013, pág. 37.).

A expressão desse enrijecimento quanto às punições pode ser observada na consideração do tráfico de entorpecentes como crime hediondo. Sabe-se que crime hediondo é caracterizado como aquele gênero de crime reconhecido como de maior potencial ofensivo para a sociedade e que, portanto, merece tratamento diferenciado pela Justiça. Desse modo, o tráfico de entorpecentes é alocado no mesmo patamar que o homicídio, o latrocínio e o genocídio, por exemplo.

Acompanhando esse raciocínio, é mister considerar que o tráfico de drogas alicia, principalmente, aqueles sujeitos mais vulneráveis socioeconomicamente (ABRAMOVAY; CASTRO, 2002). Onde não há a prestação do Estado no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais e do mínimo existencial, esse delito se torna alternativa de sobrevivência e de ascensão econômica.

Nesse panorama, a criminalização da pobreza promove o engrandecimento da população carcerária, como comprova o gráfico abaixo:



Fonte: INFOPEN - 2016.

Esse engrandecimento não tem "qualquer relação direta com o aumento das práticas criminosas, mas sim com o aumento da criminalização da miséria que como consequência imediata vomita para dentro dos cárceres aquele refugo social" (PASTANA, 2016, pág. 127.) que não se adequa à pós-democracia.

Essa mesma lógica seletiva atua nas operações arbitrárias das diversas formas de policiamento. Assim, afirma Casara, os direitos fundamentais são novamente relativizados:

> Apenas o domicílio de alguns é inviolável, como demonstram os mandados de busca e apreensão 'coletivos' (...) expedidos para serem cumpridos em favelas, periferias ou em ocupações de trabalhadores rurais sem-terra (...). (CASARA, 2017, pág. 42.)

2.3. MANIQUEÍSMO E CULTURA DO MEDO

É possível averiguar que o punitivismo seleciona as classes populares na medida em que encarcera por pequenos delitos contra o patrimônio e por condutas ligadas ao comércio de entorpecentes. Essa seletividade acaba também por desviar as atrações dos crimes cometidos pela elite política e econômica (PASTANA, 2016.). Constrói-se, assim, um discurso de guerra maniqueísta do bem contra o mal (PASTANA, 2007.).

Aqui, cabe fazer uma ressalva quanto aos governos Lula e Dilma. É inegável que estes também aderiram ao populismo penal. Essa postura levou à aposta em respostas penais simbólicas para vários problemas sociais, como já havia sendo feito (CASARA, 2017, pág. 191.). Entretanto, eles se tornaram vítimas da justiça pós-democrática, como já demonstrado, a partir do momento em que submeteram, mesmo que timidamente, as ações de caráter social às expectativas do mercado. Tornaram-se, assim, também aliados e, posteriormente, alvos do Estado Pós-Democrático.

O Sistema de Justiça Criminal, dada sua espetacularização, impulsiona esse processo na medida em que:

> (...) sempre seletivo, tornou-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa, que, com objetivos políticos, (...) manipulam as sensações de medo, insegurança e impunidade na sociedade. (CASARA, 2017, pág. 158.)

E nessa narrativa maniqueísta, a sociedade se encontra em um vácuo de ignorância. Torna-se incapaz de perceber que a criminalidade só atingiu essa complexidade e amplitude graças à inércia do Estado no que tange à esfera social, e não punitiva (PASTANA, 2007.). É também nesse sentido que se identifica a "cultura do medo" (PASTANA, 2007.). Segundo Debora Pastana:

> (...) essa cultura representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduzem a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetuam uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos. (PASTANA, 2007, pág. 92).

Desse modo, a conservação e a continuidade desse modelo de estado punitivo estão associadas ao respaldo conferido pela opinião pública, imersa em uma sociedade que apenas consome, passivamente, o que é divulgado. Isto posto, torna-se obsessão e produto (PASTANA, 2007, pág. 109.). O medo é obsessão na medida em que se constrói a "arquitetura do medo" (representada principalmente pelos shoppings e condomínios murados). E é também produto na medida em que é vendido pelos meios de comunicação e suas notícias sensacionalistas.

Os veículos de comunicação substituem a prerrogativa de informar pela de entreter, mediante a manipulação e a exacerbação dos dados e dos fatos. Os chamados programas de "jornalismo investigativo" são responsáveis por narrar com contorno novelístico os fatos criminais. "Nesse contexto alarmante a notícia sobre violência começou a não só informar como a emocionar, estimulando a curiosidade e a intolerância" (PASTANA, 2007, pág. 102.).

Nesse sentido, a "informação espetáculo" (PASTANA, 2007.) gera uma sensação de insegurança perpétua e uma crença na necessidade de se aniquilar, a qualquer custo, o inimigo que ameaça o equilíbrio do corpo social. Dessa maneira, a percepção populacional sobre as ações excessivas e antidemocráticas do Estado Punitivo é de que elas são necessárias, sendo, dessa forma, legitimadas.

2.4. GUERRA AOS INDESEJÁVEIS

Esse desejo de violência coletiva (BALLESTRIN, 2017.) respalda as chamadas "políticas de guerra ao crime"[2]. Dessa forma, o Estado Pós-Democrático é um modelo que, apesar de omisso no campo do bem-estar social, se constitui enquanto necessariamente forte no controle dos indesejáveis (CASARA, 2017.).

"A sociedade, manipulada ideologicamente, olha o criminoso com fúria e exige soluções autoritárias que, além de antidemocráticas, são pouco ou nada eficazes." (PASTANA, 2017, pág. 108). Assim, esse sistema punitivo age de tal forma a tornar cada vez mais tangível a expressão presente nos dizeres populares, "apodrecer na cadeia". Pastana faz menção a esse fato de forma assertiva:

A prisão, nesse contexto, passa a figurar como depósito de indesejáveis, como a masmorra contemporânea destinada a guardar pelo maior tempo possível aqueles que socialmente decidimos banir do convívio. Emparedamos vivos aqueles que não mais se adequam e assistimos de longe seus suplícios mais terríveis. Condenados a uma vida nua, em que, paradoxalmente, a punição imposta pela lei fere todas as

[2] As políticas de "guerra ao crime" se instituem enquanto uma forma de populismo penal. Para prover uma maior sensação de segurança para a sociedade civil, o poder público responde aos problemas sociais com soluções penais. Inverte-se o princípio da ultima ratio em prima ratio, o remédio penal se constitui enquanto uma resposta simbólica para os problemas complexos da sociedade. O endurecimento das penas acompanhado de medidas autoritárias no campo penal são exemplos claros desse tipo de política que, na prática, é uma política de encarceramento em massa. Esse modelo de política criminal "incentiva a desconfiança [ao mesmo tempo que] desqualifica qualquer solução que não seja a penal e apresenta seu único remédio: mais segregação e restrição de liberdade. Essa forma de atuação tem como consequência imediata aumentar o número de detentos em proporções inquietantes, fenômeno também percebido em várias democracias contemporâneas."

disposições legais, os encarcerados vivenciam cada vez mais intensamente agruras como superlotação, torturas, epidemias, e incontáveis tipos de violação de direitos humanos (PASTANA, 2016, pág. 124-125).

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que nesse contexto pós-democrático é necessário um amplo controle social. Dessa forma, assume-se uma feição de Estado Punitivo[3] em que, com a coordenação de instituições originalmente democráticas, se desmantela o Estado Democrático de Direito. Tal processo ocorre com as políticas de "guerra ao crime" que, na realidade acabam por constituir um meio de exclusão e extermínio da população que, por ser despossuída, é indesejada. É sobre esse paradigma que se identifica o encarceramento seletivo no Estado Brasileiro, o qual estatisticamente condena pretos, pobres e pouco escolarizados.

Esvazia-se o conceito de pessoa, assim, aquele que é improdutivo aos olhos do neoliberalismo não é visto como objeto de proteção dos direitos fundamentais. Com a presença de uma cultura que inspira medo e insegurança, a opinião pública é moldada e acaba por legitimar esse sistema. É um processo de criminalização da pobreza, no qual as regiões mais vulneráveis socioeconomicamente se revelam enquanto principais alvos e, os crimes cometidos por essa população, enquanto aqueles com maior presença no sistema carcerário. Para aqueles que possuem valor supérfluo na esfera econômica, o descarte é certo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. Jovens em situação de pobreza, vulnerabilidades sociais e violências. Cad. Pesqui. no.116 São Paulo July 2002. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000200007>. Acesso em: 06 set. 2020.

AVRITZER, Leonardo. "Autonomia do Judiciário *versus* Pretorianismo Jurídico-Midiático." In *Risco e Futuro da Democracia Brasileira: Direito e Política no Brasil Contemporâneo,* org. Juarez Guimarães e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, 73-84. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, 2016. Disponível em: < http://biblioteca.clacso.edu.ar/Brasil/fpa/20170912052252/pdf_1424.pdf>. Acesso em: 07 set. 2020.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. *Rumo à teoria pós-democrática?* 2017. 22 f. Tese (Doutorado) - Curso de Relações Internacionais, Ciência Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323342920_Rumo_a_teoria_pos-democratica>. Acesso em: 25 out. 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* 11. ed. Brasília: Editora Unb, 1983. 1 v.

[3] O termo refere-se ao Estado que, objetivando expandir sua atuação em matéria de segurança pública, diminui sua atuação na frente econômica e social.
Um exemplo recente desse tipo de política é o "Pacote Anticrime" apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro.

BOURDIEU, Pierre. *A opinião pública não existe.* Comunicação feita em Noroit (Arras) em janeiro de 1972 e publicada em Les Temps Modernes, 318, janeiro de 1973. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1464421/mod_resource/content/1/A_Opini%C3%A3o_P%C3%BAblica_N%C3%A3o_Existe_%28Pierre_Bourdieu%29.pdf >. Acesso em: 23 de out. 2018.

BRASIL. Constituição (1941). *Decreto-lei nº 3.688, de 1941.: Lei das contravenções penais.* Brasília, 1941.

BRASIL. Código Penal (1941). *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dez. 1941*. Rio de Janeiro, 1940.

BRASÍLIA, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias,* 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 06 de set. 2020.

CAMPOS, Gustavo de Aguiar; SILVA, Flávia Maria Soares Pereira da. Política e Segurança: *O Controle Social Brasileiro.* Psicologia: Ciência e Profissão v. 38 (núm. esp.2.), 208-222, 2018. Disponível em: < https://www.scielo.br/pdf/pcp/v38nspe2/1982-3703-pcp-38-spe2-0208.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020.

CASARA, Rubens R R. *Estado Pós-Democrático: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis*. 3. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2017.

COLETTA, Ricardo; MATTOSO, Camila; SEABRA, Catia. Pacote de Moro prevê prisão após 2ª instância e crime para caixa 2; leia a íntegra. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/pacote-de-moro-preve-prisao-apos-segunda-instancia-e-criminalizacao-do-caixa-2.shtml>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

COSTA, Fabiano; NÉRI, Felipe. *Relembre as polêmicas de Joaquim Barbosa como ministro do Supremo.* G1, Brasília, 31 maio 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/relembre-polemicas-de-joaquim-barbosa-como-ministro-do-supremo.html>. Acesso em: 23 de out. 2018.

DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C.L. *Fake News nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques.* Media e Jornalismo, Lisboa, v.18, n. 32, 2018. Disponível em: < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-54622018000100012>. Acesso em: 06 de set. 2020.

FILHO, Roberto Ferreira. *(In)devido Processo Legal: Uma Sucessão de Ilegalidades.* Justificando, Brasil, 26 junho 2014. Disponível em: < https://www.justificando.com/2019/06/26/indevido-processo-legal-uma-sucessao-de-ilegalidades/>. Acesso em: 06 set. 2020.

GASPAR, Malu. *O fiador.* Piauí, São Paulo, ed. 144, set. 2018. Mensal. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-fiador/>. Acesso em: 16 out. 2018.

PASTANA, Debora Regina. *Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democra-*

cia e autoritarismo. In. Civitas – Revista de Ciências Sociais. Vol 13, N 1, 2013.

PONTES, Nádia. *A espera por reparação quatro anos após a tragédia de Mariana.* Deutsche Welle. Brasil, 5 de nov. 2019. Disponível em: < https://www.dw.com/pt-br/a-espera-por-repara%C3%A7%C3%A3o-quatro-anos-ap%C3%B3s-a-trag%C3%A9dia-de-mariana/a-51116399>. Acesso em: 05 de set. 2020.

SCHREIBER, Mariana. Intervenção no Rio: mandados de busca coletiva são ilegais e criminalizam pobreza, afirmam juristas. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43122197>. Acesso em: 6 de dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

TEIXEIRA, Paulo. *Entenda porque Sérgio Moro deve ser impedido de conduzir processo contra Lula.* Revista Fórum, São Paulo, 9 fev. 2017. Disponível em: < https://www.revistaforum.com.br/entenda-por-que-sergio-moro-deve-ser-impedido-de-conduzir-processo-contra-lula/>. Acesso em: 23 de out. 2018.

_____.*Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo*. In Estudos de Sociologia. Vol. 12, p.91 - 116, 2007.

_____. *Vigiar e banir: o declínio da disciplina panóptica na lógica punitiva contemporânea /* Control and ban. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p.110-132, 8 jun. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

FACES DO ANALFABETISMO: POSSÍVEIS INTERAÇÕES ENTRE EDUCAÇÃO E CIDADANIA

FACES OF ILLITERACY: POSSIBLE INTERACTIONS BETWEEN EDUCATION AND CITIZENSHIP

Daniel Lima de Almeida*
Pedro Henrique Oliveira e Silva**
Rebeca Ramos dos Santos***

Resumo: Através de uma abordagem de natureza qualitativa e metodologia de caráter teórico-bibliográfico, este trabalho busca, além de apontar a relevância de políticas públicas, discutir o problema estrutural do analfabetismo, o papel da participação política e a amplitude dos seus reflexos na sociedade, de modo a analisar a relevância do direito à educação. Assim, objetiva-se estabelecer um paralelo entre o status de cidadania e a situação do analfabeto. O direito à educação é uma via imprescindível para a concretização de uma democracia participativa em nível abrangente. Portanto, a perspectiva apontada demanda uma busca pelo cumprimento efetivo do direito à educação, respaldado constitucionalmente. O presente trabalho é responsável por propor relações entre as repercussões das desigualdades no âmbito da educação e a intersecção com o fenômeno jurídico. Em razão disso, por uma via interpretativa da história, procura-se analisar do corpo estatal e sua estrutura na promoção do direito à educação, denunciando estratificações sociais perpetuadas (e ainda existentes). Sendo assim, podem ser depreendidos distintos nichos de explanação, abarcando desde as causas até as consequências das disparidades provocadas pela falta de acesso ao direito à educação.

Palavras-chave: Analfabetismo. Participação política. Direito à educação.

Abstract: *FThrough a qualitative approach and with a theoretical-bibliographic methodology, this work, also seeking to point out public policy issues, discuss the structural problem of illiteracy, the role of political participation and the extent of its influences in society, in order to analyze the relevance of the right to education. Thus, the objective is to establish a parallel between citizenship status and the situation of the illiterate. The right to education is an essential way to achieve participatory democracy at a comprehensive level. Therefore, the pointed perspective demands a search for the effective fulfillment of the right to education, constitutionally established. The present enterprise*

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana, bolsista de iniciação científica do CNPq, integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Linguagem e Produção de Conhecimento e monitor de Direito Constitucional. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9734795038097681. E-mail: dlimadealmeida1@gmail.com.

** Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5535558897010603. E-mail: pedroholi2014@gmail.com.

***Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0190802181290155. E-mail: rebecaaramos1@gmail.com.

is responsible for propose relationships between repercussions of inequalities in the scope of education and the intersection with the legal phenomenon. For this reason, through an interpretative route of history, sought to analyze the state body and its structure in promoting the right to education, pointing the as perpetuated (and still existing) social stratifications. Thus, different means of explanation can be learned, ranging from the causes to the consequences of the disparities caused by the lack of access to the right to education.

Keywords: *Illiteracy. Political participation. Right to education.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A participação política é essencial para a legitimação do conceito de cidadania e requisito imprescindível para a efetividade do Estado Constitucional Democrático de Direito, vez que supõe a possibilidade de os indivíduos deliberarem e influenciarem nos rumos da sociedade na qual estão inseridos. O direito à educação, assim, está diretamente ligado à capacitação formal para o exercício de direitos políticos, como o voto, e de reconhecimento das demandas legítimas de uma comunidade.

O direito à educação supõe uma prestação positiva por parte do poder público, de modo a viabilizar, institucionalmente, a sua efetividade. É necessário, portanto, ter em vista a distinção entre teoria e prática dos direitos, confrontando-se a declaração puramente verbal e sua proteção efetiva. Dessa forma, a existência de políticas públicas no âmbito da educação, especialmente de jovens, adultos e idosos não alfabetizados, mostra-se imprescindível à investigação da tratativa do tema.

Sendo assim, diante das realidades política, econômica, social e cultural brasileiras, faz-se necessário investigar as interações entre o direito à educação e a cidadania, sob a hipótese de que o analfabetismo implica em uma condição dificultosa em relação ao desenvolvimento da autonomia e da cidadania de indivíduos inseridos em uma sociedade democrática, em sentido abrangente.

Assim, considerando-se o problema estrutural do analfabetismo, o papel da participação política e a amplitude dos seus reflexos na sociedade, qual a relevância do direito à educação em uma democracia? Para desenvolver o tema, utiliza-se da metodologia qualitativa, valorizando a natureza teórica de trabalho.

2. PONDERAÇÕES ACERCA DO HISTÓRICO EDUCACIONAL NO BRASIL PERIFÉRICO

À discussão acerca do analfabetismo no Brasil precede a consideração do histórico educacional do país. Apesar do desenvolvimento da escolarização no país, a educação escolar permanece pautada na institucionalização das desigualdades econômicas, políticas, sociais, raciais e de gênero e no não atendimento das dificuldades das camadas populares.

Sobre o Brasil colonial (1530-1822), Maria Luísa Ribeiro (1991) destaca que o

objetivo dos colonizadores era o lucro, sendo de responsabilidade da população colonial propiciá-lo às camadas dominantes metropolitanas. A educação jesuítica sobre as diversas etnias indígenas do país iniciava um processo de aculturação sistemática dos povos nativos e incutia os elementos ocidentais – morais e cristãos – que deixariam raízes profundas de dominação.

Revestida de propagação da fé católica, a organização educacional no Brasil colônia se construía estritamente vinculada à política colonizadora portuguesa de subordinação dos povos e do modo de produção, indispensável, portanto, para impulsionar a passagem do capitalismo mercantil para o capitalismo industrial do porvir. Revelam-se, então, dois aspectos da educação colonial brasileira: um elemento sócio-religioso e outro, político-econômico.

Como assevera Maria Luísa Ribeiro (1991), a catequese, do ponto de vista religioso, interessava à Companhia como fonte de novos adeptos do catolicismo, bastante abalado pela Reforma Protestante. Do ponto de vista econômico, interessava tanto a referida instituição como ao colonizador, à medida que tornava o índio mais dócil e, portanto, mais fácil de ser aproveitado como mão-de-obra.

Durante a fase joanina (1808-1821) no Brasil e a consequente abertura dos portos, após a crise do modelo econômico agrário-exportador dependente e da política metropolitana, a urgência no atendimento das necessidades, sobretudo médicas e administrativas, da família real em território brasileiro, faz surgir os primeiros cursos de ensino superior no país. Porém, no ensino fundamental e alfabetizador – então chamado de primário –, prevaleciam as bases instrumentalistas e técnicas, com esparsas escolas de ler e escrever, destinadas, máxime, aos filhos de Portugal. Sobremaneira, os três níveis de ensino exercitáveis no país – primário, secundário e superior – concentravam-se no Rio de Janeiro, relegando ao interior do país a falta de escolas, inclusive à região Nordeste, que atuava como centro de produção e trabalho.

O encaminhamento da fase joanina para outra politicamente autônoma no Brasil não guardou melhores resultados à educação básica. A educação brasileira experimentou as consequências da instabilidade política, assim como a insuficiência de recursos e o regionalismo que imperava sobre a disponibilização de prédios de ensino. O modo de preparo dos docentes e dos alunos era pautado no modelo liberal de formação, revelando-se nas escolas que ensinavam leitura, escrita e cálculos básicos. No entanto, há que se ressaltar o não atendimento amplo da população brasileira, sobretudo localizada geograficamente no interior do país. O Brasil seguia precariamente na educação escolar básica.

Com isso, Maria Luísa Ribeiro (1991) ressalta que a exclusão se fazia no início da escolarização, pois a grande maioria da população não possuía as mínimas condições de ingressar e permanecer no sistema escolar, tendo em vista o modo de vida a que essa comunidade estava submetida. Assim, o Brasil não efetivou uma distribuição racional de escolas pelo território nacional, causando e desenvolvendo desigualdades.

Ato contínuo, a fase imperial (1822-1889) incute na intelectualidade brasileira a tentativa de acompanhamento dos modelos emergentes no cenário internacional.

Em um país de mais analfabetos que letrados, de que forma seria possível construir bases de ensino para produção de conhecimento e atendimento às exigências de mão-de-obra mais qualificada para atuar nos bancos, estradas de ferro e companhias industriais? Foi preciso acelerar, portanto, os processos de alfabetização em massa, ainda tracejado por um modelo de ensino liberal, autoritário e de dominação.

No período republicano, a partir de 1889, o ensino secundário foi amplamente valorizado como formador do cidadão, em detrimento da condecoração dada ao ensino superior no período antecedente. Contudo, melhor sorte não assiste à qualidade, disponibilidade e progressão do ensino básico no país. Isso porque o Brasil permanece na condição de comunidade periférica, subordinando-se ao domínio externo e condicionando os interesses nacionais às das nações dominantes. Dessa forma, o ensino básico republicano engatou ideais liberais, caracterizados pelo autoritarismo e pelo formalismo educacional. Então:

> Na condição de sociedade periférica [o Brasil] não transcendeu ao domínio externo e submetera os interesses nacionais aos dos países dominantes. No sentido de manter-se a submissão necessária à supremacia do sistema capitalista internacional, as organizações educacionais instituídas seguiam os interesses das nações cuja hegemonia deveria ser mantida. A submissão configurada no período do Brasil colonial em relação à Metrópole Portuguesa repete-se nos diversos períodos da história nacional, sempre a caracterizar a relação dominado-dominante; substituiu-se tão somente o agente de dominação – Nação Portuguesa – pelo capital internacional (LEÃO, 2005, p. 4).

A escolarização popular continuava a ser nutrida por práticas pedagógicas fundadas na relação dominador-dominante e em uma estrutura física de inacessibilidade e o analfabetismo permaneciam com a privação de escolaridade no meio rural (LEÃO, 2005). O descomprometimento com a educação pública e gratuita é resultado de uma política econômica de valorização da acumulação de capital, fundada, sobremaneira, na condição periférica do país. Nesse sentido, as agências financeiras internacionais regulavam a sociedade brasileira de acordo com interesses próprios. E um dos pontos de ingerência foi a política educacional. Em paralelo com a realidade educacional brasileira atual, é possível perceber convergências que não sucumbem à mera coincidência.

É apenas a partir do início do século XX que a (carência da) educação popular passa a ser discutida como um problema no país, insurgida pelo nacionalismo pós-Primeira Guerra Mundial. Ante o caráter subordinado e confluente da educação brasileira em relação às políticas externas, a escola elementar surgiu como onda de combate ao estrangeirismo.

> A partir da década de 10 do século XX, o problema da educação popular passa a ocupar um lugar de destaque na política do país, devido a onda de nacionalismo gerada pela lª guerra mundial. A campanha pela divulgação da escola elementar adquire um cará-

> ter de combate ao estrangeirismo. Ao ser apontado como o país de maior taxa anual de analfabetismo do mundo por uma pesquisa feita pelos Estados Unidos, o analfabetismo adquire um caráter de uma enorme doença, que impedia o país de pertencer ao grupo das nações cultas e desenvolvidas (SOUZA, 2007, p. 82).

O analfabetismo, até então na cifra oculta brasileira, foi denunciado como uma realidade emergente e problemática. O interesse brasileiro de ascensão à condição de nação desenvolvida emite esforços na mudança dessa realidade, mas o fez de maneira superficial, seletiva e desigual – maior prova está na eterna condição de país emergente. As administrações brasileiras, durante quase três séculos de história, não empreenderam ações rumo à escolarização do povo, mas, diferentemente, em prol de favorecimentos políticos, econômicos e da imagem internacional do país, passam a intentá-las.

O histórico educacional no Brasil caminha, ainda, atrelado à tentativa constante de manutenção das estruturas de poder social elitista e dominante. A educação, em uma sociedade desigual como a brasileira, se revela como um instrumento de exclusão das classes marginais, que devem ser suficientemente instruídas para, tão somente, servir ao mercado como mão de obra farta e barata.

O modelo primário de educação foi, por diversos momentos da história, relegado à insignificância, vez que era destinado à capacitação básica para o desenvolvimento de determinadas atividades práticas. Da mesma forma o foi no período militar (1964-1985) no Brasil, em que fracos foram os movimentos de revolução da escolarização primária, em detrimento dos grandes investimentos em ensino profissionalizante e trabalho qualificado, no ensino superior.

A acessibilidade aos espaços escolares e de educação eram igualmente limitados e os investimentos no setor público de educação rapidamente sucumbiram aos interesses liberais e "o governo logo começa a encontrar obstáculos como a escassez de verba para a educação pública" (GERMANO, 2011, p. 104). Assim, a política educacional resulta da correlação de forças sociais existentes em determinado contexto histórico.

No Brasil pós-1964 pode-se afirmar que, no essencial ela foi uma expressão da dominação burguesa, viabilizada pela ação política dos militares. O regime militar continuava nos mesmos trilhos da precarização do ensino primário no país, com o incentivo à participação do privado na expansão do sistema educacional com a consequente desqualificação da escola pública.

Reconquistado o período democrático no país, as discussões acerca das diretrizes de ensino no Brasil ressurgiram em consonância com os preceitos constitucionais de 1988. Nesse sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL) – LDB, Lei n.º 9.394 – foi promulgada em 20 de dezembro de 1996, a fim de fixar diretrizes e bases de fortalecimento da educação nacional, assim como regulamentou e regulou a estrutura de funcionamento das políticas educacionais, em instituições públicas e privadas. A positivação do direito à educação não perdeu a atualidade e precisa ser

constantemente revisada, em razão do surgimento de novas demandas educacionais no Brasil. A última reforma desta legislação ocorreu no ano de 2019, renovando a extrema relevância de observação dos seus termos.

No entanto, a mudança legislativa não se faz suficiente enquanto não houver engajamento em uma mudança política, econômica e social de tratativa do tema. Em observância às palavras de Pablo Gentili (1996), o que as etnografias da escola não podem mostrar é a forma institucional do sistema de ensino como um todo. A seletividade dos níveis mais altos significa uma oferta limitada de educação, que força desempenhos desiguais, esforce-se ou não o sistema para oferecer oportunidades iguais.

Para além dos desempenhos desiguais provocados pela organização do sistema educacional – como um resultado da dimensão estrutural de manutenção das dissemelhanças econômicas, políticas, culturais, de gênero e raciais, sobretudo – há uma distribuição desigual do direito à educação no país. As discrepâncias acerca do acesso à educação estão pautadas na distribuição desigual dos espaços de ensino no país – observe-se, por exemplo, a precarização dos prédios escolares de regiões interioranas, sobretudo na região Nordeste; a privação de recursos do ensino público; e a necessidade, nas zonas rurais, de grandes deslocamentos para acesso às escolas –, bem como na qualidade destinada ao ensino público.

Ainda, a necessidade de inserção precoce no mercado de trabalho, como forma de promover a renda familiar, geralmente se sobrepõe à possibilidade de estudo e a permanência escolar resta prejudicada. Esse é mais um reflexo das políticas econômicas atuais, sobretudo como produto de uma superestrutura capitalista e liberal, que relega às classes sociais marginalizadas a condição de trabalho servil.

Dentre a população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019a), atualmente, 11,3 milhões de pessoas acima de 15 anos são analfabetas, o que corresponde ao percentual de 6,8% dos brasileiros. O país não conseguiu atingir a meta de 6,5% de analfabetismo, prevista para o ano de 2015, através do Plano de Nacional de Educação. De acordo com a perspectiva otimista do programa, até 2024 o Brasil não teria mais pessoas com idade acima de 15 anos sem saber ler e escrever. A Região Nordeste lidera o ranking nacional com taxa de 13,9% (IBGE, 2019b, p. 2).

Ante essa persistente realidade histórica brasileira, é preciso que as políticas públicas desenvolvidas no sentido de mudança e progressão tenham assiduidade e persistência na atuação, sobretudo no interior do país, onde, historicamente, a privação de ensino e escolarização se mostram de maneira mais contundente.

3. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E CIDADANIA

Essência da cidadania, a participação política é fator fundamental para a concretização de expectativas legítimas no âmbito democrático. Ingo Wolfgang Sarlet (2018) ressalta que é pelo usufruto dos direitos de participação política – ativos e passivos – que o indivíduo não poderá ser reduzido à condição de objeto das vontades fracionárias e extrínsecas. Em outros termos, que o mesmo não seja um súdito,

posto o fundamento do Estado Constitucional Democrático de Direito e seu sentido de legitimidade a partir da emissão das vontades mediante a soberania popular.

O indivíduo, como cidadão, terá assegurado o seu condicionamento de sujeito do procedimento de decisão sobre a sua vida e a da comunidade que integra. A democracia constitucional, assim, não poderá ser apenas formal, deve ela ser de caráter material, efetivar-se e legitimar-se na realidade fática de forma permanente, motivo pelo qual a integração de todos ao âmbito educacional é fonte da efetiva atividade política, cujos mecanismos discursivos se mostram mais abrangentes e ao dispor de todos os participantes de uma comunidade.

Consoante as especificidades do mundo contemporâneo, Habermas (1997) destaca a relação concomitante do cidadão como indivíduo e homem geral. Nessa condição – na qual o cidadão se apresente como eu singular e geral – a democracia se configura como um campo privilegiado de discussão, especialmente no que tange ao aspecto deliberativo. Não obstante, esse entendimento traz consigo um modo de vivência da política, a partir da sua capacidade de mediação dos problemas que cercam a sociedade, utilizando-se de um aspecto da razão prática que se traduz pela racionalidade comunicativa, que contempla o agir motivado pelo entendimento.

Cumpre destacar o papel do Direito e a amplitude dos seus reflexos na sociedade. Segundo as ideias de Habermas:

> [...] o conceito do direito moderno - que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático,* desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora "da vontade unida e coincidente de todos" os cidadãos livres e iguais (1997, p. 53).

Em outras palavras, para que uma sociedade conviva e faça prevalecer os direitos fundamentais e seu sentido democrático é preciso haver um liame com o valor universal que se encontra atrelado a eles. A força socialmente integradora não pode se dar em uma comunidade eticamente fragmentada. A cultura dos direitos fundamentais garantirá, assim, que, além de participar das discussões políticas na esfera pública, os indivíduos possam influenciar nos encaminhamentos, preenchendo o hiato que se constata entre o disposto na constituição e a efetividade daquilo que ela preconiza.

Habermas[1] (1997) afirma que a síndrome do privatismo da cidadania, na linha dos interesses de clientes, torna-se mais plausível conforme a economia e o Estado desenvolvem um sentido sistemático próprio, deslocando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização. Os sistemas da Economia e da Administração tendem a fechar-se contra seus mundos circundantes e obedecer exclusivamente aos próprios imperativos[1]16 do dinheiro e do poder administrativo.

Existe, ainda, a questão da invisibilidade dos cidadãos – aqui, os analfabetos –, como um problema estrutural do modelo de democracia fundamentada na razão instrumental, que serve de fonte para benefícios individuais – próprios de sistemas de interesses excludentes – que impede(m) o desenvolvimento da autonomia e da cidadania de indivíduos na comunidade democrática. Neste ponto, os fatores que levam a uma cultura política esclarecida pressupõem a ideia de autonomia e liberdade dos indivíduos componentes da sociedade, visto que as desigualdades socioeconômicas podem dificultar a participação dos cidadãos nas arenas deliberativas.

No que concerne ao aspecto de uma democracia em sentido material, deve haver a relevância dos partidos políticos, pessoas mobilizadas, movimentos sociais e outros grupos mais, com o escopo de gerar o debate de ideais e de proposição autônoma, ou seja, lançar mão de temas a serem possivelmente institucionalizados e impedir que os temas e as discussões sejam influenciados por poderes restritos. Então, o debate público será praticado com a participação da sociedade civil, mas esta não tem o poder imanente de decidir os pontos a serem institucionalizados pelo direito, introduzindo-se, portanto, o sistema parlamentar, responsável por pontuar e pautar os assuntos advindos da esfera pública e da sociedade civil.

Faz-se necessário, ademais, enfatizar a importância do Poder Legislativo como o meio próprio de conversação que uma democracia constitucional possibilita. Trata-se de um órgão portador de uma função educativa, que o faz possuir a responsabilidade de garantir a deliberação acerca das temáticas políticas. A democracia, por conseguinte, não deve se restringir ao aspecto do sufrágio universal como legitimador do seu conteúdo, pois é preciso haver a ampla discussão entre as esferas citadas.

Ainda que a ideia de sufrágio universal avance, a mera delegação de poder decisório impede a prevalência do conceito de democracia participativa. O parlamento, a partir da distância em relação à sociedade, passa a contrariar o próprio sentido do seu campo, já que o Legislativo tem por uma das funções primordiais promover o diálogo com os atores sociais.

A pluralidade e a participação política são tanto mais fragilizadas quanto menor o respeito dos atores sócio-políticos para com os critérios constitucionais estabelecidos. Aumenta-se, por consequência, a exclusão social e a desigualdade, já que o sistema político, junto a outros campos correlatos, passa a compor um grupo próprio e autônomo que visa a operacionalizar perspectivas de satisfação de interesses pri-

[1] Habermas, ao criticar o que denomina de razão instrumental, afirma que, quando há o uso dela – por parte do Estado e da Economia – passa-se a imperar a lógica de sistemas próprios de satisfação, culminando na sobreposição do agir instrumental em relação ao agir comunicativo, de modo a excluir cidadãos e os afastando à margem periférica das decisões e da participação da vida política da comunidade.

vados.

Para além de uma pretensão de organização estatal, Peter Härbele (1997), por sua vez, vê a constituição como uma fonte de sistematização também de outras searas, razão pela qual elege os direitos fundamentais e outras cláusulas – também relevantes – como pressupostos de uma democracia constitucional vivente do próprio conteúdo da constituição, inclusive por meio da educação. É de tal modo que o pluralismo da sociedade, segundo o autor mencionado, deve ser dirigido.

Os direitos fundamentais traduzem-se na viabilidade do status da cidadania e fortalecimento do indivíduo, pois promovem a autonomia e as liberdades públicas. Complementando a ideia da participação política como fonte imprescindível da constituição-garantia dos direitos, o sentindo da sociedade dos cidadãos processa um ideal de participação que objetiva incluir cada vez mais pessoas ao debate público.

Há, portanto, o deslocamento da centralidade das discussões no Estado para a ampliação do debate em nível do homem geral, o que pressupõe, assim, a tese da relevância dos direitos fundamentais para a consagração de um debate público equilibrado, revelando a importância da inclusão de todos.

Portanto, segundo Dominique Rousseau (2018, p. 237) "a forma eleitoral da democracia, que é produto da história, é uma forma superável da democracia". A democracia não deve se restringir ao sufrágio universal, à via eleitoral. Torna-se preciso buscar a ampliação das condições democráticas e atribuição, com participação, cada vez maior de direitos aos indivíduos.

Tal tese implica, assim, no alcance de uma educação para todos e de qualidade. Sendo assim, o fator educacional se mostra imprescindível para a atomização das possibilidades do aspecto da análise conjuntural e dos atores da sociedade utilizarem de meios teóricos para a ocorrência das deliberações.

4. A EDUCAÇÃO COMO ESTRUTURA FUNDAMENTAL DE UMA SOCIEDADE POLITICAMENTE ORGANIZADA

O analfabetismo, como produto de uma falha organizatória de uma sociedade, faz reproduzir experiências e situações que dificultam, em certo sentido, a interação democrática, já que, embora os indivíduos não portadores de uma educação em sentido formal possuam capacidade prática de análise e participação, o âmbito teórico de abrangência também se mostra importante e potencializador da realidade prática. A partir da perspectiva da construção de uma sociedade politicamente organizada, é fundamental que esta efetive o direito à educação como fundamental e inicial da sua estrutura política organizacional.

Constituição e educação, assim, são reciprocamente dependentes, posto o caráter cultural de vivência do conteúdo constitucional, o que implica na relevância da participação política. Trata-se de uma perspectiva de constituição em sentido organizatório que faz definir papéis em uma sociedade. Importa analisar, assim, qual papel caberá ao Estado, seus órgãos e suas instituições, bem como aos indivíduos pertencentes à sociedade civil. A constituição possui espaço fundamental no sentido de

preceder o Estado, pois tem a responsabilidade de atribuir tarefas, inclusive definindo o rol e a competência dos direitos fundamentais, aqui, especificamente, o da educação.

Segundo Ingo Sarlet (2018, p. 671), "o direito à educação engloba um conjunto de deveres para o poder público". Este é o motivo pelo qual, conforme assevera J. J. Gomes Canotilho (2000), os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas,* e não como meros trechos ostentatórios das constituições. Há a imprescindibilidade, então, de consagrar direitos de forma positivada como resultado de um processo histórico de lutas e reivindicações, tratando-se, pois, de cláusulas relevantes no ordenamento jurídico que servem de fundamentos para a comunidade política.

Refere-se, por assim dizer, às necessidades básicas promulgadas, o que emite a mensagem de respaldo e de respeito, sobretudo no que tange aos valores de uma comunidade politicamente organizada. Afinal, o Estado, sendo capaz de codificar direitos fundamentais em sua constituição, deve aceitar tais garantias como pressupostos para toda sua ordem jurídica, o que garante à sociedade, teoricamente, a gerência de vida para além do ato de votar, em busca da efetivação das normas jurídicas consagradas constitucionalmente.

O pedagogo Paulo Freire (1987), por sua vez, afirma que os oprimidos, aqui entendidos como os analfabetos, nos variados momentos de sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, objetivando o *Ser mais,* o que conduz à prática através de uma ação cultural. Então, segundo o autor "a democracia demanda estruturas democratizantes e não estruturas inibidoras da presença participativa da sociedade civil no comando da res-pública" (FREIRE, 2001, p. 38).

Em forma de complemento, assevera Paula Mangialardo Golin (2005, p. 4) que "o direito à educação é instrumental essencial para a sobrevivência do Estado de Direito, porque ele enseja a própria condição de desenvolvimento da personalidade humana de cada indivíduo, fundamental para que se formem cidadãos". É assim, portanto, que expressa o art. 205 da Constituição Federal do Brasil de 1988, destacando a relevância da função estatal e o exercício da cidadania. O mesmo dispositivo constitucional frisa, ademais, que a educação é direito de todos, o que configura o fornecimento de políticas públicas para os excluídos, já que estes, através de uma perspectiva histórico-social, necessitam de fatores compensatórios e reparatórios.

O conhecimento adquirido pelo sentido educacional de preparação teórica traduz-se, assim, na viabilidade do status de cidadania e no fortalecimento do indivíduo, pois promove a autonomia e as liberdades públicas, de modo a se entrelaçar com as práticas concretas do indivíduo. Fontes inarredáveis de conhecimento, o estudo teórico e a vivência prática possibilitam a aproximação de pensamentos e a responsabilidade de conjugar distintas experiências, de modo a desenvolver a capacidade de pensamento e ampliar o arcabouço de conhecimentos do indivíduo.

São aspectos que contribuem para a formação do ser cidadão, à medida que o prepara para a convivência diante de acentuados contrastes. Tal caminho suscita

possibilidades, especialmente no que concerne à alteridade, uma vez que permite a abertura de novos horizontes compatíveis com uma cosmovisão mais flexível e abrangente, na qual se impõe o olhar reflexivo, crítico e plural.

Com isso, há a consolidação da ideia de educação como estrutura de transformação dos sujeitos, uma vez que cristaliza o entendimento de que o conhecimento está disponível para todos, tornando possível a quaisquer pessoas alcançar os seus objetivos e servir de vetor para a disseminação da cultura e do conhecimento em diversos níveis. A democracia, em razão disso, é contemplada, na medida em que sua efetividade mostra-se contundente na realidade social, transformando-a e, concomitantemente, vivendo e se renovando dos seus aspectos.

Depreende-se, então, que a educação seria ponto fundamental para o pleno exercício da cidadania. Promover ações afirmativas significa estimular e ampliar o acesso à cidadania ativa pelas minorias, o que torna imprescindível a criação/manutenção de programas especiais de no que concerne ao aspecto educacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como consequência lógica e direta da histórica negligência educacional e escolar do Brasil, o analfabetismo supera a simples ausência, por parte do indivíduo, da capacidade de domínio da linguagem escrita. Afinal, o *déficit* gerado pela falta de oportunidade em beneficiar-se da educação formal prejudica o desenvolvimento da autonomia e da cidadania dos indivíduos analfabetos, qualidades que se constituem indispensáveis para o pleno exercício da participação política.

Portanto, há que se observar o direito à educação enquanto capacitação formal necessária ao exercício de direitos políticos, como o voto, e de reconhecimento de demandas sociais legítimas. Nesse sentido, a inacessibilidade ou impossibilidade da educação formal aos cidadãos revela-se como uma barreira ao exercício pleno dos seus direitos políticos, além de infringir direito social expressamente assegurado pela Constituição Federal.

O direito à educação pressupõe uma prestação positiva por parte do poder público, a fim de assegurá-lo formal e institucionalmente. A indiligência do Estado em promover, através do cumprimento do seu dever regular na seara educacional e de políticas públicas, o amplo acesso à educação de qualidade por parte de todos os cidadãos acaba por culminar na inconsonância fática da ideia de sociedade civil, haja vista a minoração do poder de voz, representação e influência submetida ao cidadão analfabeto.

A participação política é, historicamente, suprimida por uma realidade política, econômica e social pautada na institucionalização e na manutenção de desigualdades sociais de acesso à efetiva participação cidadã, que vai além do mero exercício do sufrágio universal.

O Estado brasileiro tem sido falho na asseguração do direito à educação como um direito social básico das coletividades, visto que, apesar da sua previsão constitucional, não atinge materialmente a todos. A realidade atual é produto da tentativa

constante de manutenção da engenhosidade estrutural do poder social elitista e dominante, que marginaliza os indivíduos através de uma política educacional excludente e desigual, esculpindo-os a partir de uma posição de dominação frente aos sistemas político e econômicos do país, compostos por grupos privilegiados.

Diante das temáticas apresentadas, sustenta-se a tese de que o exercício da cidadania em uma sociedade civil e democrática configura-se como mais do que o direito universal ao voto, estando diretamente relacionado à capacidade deliberativa dos cidadãos, potencializada pelo direito à educação.

Faz-se presente a defesa do alcance de uma educação de qualidade para todos, proporcionada regularmente e através de políticas públicas que superem a ineficácia e a inoperância, rompendo o ciclo de descaso da prestação estatal e de perpetuação das desigualdades sociais relacionadas à carência da educação formal básica.

A eficácia do direito à educação, como também dos demais direitos fundamentais, é indispensável para a construção de uma democracia consolidada não apenas no plano formal-constitucional, mas, sobretudo, no funcionamento das instituições sociais e na concretização material dos direitos e garantias formalmente assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. LEI n.º 9.394, 20 de dezembro de 1996. Lei de diretrizes e bases (LDB). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9394-20-dezembro-1996-362578-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19 de set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CUNHA, Luiz Antônio. *Educação, Estado e democracia no Brasil.* São Paulo: Cortez, 1991

FONSECA, Marília. O Banco Mundial e a educação: reflexões sobre o caso brasileiro. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão - crítica ao neoliberalismo em educação.* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido.* 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Política e educação: ensaios.* 5 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GENTILI, Pablo. Adeus à escola pública: a desordem neoliberal, a violência do mercado e o destino da educação das maiorias. In: _____ (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação.* 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GERMANO, José Willington. *Estado militar e educação no Brasil.* 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

GOLIN, P. M. O direito a educação na democracia brasileira e a questão da sua efetividade. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR,* Curitiba, v. 43, p. 1-16, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

IBGE. Brasil. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados.html>. Acesso em: 17 de set. 2019a.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios Contínua. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf>. Acesso em: 17 de set. 2019b.

LEÃO, Silse Teixeira de Freitas Lemos. Breve análise sócio-histórica da política educacional brasileira: ensino fundamental. *II Jornada Internacional de Políticas Públicas, Mundialização e Estados Nacionais: a questão da emancipação e da soberania.* São Luís: ago. 2005.

SARLET, Ingo. Direitos fundamentais em espécie. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARTLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA. Jane Aparecida Gonçalves de. *Avaliação X Relações de Poder: um estudo sobre o projeto Nova Escola/Rio de Janeiro.* 2007. Dissertação (Mestrado em ciências sociais) – UFJF. Juiz de Fora.

ROUSSEAU, Dominique. Constitucionalismo e democracia. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,* São Leopoldo, v. 10, n. 3, p. 228-237, set/dez. 2018.

RIBEIRO, Maria Luisa S. *História da educação brasileira - A organização escolar.* São Paulo: Cortez, 1991.

Artigo Científico

FAKE NEWS E DEMOCRACIA: UMA INVESTIGAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE DA DESINFORMAÇÃO NO BRASIL

FAKE NEWS AND DEMOCRACY: AN INVESTIGATION OF DESINFORMATION CONTROL MECHANISMS IN BRAZIL

Poliane Carvalho Almeida*

Resumo: O artigo busca investigar as implicações advindas do fenômeno das *fake news*, apontando os danos para o Estado Democrático que delas decorrem. Foram analisados os principais fatores histórico-sociais e políticos que alavancaram a propagação das notícias falsas na esfera eleitoral. Estas análises exigiram a compreensão do uso de *fake news* como uma estratégia de maximização de ganho e manipulação da opinião pública, apreciados sob a luz da Teoria da Escolha Racional e da Teoria da Opinião Pública atribuída ao povo. Tendo em vista que as lesões decorrentes das *fake news* propiciaram a apresentação de mecanismos de controle pelo Estado e por instituições privadas, buscou-se compreender as problemáticas que incorrem destes mecanismos para a Democracia. Como metodologia, o estudo se baseou na revisão de literatura teórica dos campos das Ciências Políticas, Sociais e da Filosofia, bem como na revisão de banco de dados oficiais, que demonstrou-se fundamental para aferir o aumento expressivo do uso da *Internet* no Brasil. Ademais, a revisão bibliográfica de artigos científicos, doutrinas jurídicas e notícias acerca das implicações das *fake news* para o Direito, fez-se extremamente relevante para as conclusões desta pesquisa. Atingidos tais objetivos, aduziu-se que as falhas apresentadas nos mecanismos de controle de *fake news* implicam sérios riscos ao Estado Democrático de Direito, o que concede um espaço fundamental à educação digital e aos debates entre sociedade e instituições interessadas, seguindo os ritos constitucionais da Democracia participativa.

Palavras-chave: *Fake news*. Mecanismos de Controle. Desinformação. Democracia.

Abstract: *The article seeks to investigate the implications of the phenomenon of fake news, identifying the damage to the fundamental rights that results from them. The main historical, social and political factors that leveraged the spread of false news in the electoral environment were analyzed. These analyzes demanded the understanding of the use of fake news as a strategy to maximize gain and manipulation of public opinion, appreciated by the Rational Choice theory and the Theory of Public Opinion attributed to the people. Considering that the injuries emerged from fake news caused the making of control mechanisms by the State and by private institutions, we sought to understand*

* Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Com estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Pesquisadora-discente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Monitora bolsista da Graduação do Uniceub.
E-mail: almeidacpolly@gmail.com. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/6930244425987230

the problems that these mechanisms incur for Democracy. As a methodology, the study was based on the review of theoretical literature in the fields of Political, Social Sciences and Philosophy, as well as on the review of official databases, which proved to be fundamental to assess the expressive increase in the use of the Internet in Brazil. In addition, the bibliographic review of scientific articles, legal doctrines and news about the implications of fake news for Law, became extremely relevant to the conclusions of this research. Achieving these objectives, it was argued that the shortcoming in the control mechanisms of fake news implies serious risks to the Rule of Law and Democracy, which provides a fundamental ground for digital education and debates between society and interested institutions, following the constitutional rites of Participative Democracy.

Keywords: *Fake news. Control mechanisms. Desinformation. Democracy.*

1. INTRODUÇÃO

As considerações desta pesquisa abarcam uma análise jurídica, social e histórica acerca das *fake news*, em que pese serem esses elementos essenciais para a construção de conhecimento crítico e democrático e para esta produção científica. Apesar de dotada de embasamento jurídico, faz-se relevante aqui a contextualização da conduta social dentro de um determinado período histórico: o da contemporaneidade. Muito bem desenvolvida por Bauman (2007), e campo propício para a difusão do objeto de estudo deste artigo.

O mundo vive uma verdadeira revolução em termos de comunicação e conexões proporcionadas pela *Internet*. A era digital não muda apenas a forma como o mundo se comunica, mas traz consigo um novo modelo de ordem social que, ao mesmo tempo que nos traz grandes avanços, também nos desafia a solucionar os problemas que deles advém.

Com o desenvolvimento das plataformas de comunicação digital, as notícias se espalham em ritmo acelerado e podem atravessar continentes em questão de segundos. Essa facilidade na troca de informações, no entanto, está sujeita a falhas, oriundas de uma falsa percepção gerada pela falha da interpretação, ou, em um contexto perverso, as referidas falhas advêm de uma vontade deliberada de alterar a percepção do próximo. No segundo contexto, surgem as *fake news*.

As *fake news*, como é internacionalmente conhecido o fenômeno de divulgação de notícias falsas, pode ser conceituado, segundo Braga (2018), como "a disseminação, por qualquer meio de comunicação, de notícias sabidamente falsas com o intuito de atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica."

RAIS (2018) define *fake news* como "notícias fraudulentas", sendo consideradas como conteúdo propositalmente falso e com capacidade de provocar danos. À luz desse entendimento, as notícias fraudulentas encabeçam três elementos fundamentais em seu conteúdo: falsidade, dolo e danos (RAIS, 2018).

O contexto histórico social dos últimos anos tem demonstrado que, de fato, o risco da disseminação de *fake news* é real e danoso para o Estado Democrático de Di-

reito, o atingindo em sua essência. Isso porque as notícias fraudulentas têm a capacidade potencial de influenciar a formação de opinião política e consequentemente o resultado de um pleito eleitoral. Ou seja, a emanação do poder pelo povo no exercício de escolha de seus representantes políticos, direito elencado no primeiro artigo da Constituição Federal.

Em busca da desconstrução dos elementos de falsidade, dolo e danos, faz-se necessário a instigação de alguns questionamentos essenciais para solucionar, ou diminuir, os riscos causados pela disseminação das *fake news*. *Prima facie:* como definir o que é falso? A quem será atribuída a competência de definir falsidade e quantificar o dolo existente? Como mensurar o dano sofrido?

Estas são questões centrais que permeiam o debate e marcam a complexidade existente na formação de uma solução aos danos causados pelas notícias falsas. Diante desses pontos centrais e em conjunto com o arcabouço jurídico já desenvolvido pela comunidade científica é que se pretende responder a estas indagações.

Para além da construção dessas respostas, pretende-se analisar a validade dos mecanismos de controle da disseminação de *fake news* à luz da Democracia, como a auto regulação pelas próprias plataformas de comunicação digital, a regulação pelo Estado - a exemplo do Projeto de Lei nº 2630 de 2020 (Lei das *Fake News*), aprovado pelo Senado Federal em 30/06/2020, e, pela educação digital e informacional como forma de combate às *fake news*.

Recorrendo ao Contrato Social de Rousseau, poderíamos pensar pura e simplesmente na regulação normativa como solução às problemáticas advindas das comunicações digitais, visto seu entendimento "da necessidade do contrato social para garantir os direitos da coletividade" (ROUSSEAU, 2019, p. 4).

Entretanto, faz-se relevante ponderar o que há de mais valioso ao Estado Democrático de Direito e que está aqui em questão: os direitos fundamentais postos em causa em cada mecanismo de controle discorrido. Esses direitos, em conjunto com os princípios postulados na Constituição, no ato de aplicação, estão sujeitos a uma valoração para serem então aplicados (BARCELLOS, 2011). Essa valoração se dará, portanto, através de outro princípio: o da proporcionalidade.

Ora, é certo que as liberdades são grandes pilares da nossa Democracia. Entretanto, importa questionar: Qual a relevância das liberdades quando estas colocam em causa a própria Democracia?

Sobre isso, em seu voto no julgamento sobre a constitucionalidade da Lei de Imprensa, ensinou o ministro Menezes Direito, do Supremo Tribunal Federal, (2009):

> Não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas. Quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço

da livre circulação das ideias.

Nesse contexto, pretende-se abordar, neste trabalho, a validade e eficácia dos mecanismos de controle supramencionados para cercear a disseminação de notícias fraudulentas, fazendo um recorte da fronteira tênue existente entre a necessidade de controle da disseminação de *fake news* e os riscos de violação a Democracia, sob uma perspectiva da Teoria Democrática de Sartori (1965).

Tal Teoria enfatiza o fato de que os fatos expoentes da Democracia são padrões de comportamento moldado por ideias. Ou seja, o fato-valor é elemento constitutivo da Democracia. Desse modo, o ideal democrático não define a realidade. Tampouco a realidade define a democracia, mas o regime político resulta da interação entre a realidade e seus ideais (SARTORI, 1994, p. 24).

Para adentrar nessa temática, indispensável buscar uma definição atual de Democracia. Tarefa árdua, haja vista a sua fluidez conceitual. Apesar de vários povos terem desenvolvido formas primitivas de Democracia, à vista do nosso referencial ocidental europeu, aponta-se a Grécia como o seu berço.

A etimologia de *demokratia*, de origem grega, tem em sua base as palavras *demos*, que significa "povo, distrito" e *kratia,* por sua vez, significa "domínio, poder". A sua junção traz o significado de "poder do povo".

Entretanto, o que significava Democracia no mundo antigo se difere da Democracia contemporânea. Para este estudo, importa apenas a segunda. Nesse sentido, Ricardo Luiz Souza (2018) afirma que as democracias ocidentais seguem o regime idealizado por Montesquieu, o que exige a compreensão da Democracia como uma forma de governo republicano, pensado como "aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas parte do povo, possui o poder soberano" (MONTESQUIEU, 2010). Diante disso, será este o conceito utilizado como base neste artigo.

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-SOCIAL E JURÍDICO DAS *FAKE NEWS*

Não é possível analisar um fenômeno sem a identificação do contexto periódico do tempo em que os fatos ocorreram. Não à toa a História é considerada um referencial das representações sociais (CHARTIER, 1988), que caminha ao encontro de uma reflexão crítica baseada no contexto vivido.

Afirma Bauman (2007), que a velocidade das mudanças é característica fundamental da pós-modernidade, portanto, a vida do indivíduo pós-moderno não pode permanecer estática. O que importa nela não é a duração dos acontecimentos, e sim a velocidade.

a. Fatores sociais do avanço das *fake news*

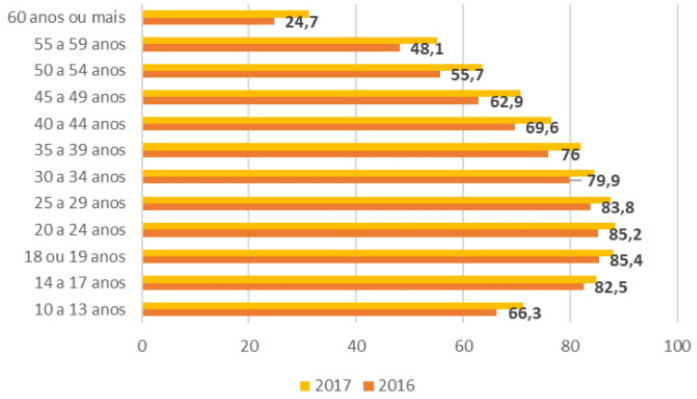
A perecibilidade da liquidez das relações abordada por Bauman (2007) pode ser confirmada tendo em vista o avanço da comunicação em uma conjuntura social global, que faz com que a informação seja cada vez mais veloz, e, consequentemente,

alcance um maior número de pessoas.

Esse avanço seguiu a mesma linhagem no território brasileiro, marcado pela democratização da disponibilidade da *Internet*.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua TIC 2017), publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2018, apontam que, de 2016 para 2017, o percentual de utilização da *Internet* nos domicílios subiu de 69,3% para 74,9%. Esse aumento pode ser traduzido a um universo de utilização da *Internet* em três a cada quatro domicílios brasileiros, como pode-se aferir dos seguintes dados:

Percentual de pessoas que utilizaram a Internet no período de referência dos últimos três meses, na população de 10 anos ou mais de idade, segundo os grupos de idade – Brasil – 2016 e 2017



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua 2016-2017
(Elaboração própria.)

Ainda segundo os dados da pesquisa, 95,5% dos usuários entram na *Internet* para trocar mensagens por aplicativos, através de mensagens de texto, voz ou imagens (IBGE, 2018).

Esse cenário é importante para entender por que o uso de *fake news* pode ser uma estratégia de baixíssimo custo para manipular diretamente a opinião pública e para aumentar o alcance de alguma informação.

Como consequência do avanço demonstrado e do aumento da disponibilidade de acesso à informação, gerou-se uma grande mudança participativa no cenário político brasileiro. Isto porque, com a aproximação das eleições, a facilidade no acesso à informação propiciou um crescimento do consumo de informações relacionadas à política e aos candidatos elegíveis.

Da perspectiva da Teoria da Escolha Racional (DOWNS, 1957), em que parte-se do pressuposto de que o comportamento social e político são calculados de modo a maximizarem seus ganhos, pode-se presumir que o custo para os candidatos elegíveis é consideravelmente reduzido nesse modelo digital, acessado na palma da mão, se comparado aos modelos tradicionais utilizados antes do avanço das plataformas sociais.

Ora, se uma informação política transmitida através de uma rede social, buscada por iniciativa do próprio usuário, tem um custo baixo, de forma que maximiza os ganhos dos candidatos elegíveis, o quanto não será ainda mais reduzido o custo de transmitir essa mesma informação política pretensiosamente publicada e espalhada de forma exponencial?

Anthony Downs, ao aplicar a Teoria da Escolha Racional à Ciência política, em 1957, provavelmente não dimensionou o quanto seria ela aplicável de maneira cíclica e imensurável até o contexto eleitoral pós-moderno. Tampouco que o mundo se depararia com um fenômeno que maximiza o ganho, ao mesmo tempo que manipula a formação da escolha política do cidadão: as *fake news*.

Tendo em vista o contexto temporal das notícias falsas no Brasil, estima-se que em 2014 houve o primeiro registro indiciado pela Polícia Federal em razão da disseminação de *fake news*. Segundo o G1 (2018), um empresário do Espírito Santo compartilhou uma pesquisa eleitoral inverídica com cunho proposital, utilizando de um mecanismo para que o endereço eletrônico onde se encontrava a enquete fosse semelhante a um jornal local de bastante credibilidade, causando uma falsa impressão ao leitor (VEJA, 2018).

Pela tentativa de manipulação do eleitorado baseada em uma notícia falsa, houve denúncia pelas práticas de crimes de (a) divulgação de pesquisa fraudulenta e (b) impedimento do exercício do sufrágio, ambos objetos de sanção pela justiça eleitoral.

Já em 2016 e sob uma perspectiva internacional, um grande marco da ascensão de *fake news* como estratégia de manipulação de votos, a nível global, se dá pelas eleições nos Estados Unidos. Não à toa, o Dicionário de Oxford definiu como a palavra do ano de 2016 o termo pós-verdade, caracterizando-a como "circunstâncias em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que emoções e crenças pessoais" (ENGLISH OXFORD DICTIONARIES, 2016).

A título de exemplo de *fake news* disseminadas nas referidas eleições, publicações nas redes sociais com notícias como "O papa Francisco choca o mundo e endossa candidatura de Donald Trump para presidente" foram viralizadas nas plataformas digitais, assim como o discurso do atual presidente dos Estados Unidos, o qual repetiu três vezes o fato de que Barack Obama teria sido o fundados do Estado Islâmico. Tais notícias chegaram a atingir 10 milhões de compartilhamentos no Facebook, segundo a Foreign Policy (2019).

É certo que discursos como esse transbordam preconceito e intolerância. E, embora já existisse a prática reiterada de espalhamento de notícias falsas durante o período eleitoral, esse clima de intolerância política reverberou na sociedade brasileira e

marcou também as eleições de 2018 no Estado Federal Brasileiro.

Ao fazer gestos de arma com as mãos, o candidato e então presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, sinalizava a liberação de armas no país como pauta de sua campanha (BERNARDI, 2019), e, após ser vítima de uma facada no abdômen durante ato em Minas Gerais, o incidente gerou incontáveis *fake news* e foi considerado como chave na corrida eleitoral (CODING RIGHTS, 2018).

O cenário eleitoral brasileiro de 2018 no Brasil se assimila fortemente com o de 2016 nos Estados Unidos, principalmente no que diz respeito ao uso de redes sociais, ao candidato a presidente eleito e o fenômeno das *fake news* (CERNOV, 2019).

À luz do desenvolvimento histórico e social das *fake news* até os dias atuais, extremamente relevante para a formação de um pensamento crítico e embasado, faz-se importante, agora, discorrer sobre as medidas adotadas pela comunidade jurídica para solucionar os conflitos gerados pelas notícias fraudulentas.

b. O desenvolvimento jurisdicional das *fake news*

A primeira iniciativa no campo jurídico brasileiro para cerceamento da veiculação e disseminação de notícias falsas entrou em vigor em 9 de fevereiro de 1967, nomeada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967). Ocorre que, no ano em que a referida lei foi assinada, verificava-se um endurecimento do regime militar. Não obstante, de acordo com as previsões da norma, jornalistas e veículos de informação poderiam ser detidos ou multados caso publicassem algo que ofendesse a "moral e os bons costumes", tendo a pena aumentada em caso de difamação ou calúnia a alguma autoridade pública.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal promoveu julgamento histórico da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130 em 2009, decidindo pela incompatibilidade da Lei com a Constituição Federal. No julgamento, foi pontuado pela Ministra Carmen Lúcia que o fundamento da Constituição Federal é o da Democracia e que não há qualquer contraposição entre a liberdade de expressão e de imprensa com o valor da dignidade da pessoa humana, pelo contrário, o segundo princípio é reforçado diante de uma sociedade com imprensa livre (STF, 2009).

Subsequentemente, foi aprovado o Marco Civil da *Internet* (Lei 12.965/2014) durante o Governo Dilma, que buscou assegurar a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e a manutenção da liberdade de expressão, garantindo, assim, o sigilo dos dados pessoais dos brasileiros", segundo o Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) da época (Senado, 2014).

Releva contextualizar que a referida Lei foi aprovada como "uma resposta do Brasil à espionagem", nas palavras da então presidente Dilma Roussef (Senado, 2014). Isso em razão de que, no segundo semestre de 2013, Edward Snowden, denunciou um esquema de espionagem a cidadãos norte-americanos e estrangeiros por agências secretas dos Estados Unidos. Como reação à denúncia, a proibição de exercícios das atividades que envolvam coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados ou de comunicações também foi sancionado pelo Marco Civil da *Internet*.

Não obstante, até então não havia nenhuma legislação que abarcasse especificamente o tratamento de *fake news*, ainda que a conduta social aclamasse por uma, conforme visto anteriormente.

Diante disso, em 4 de junho de 2019, foi sancionada a Lei 13.834, que alterou a Lei nº 4.737 – Código Eleitoral, para tipificar o crime de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que a Lei é ampla e abre espaço para lacunas perversas, uma vez que não trata especificamente de que modo as notícias falsas seriam difundidas e nem abarca uma divergência entre o produtor do conteúdo e quem o compartilha.

A saber:

> Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral.

Com maior relevância no que toca à proximidade com a democratização dos atos públicos, pode-se citar a criação do Conselho Consultivo sobre *Internet* e Eleições (Portaria TSE nº 949, de 07/12/2017), o qual foi atribuído o desenvolvimento de pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da *Internet* nas eleições, tendo a possibilidade de propor ações e metas de aperfeiçoamento das normas. Sobre essa iniciativa, será melhor abordada à frente, analisando-a enquanto um dos mecanismos de controle às *fake news*.

Por fim, como marco mais recente de instrumento de combate a notícias falsas (ou tentativa de combate), encontra-se na mesa diretora da Câmara dos Deputados o texto da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet* (PL nº 2630/2020), conhecida como Lei das *Fake News*., aguardando votação pelo Parlamento.

O referido Projeto de Lei foi aprovado no Senado em 30/06/2020, e, segundo a Agência Senado (2020) tem como objetivo evitar notícias falsas que possam causar danos individuais ou coletivos e à Democracia.

As principais propostas do texto abarcam regras para coibir contas falsas e robôs, facilitar o rastreamento do envio de mensagens em massa e garantir a exclusão imediata de conteúdo racistas ou de outro cunho violador, por exemplo. Estes e demais pontos propostos na referida Lei serão analisados à frente, em capítulo próprio, em que pese a sua validade democrática enquanto mecanismo de controle.

À luz do entendimento de Hans Kelsen (1998), o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, logo, vai se moldando de acordo com o comportamento humano.

Verifica-se a aplicabilidade dessa Teoria pura do Direito, desenvolvida pelo autor

supracitado, quando conectamos todo o comportamento social desde o ano de 1967, e o relacionamos aos marcos jurisdicionais iniciados com a Lei de Imprensa e findado, até o momento, pelo projeto de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet* (Lei das *Fake News*).

Diante do exposto, faz-se extremamente relevante para o desenvolvimento eficiente desta pesquisa, a abordagem dos direitos fundamentais postos em causa desde a criação de uma notícia fraudulenta, até os processos de cerceamento propostos para combatê-la.

2. NOTÍCIAS FRAUDULENTAS: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CAUSA

O cenário promovido pelos canais de interação social transforma todo cidadão em um "potencial produtor de notícias ou de opiniões" (JÚNIOR, 2018, p. 133). Essa transformação, por um lado, promove uma oportunidade liberadora de fomentar informações ou divulgar opiniões para pessoas tradicionalmente excluídas da cúpula do poder (imprensa, TV ou rádio). Por outro lado, essa ascensão tem criado esferas de comunicação imunes a informação verdadeira e até mesmo imunes à dados científicos.

O primeiro ponto exposto aborda o direito à liberdade de expressão, primeiro direito fundamental em causa no objeto desta pesquisa, assegurado pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal. Já é firmado o entendimento sobre o exercício desse direito no caso de *fake news*, inclusive no cenário eleitoral. À título de exemplo, em um caso julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a Ministra Rosa Weber adotou o seguinte posicionamento (FALCÃO, 2018):

> Vale lembrar que a liberdade de expressão não abarca somente as opiniões inofensivas ou favoráveis, mas também aquelas que possam causas transtorno ou inquietar pessoas, pois a democracia se assenta no pluralismo de ideias e pensamentos. É natural que pessoas públicas, como o notório pré-candidato, estejam sujeitas a maior escrutínio por parte da opinião pública, o que não revela, por si só, violação dos direitos da personalidade.

Afere-se, à luz do exposto, a existência de um entendimento mais liberal, que pondera majoritariamente a liberdade de expressão para solução da lide.

Entretanto, quando a manifestação do pensamento é dotada de informações inverídicas surge um limitante a seu exercício. Diante disso, permeia um grande embate: o exercício da liberdade de expressão em detrimento do direito à informação verdadeira.

Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 572), o exercício da liberdade de expressão deve ser:

> o mais extenso possível, se modo a englobar opiniões, ideias,

> pontos de vista, convicções, críticas, tomadas de posição, juízos de valor sobre qualquer matéria ou assunto (questões políticas, econômicas, gastronômicas, astrológicas), em quaisquer que sejam as finalidades (influência da opinião pública, fins comerciais) e os critérios de valoração (verdade, justiça, beleza, racionais, emocionais, cognitivos, etc.)

Seguindo o mesmo entendimento, a liberdade de expressão nem mesmo "pressupõe sequer um dever de verdade perante os fatos, **embora isso possa vir a ser relevante nos juízos de valoração em caso de conflito com outros direitos ou fins constitucionalmente protegidos"** (CANOTILHO, MOREIRA, 2007, p. 572, grifo nosso)

Em concordância com Menezes Cordeiro (2016, p.199), nenhuma liberdade de comunicação justifica informações inverídicas, visto que a liberdade de comunicar exige uma verdade pura e sem equívocos.

À luz desse entendimento, afere-se que a necessidade de uma comunicação verídica é um limitante ao direito à liberdade de expressão.

Partindo dessa premissa e tendo o direito à informação verídica como norteador deste artigo, podemos seguir adiante na contextualização da terceira dimensão de direitos fundamentais colocados em causa no âmbito das *fake news*: os direitos políticos.

Direito político, segundo Pontes de Miranda (1960), é o "direito de participar da organização e funcionamento do Estado". Complementa Pedro Lenza (2009, p.785) que se trata de "instrumentos por meio dos quais a Constituição Federal garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente". Diante disso, percebe-se que a essência de tal direito se dá pelo sufrágio, expressando-se pela capacidade de votar, escolher seus representantes políticos e o direito de ser eleito.

Para construir a aplicabilidade de tais direitos na esfera da desinformação, não há necessidade de adentrar nos aspectos das prerrogativas para o gozo de direitos políticos, visto que este artigo se pauta em uma abordagem de cidadãos brasileiros nacionais, e que, portanto, gozam dos direitos políticos de forma plena.

Ora, a disseminação de notícias fraudulentas como estratégia de manipulação de opinião pública, ou de alcance de determinada informação, afeta diretamente o voto, garantido e obrigatório segundo a Constituição Federal.

Da perspectiva da Teoria da Democracia de Sartori (1965), a teoria da opinião pública atribuída ao povo visa explicar o comportamento eleitoral. Concluiu-se, através desta teoria, que a formação da preferência do eleitorado, a opinião pública, deve ser autônoma e independente.

Haja vista que os critérios de valoração do voto são formados a partir de informações de cunho eleitoral, *fake news* disseminadas tem grande potencial de violabi-

lidade da formação de opinião política da sociedade.

Não por outro motivo, surge a necessidade da criação de mecanismos de estudo e defesa contra a possibilidade de haver influência indevida na escolha de agentes políticos. Tais mecanismos têm sido elaborados por duas diferentes alternativas: (i) a de controle pelo Estado, através de legislação com poder sancionatório, e (ii) a de regulação pelas próprias plataformas digitais.

A legitimidade de cada mecanismo apontado deverá ser analisada a partir da sua conformidade com a Teoria da Democracia.

3. OS MECANISMOS DE CONTROLE DE FAKE NEWS À LUZ DA DEMOCRACIA

Diante das problemáticas enunciadas na contextualização histórico-social das *fake news*, e, em seguida, posto em causa a violabilidade de direitos fundamentais existente nessa esfera, concluiu-se pela necessidade de mecanismos de controle de notícias falsas.

O primeiro instrumento se dá pela regulação pelo Estado, através de legislação que possa combater a disseminação de *fake news*.

Contemporaneamente, ABBOUD e CAMPOS (2018), destacam que uma das maiores dificuldades no que toca a regulamentação e controle das *fake news* está no fato da propagação ocorrer principalmente por meio do mundo digital. A dificuldade de regulamentação delas passa pelos mesmos fatores do direito e do Estado se efetuarem o controle de qualquer tema referente ao universo da *Internet*.

Em caráter prático, a regulação de iniciativa estatal mais recente se encontra na mesa diretora da Câmara dos Deputados (Câmara dos Deputados, 2020), após aprovação por maioria no Senado em 30/06/2020: a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *Internet* (PL nº 2630/2020), famigerada Lei das *Fake News*.

O referido Projeto de Lei intenciona evitar notícias falsas que possam causar danos individuais ou coletivos e à Democracia e as medidas dispostas valerão para plataformas com mais de dois milhões de usuários, inclusive estrangeiras, que ofertem serviços ao público brasileiro.

Analisando sob o ponto de vista da Teoria da Democracia de Sartori (1965), nomeadamente a teoria do processo decisório político, o referido mecanismo de controle apresenta alguns riscos à Democracia. *Prima facie,* não houve amplo debate entre a sociedade e com os setores interessados.

Ora, segundo Sartori (1965, p. 287), o critério de definição de uma decisão coletivizada não é quem a toma, mas o seu alcance. Devido ao processo repentino de aprovação do referido projeto pelo Senado, em conjunto com a ausência de possível audiência pública ou outro modo de participação popular, se pressupõe que não hou-

ve alcance social suficiente para a relevância do tema.

Além disso, as formas de participação democráticas estão extremamente diminuídas pelo contexto global de distanciamento social gerado pela Covid-19, tornando este momento ainda mais inadequado, conforme entendimento da pesquisadora Mariana Valente (SÃO PAULO, 2020).

Ademais, algumas medidas previstas colocam em risco a privacidade dos usuários. Como por exemplo, o artigo 10 do Projeto de Lei dispõe que os serviços de mensageria privada devem guardar os registros dos envios de mensagens veiculadas em encaminhamentos em massa, pelo período de três meses.

Tecnicamente, a medida é viável. Entretanto, submete a sociedade a uma coleta maciça de seus dados, que podem ser usados para perseguição política, criminalização de movimentos sociais e violação de sigilo jornalístico. Afinal, essa medida incorre em delegar aos governantes a decisão do que é verdadeiro ou falso, deixando o processo decisório totalmente à mercê de seus próprios interesses particulares.

O segundo mecanismo de controle proposto à análise neste artigo, é o de regulação pelas próprias plataformas de comunicação digital: as redes sociais. Encontra lugar no estudo de tal regulação o instituto da autorregulação regulada (COLLIN, 2014), o qual pretende trabalhar o liame entre a regulação pelo Estado e a autorregulação pelas plataformas digitais.

A segunda, a qual será analisada nessa parte da pesquisa, possui dois marcos dicotômicos. O primeiro é a vantagem da eficiência gerada pela disponibilidade do conteúdo interno, além da dinâmica de revisão de conceitos ocorrida de forma constante. Por outro lado, há a desvantagem da não obrigatoriedade de estar de acordo com interesses e valores públicos (MARANHÃO; CAMPOS, 2018)

Percebe-se a efetivação desse instrumento através de agências de checagem de informação para identificar *fake news*, como por exemplo a Agência Lupa e Aos Fatos empresas contratadas pelo *Facebook* com objetivo de cercear *fake news* disseminadas em rede (FACEBOOK, 2018).

A iniciativa tem aplicabilidade exemplificativamente no ocorrido com uma postagem feita por Jair Bolsonaro em uma história do Instagram em sua conta oficial, que foi marcada como falso. Segundo o G1 (2020), o Instagram ocultou o post que afirmava que o número de mortes por doenças respiratórias no Ceará caiu entre 16 de março e 10 de maio de 2020 na comparação com o mesmo período de 2019. Citando como fonte o Portal da Transparência do Registro Civil, a postagem afirma que houve 6.377 mortes entre 16 de março e 10 de maio de 2019, ante 6.296 no período correspondente de 2020.

Ocorre que, além de mortes por doenças respiratórias, o número divulgado pelo presidente também inclui mortes por septicemia, causas indeterminadas e "demais óbitos", incluindo homicídios e acidentes. Ou seja, a manipulação da informação foi feita de forma fraudulenta, como bem definiu RAIS (2018). A consequência se deu pela identificação do post como falso, após checagem pela Agência Lupa. Entretanto,

ainda assim é possível visualizar a informação do conteúdo caso o usuário queira.

O porta-voz do *Facebook* afirmou que (G1, 2020):

> Desinformação é algo que levamos muito a sério e trabalhamos com verificadores de fatos, que operam de maneira independente, para avaliar e classificar desinformação no Facebook e no Instagram. Quando um conteúdo é classificado como falso ou parcialmente falso por um verificador de fatos, nós o tornamos mais difícil de encontrar no Instagram e rotulamos de acordo para que as pessoas possam decidir melhor o que ler, confiar e compartilhar.

Dentro deste âmbito, importa pontuar o risco decorrente também deste segundo mecanismo. O controle por meio de checagem feito por empresas privadas, submete a informação compartilhada à uma rotulação de verdadeiro ou falso dentro da referência dessas empresas.

Diante disso, importa indagar: Quem controla as informações checadas pelas agências de checagem?

Daí a importância de seguir os ritos constitucionais democráticos e ponderar os conflitos que surgem levando em consideração o que conquistamos de mais valioso: a Constituição Federal do Brasil, mediante a democratização do nosso país em 5 de outubro de 1988.

Predomina, aqui, a complexidade de problemáticas decorrentes da propagação de *fake news*, aliada as dificuldades de se estabelecer um mecanismo de controle democrático.

Conclui-se, portanto, que o princípio da razoabilidade terá lugar para solução dos conflitos emergentes em causa. Sem embargo, a educação digital ocupa um lugar excepcional para construção de solução pautada em valores democráticos. A educação democrática significa, num mundo de transformações científicas e tecnológicas, fazer valer princípios voltados para a vida coletiva.

É na educação digital como instrumento fundamental de combate às *fake news* que se baseia a conclusão deste artigo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que os mecanismos de controle apresentados pelo Estado, atualmente pelo Projeto de Lei das *Fake news* (PL 2630/2020), e pelas empresas de checagem de informação, de iniciativa das próprias plataformas sociais, não alcançaram quesitos suficiente para garantir a efetividade de princípios democráticos e assegurar os direitos fundamentais em causa.

A partir disso, conclui-se pela necessidade da continuidade de estudos em *fake*

news, baseado em uma educação digital plural e técnica.

Nesse contexto, é digna de nota a criação do Conselho Consultivo sobre *Internet* e Eleições pela Presidência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2018), implementado através da Portaria nº 949, de 7 de dezembro de 2017. O Conselho integra acadêmicos, jornalistas, programadores e outros especialistas com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos sobre regras eleitorais e a influência da *Internet* nas eleições, em especial o risco de *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações.

Importa lembrar que o Marco Civil da *Internet* foi discutido por 5 anos. Em matéria que permeia direitos fundamentais e coloca em perigo princípios democráticos, há de se tomar todos os cuidados necessários ao bom funcionamento dos ritos constitucionais, ainda que isso leve tempo.

Como bem colocado por Kelsen (1998), a ciência jurídica, enquanto ciência social aplicada, não é definitivamente uma ciência exata. É certo que o que confere sentido jurídico aos fatos é uma norma jurídica, necessária para solucionar as violabilidades envoltas na propagação de notícias fraudulentas, como já concluído. Entretanto, a norma jurídica qualifica os atos e fatos e funciona como esquema de interpretação em relação a eles.

Não obstante, como seria possível qualificar atos de disseminação de *fake news* a partir de elementos jurídicos que desqualificam o próprio sistema democrático a qual ela faz parte?

Ora, é preciso observar atentamente o poder que as normas jurídicas têm de moldar a história. O Brasil viveu nos últimos 35 anos (de 1985 a 2020) um período democrático que garantiu a realização de sete eleições sucessivas com escolha pelo voto direto para presidente da República. Esse registro nos faz reconhecer a relevância do processo político e a força das instituições democráticas que asseguram a legitimidade do sufrágio, dentre outros direitos.

Diante de todas as pontuações e, na tentativa de fazer uma abordagem histórica e social do que concerne a desinformação, foi possível delimitar o sentido jurídico do termo "*fake news*", o conceito de Democracia e como a primeira coloca em risco os valores democráticos do país.

Identificou-se a conexão entre o contexto de desenvolvimento da desinformação em paralelo à evolução das dinâmicas comunicacionais, tidas pelas redes sociais.

Nesse aspecto, foi possível identificar a relação existente entre a velocidade das mudanças como característica fundamental da pós-modernidade, o crescimento da acessibilidade à *Internet* e o viés econômico de maximização do ganho dos candidatos elegíveis ao impulsionar notícias falsas, explicada pela Teoria da Escolha Racional.

Dentro da esfera dos direitos fundamentais, foi possível construir o entendimento de cada direito em causa na veiculação de *fake news*. Desde a formação da manifestação do pensamento, com o exercício da liberdade de expressão, até os seus

limites para a preservação da Democracia.

Diante disso, foi possível constatar que, para a Ciência Jurídica, as notícias falsas importam designadamente quando associadas à existência de dolo e potencial dano, nomeadamente pela violação dos direitos à informação verídica e à formação da opinião política.

Como forma de solucionar os conflitos existentes, foram pontuados alguns dos mecanismos de controle propostos como tentativa de cerceamento da propagação de notícias fraudulentas.

Da mesma forma, foram analisadas a compatibilização das referidas propostas com os valores da Democracia, bem como os riscos que delas incorrem.

Destarte, concluiu-se que as falhas existentes em tais mecanismos de combate podem ser tão gravídicos à Democracia quanto as violabilidades proporcionadas pelo seu próprio objeto. Então, o princípio constitucional da razoabilidade terá lugar para solução dos conflitos emergentes em causa, haja vista que ainda não há, no Brasil, legislação vigorante.

Desse modo, foi possível concluir, em síntese, que a delimitação jurídica não encontrou solução pacificada, permanecendo as discussões em torno do problema intrinsecamente relacionado aos riscos dos mecanismos de controle apresentados para as instituições democráticas.

Reflete-se que tais discussões precisam ser fomentadas entre a sociedade e instituições interessadas, promovendo o bom debate e uma educação informacional democrática, ainda que cumulada de outra medida. Ressalta-se que os debates devem estar de acordo com os ritos constitucionais da Democracia participativa, em observação ao alcance necessário para uma decisão coletivizada, tendo como raiz a garantia dos direitos fundamentais, pilares essenciais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. *A autorregulação regulada como modelo do direito proceduralizado*. In: ABBOUD, Georges; JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (Org.). *Fake News* e Regulação. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BERNARDI, Ana Julia Bonzanini. *REDES SOCIAIS, FAKE NEWS E ELEIÇÕES: Medidas para diminuir a desinformação nos pleitos eleitorais brasileiros*. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

BRAGA, Renê Morais da Costa. *A indústria das fake news e o discurso de ódio*. In:

PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*: volume I. Belo Horizonte, Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra, 2007.

CERNOV, Ana. *How did we get to the Trump Era, in the US and in Brazil.* INESC's webpage. 2019.

CHARTIER, Roger. *A História Cultural:* Entre práticas e representações. 4ª Edição. Lisboa: Difel, 1988.

CODING RIGHTS. *Data and Elections in Brazil 2018*. 2018. Disponível em: <https://ourdataourselves.tacticaltech.org/projects/data-and-politics/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

COLLIN, Peter; STOLLEIS, Michael (Org.). *Regulierte Selbstregulierung in der westlichen Welt des späten 19.* Und fuhren 20. Jahrhunderts: Frankfurt am Main, 2014.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil IV, Parte Geral*. 4ª Edição. Lisboa: Almedina, 2016.

DEPUTADOS, Câmara dos. *Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet*. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020. Acesso em: 10 jul. 2020.

DOWNS, Anthony. *An Economy theory of democracy.* New York: Harper Collins, 1957.

EBC, Empresa Brasil de Comunicação. *Denúncias de espionagem dos Estados Unidos no Brasil*. 2013. Disponível em: < http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-16/denuncias-de-espionagem-dos-estados-unidos-no-brasil-e-no-mundo-completam-um-mes-e-meio>. Acesso em: 25 jun. 2020.

FACEBOOK. *Facebook lança produto de verificação de notícias no Brasil em parceria com Aos Fatos e Agência Lupa*. 2018. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2018/05/facebook-lanca-produto-de-verificacao-de-noticias-no-brasil-em-parceria-com-aos-fatos-e-agencia-lupa/> . Acesso em: 01 set. 2020.

FALCÃO, Márcio. *PDT sofre derrotas no TSE ao tentar retirar material contra Ciro Gomes*. Brasília. JOTA. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/eleicoes/pdt-sofre-derrotas-no-tse-ao-tentar-retirar-material-contra-ciro-gomes-20072018>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FOREIGN POLICY. *The pro-fee speech way to fight fake news*. Pen America. 2019. Disponível em: <https://pen.org/press-clip/pro-free-speech-way-fight-fake-news/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

G1. *Bolsonaro compartilha conteúdo falso, e Instagram oculta postagem do presidente. 2020.* Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/05/12/bolsonaro-compartilha-conteudo-falso-e-instagram-oculta-postagem-do-presidente.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

G1. *ES tem primeiro indiciado pela PF por compartilhar fake news na Internet. 2018.* Disponível em: <https://g1.globo.com/es/espirito-santo/noticia/es-tem-primeiro-indiciado-pela-pf-por-compartilhar-fake-news-na-*internet*.ghtml>. Acesso em: 10 jul. 2020.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD.* 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/protecao-social/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?edicao=10500&t=resultados>.
Acesso em: 12 jul. 2020.

IBGE, Agência. *PNAD Contínua TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país.* Estatísticas Sociais. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-*internet*-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios=-do-pais?saX>. Acesso em: 12 jul. 2020.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. F*ake News e as novas ameaças à Liberdade de expressão.* In: ABBOUD, Georges; JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (Org.). *Fake News e Regulação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado.* 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais.* In: ABBOUD, Georges; JUNIOR, Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo (Org.). *Fake News e Regulação*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946.* Tomo III. São Paulo: Borsoi, 1960.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis* – Série Ouro n. 9. 9ª Edição. São Paulo: Martin Claret, 2010.

RAIS, Diogo. *Fake news: A conexão entre a Desinformação e o Direito.* 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social.* 1ª Edição. São Paulo: Lafonte, 2019.

SÃO PAULO, Folha de. *Projeto de lei das Fake News pode levar a perseguição política, diz pesquisadora.* São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/

poder/2020/06/projeto-de-lei-das-fake-news-pode-levar-a-perseguicao-politica-diz-pesquisadora.shtml>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada:* o debate contemporâneo. Volume 1. São Paulo: Ática, 1994.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática.* São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

SENADO. *Projeto de Lei nº 2630/2020.* Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SENADO, Agência. *Marco Civil da Internet foi reação brasileira a denúncias de Snowden.* 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/propostas-senadores-querem-inteligencia-forte/marco-civil-da-*internet*-foi-reacao-brasileira-a-denuncias-de-snowden>. Acesso em: 10 jul.2020.

SENADO, Agência. *Senado aprova projeto de combate a notícias falsas.* 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SOUZA, Ricardo Luiz. *Democracia Contemporânea e o mundo de Montesquieu.* Brasília: Edu UnB, 2018.

STF, Notícias. *Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal.* 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>. Acesso em: 26 jun. 2020.

TSE. *Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições discute impacto das fake news.* Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/conselho-consultivo-sobre-*internet*-e-eleicoes-discute-impacto-das-fake-news. Acesso em: 05 jul. 2020.

VEJA. *Após três anos, PF chega a autor de fake news em eleição,* 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/apos-tres-anos-pf-chega-a-autor-de-fake-news-em-eleicao/>. Acesso em 02 set. 2020.

Artigo Científico

FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS ANTE A PANDEMIA DE COVID-19

FLEXIBILITY OF PACTA SUNT SERVANDA IN BUSINESS RELATIONS IN FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

Danilo Cancelli Romero*
Gabriel Alves Souza**

Resumo: A pandemia decorrente do novo coronavírus (COVID-19) tem angariado a atenção de todos, de tal sorte que o assunto se apresenta como o mais comentado de 2020. E não é para menos, eis que seus impactos têm sido severos e as consequências nefastas. Nesse sentido, busca-se com o presente artigo fazer uma breve análise relativa à flexibilização do *pacta sunt servanda* em contratos de prestação continuada que foram impactados pela pandemia decorrente do COVID-19. Para tanto, em um primeiro momento, há de se ter em mente breves considerações acerca do secular princípio *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato faz lei entre as partes a ele vinculadas. Ponto subsequente direciona-se a tecer um panorama sobre a flexibilização de contratos à luz do Código Civil. Por fim, o último dos tópicos do presente estudo volta sua atenção à flexibilização dos contratos de prestação continuada em decorrência da pandemia causada pelo COVID-19, em uma abordagem que assimila a teoria à prática. Ou seja, a exacerbada rigidez do adimplemento das obrigações agora passa a dar lugar para a revisão contratual. Para atingir os objetivos ora expostos, o presente artigo ostenta, como metodologia empregada, uma pesquisa qualitativa que se apoia em pesquisa bibliográfica, representada pela consulta à renomada doutrina e jurisprudência de distintos Tribunais.

Palavras-chave: *Pacta sunt servanda*. Rebus sic stantibus. Teoria da Imprevisão. Onerosidade excessiva. COVID-19.

Abstract: *The pandemic resulting from the new coronavirus (COVID-19) has attracted everyone's attention, in such a way that the subject is presented today as the most talked of the year. In this sense, the present article will make a brief analysis about the flexibility of pacta sunt servanda in contracts of continuous provision that were impacted by the pandemic. Therefore, first of all, it is necessary to bear in mind brief considerations about the pacta sunt servanda, by which the contract makes law between the parties.*

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: d.cancelliromero@gmail.com.
** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Núcleo de Estudos em Direito Societário e do Centro de Estudos do Mercado Financeiro e de Capitais, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: gb.alvessouza@hotmail.com.

Subsequent point is intended to provide an overview of the flexibilization of contracts by the brazilian Civil Code. The last of the topics of the present study turns its attention to the flexibilization of contracts due to the pandemic caused by COVID-19, in an approach that assimilates theory to practice. In other words, the rigidity in complying with obligations now gives way to contractual review. To achieve this aim, the present article boasts a qualitative research, supported by the renowned doctrine and jurisprudence of several courts.

Keywords: *Pacta sunt servanda. Rebus sic stantibus. Theory of Unpredictability. Excessive Onerity. COVID-19.*

.

1. INTRODUÇÃO

A crise em curso causada pelo COVID-19 teve como consequência inúmeros óbices temporários por razões sanitárias. Isso pois, face à situação pandêmica e a necessidade do isolamento social como tentativa de impedir a contaminação em massa, a sociedade presenciou duras mudanças sociais.

Não obstante, os indivíduos tiveram que se adaptar rapidamente a esse período de excepcionalidade. Ocorre que a sociedade é organizada como uma cadeia produtiva interligada por todos os setores, razão pela qual o desarranjo de um, tem influência direta em outro.

Nesse sentido, torna-se imprescindível analisar essa influência diante dos contratos, negócio jurídico que tem como objetivo regular o acordo de vontade entre os contratantes e por meio dele oferecer segurança jurídica para as partes. Destarte disso, introduz-se a máxima do *pacta sunt servanda*, na qual o contrato tem força de lei entre as partes.

Nesse diapasão, tendo como objeto de estudo a cláusula *res sic stantibus,* verifica-se a intersecção com o princípio supracitado, no que tange o poder das cláusulas contratuais. Entretanto, insta salientar que a cláusula se diferencia ao objetivar que o contrato tem força de lei entre as partes, porém enquanto as condições contratadas se mantiverem as mesmas.

Ante o exposto, compreende-se que as prestações a serem adimplidas durante a pandemia, decorrentes de contratos já celebrados, tornam-se fragilizadas, tendo em vista o período imprevisível vivenciado. Sendo assim, é fundamental o diálogo entre as partes para que se restabeleça o reequilíbrio contratual e, na ausência desse meio autocompositivo de resolução de controvérsias, cabe ao Poder Judiciário cumprir sua missão constitucional e oferecer o auxílio jurisdicional capaz de manter a harmonia econômica e social.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES QUANTO AO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

A principal fonte de obrigação em uma sociedade é o negócio jurídico, espe-

cialmente na sua modalidade mais relevante: o contrato (NORONHA, 2013, p. 427; GOMES I, 2008, p. 39). Este, em sentido amplo, diz respeito a todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades, e em sentido restrito, trata-se do acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial (GOMES II, 2008, p. 10).

A superficial noção do que se entende hoje como contrato encontra suas raízes no direito romano, sob a ótica de um formalismo exacerbado e de um reduzido rol de possibilidades, eis que tal momento histórico, pela atuação dos jurisconsultos, somente conheceu certas espécies de *contratos obrigatórios*, não acolhendo como contrato todo aquele acordo de vontade, lícito, voltado a produzir relações jurídicas obrigacionais (MOREIRA ALVES, 2014, p. 471).

É à luz do direito canônico que o contrato se firma no sentido de assegurar à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Nesse sentido, a teoria da autonomia da vontade passa a ser desenvolvida e aprimorada pelos enciclopedistas e juristas que precederam a Revolução Francesa (1789) e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes, à própria lei. Assim surge o princípio *pacta sunt servanda* (WALD, 2011, p. 228).

Referido princípio, também chamado de princípio da força obrigatória da convenção, determina que o pacto faz lei entre as partes, ou seja, que os contratos celebrados devem ser integralmente respeitados e cumpridos.

Em seus primórdios, o contrato possibilitava às partes a absoluta proteção quanto aos riscos futuros, assegurando-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas, ainda que fatos imprevisíveis e expressivos viessem a alterar substancialmente a relação contratual.

Tamanha era a rigidez que:

> "Considerava o jurista que nenhuma força exógena poderia penetrar na economia do contrato. Mesmo que a sua execução fosse causa de ruína de um dos contratantes, mesmo assim teria de ser cumprido, porque a intervenção no contrato ofendia a liberdade de cada um. (PEREIRA, 2018, p. 599)".

Nas lições da experiência histórica, o Código Civil Napoleônico, em seu art. 1.134 assevera que: *"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"*[1].

A renomada doutrina estrangeira, por sua vez, não destoa desse entendimento e sustenta que tal princípio resume-se na ideia de que *"all pacts are binding, regardless of whether they are clothed or naked*[2]*"* (ZIMMERMANN, 1990, p. 576).

[1] As convenções legalmente formadas assumem lugar de lei àqueles que as assinaram.
[2] Todos os pactos são vinculantes, independentemente de suas vestes.

Dessa forma, observa-se que o contrato, estipulado validamente e contemplando os seus requisitos de eficácia, obriga os contratantes, independentemente das circunstâncias. *"The parties are bound by their agreement"*[3] (ZIMMERMANN, 1990, p. 576).

Sob a perspectiva de um entendimento mais conservador do *pacta sunt servanda*, Orlando Gomes aduz que:

> "Nenhuma consideração de equidade justificaria a revogação unilateral do contrato ou a alteração de suas cláusulas, que somente se permitem mediante novo concurso de vontades. O contrato importa restrição voluntária da liberdade; cria vínculo do qual nenhuma das partes pode desligar-se sob o fundamento de que a execução a arruinará ou de que não o teria estabelecido se houvesse previsto a alteração radical das circunstâncias. (GOMES II, 2008, p. 38)".

Ademais:

> "O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos significa impossibilidade de revisão pelo juiz, ou de libertação por ato seu. As cláusulas contratuais não podem ser alteradas judicialmente, seja qual for a razão invocada por uma das partes. (GOMES II, 2008, p. 38)".

Observa-se, pois, que uma interpretação rígida, no sentido de preservar, em absoluto, o contrato de interferências externas, fixando invariavelmente seu conteúdo, diz respeito a uma concepção obsoleta, que outrora já foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, consigna-se que do *pacta sunt servanda* decorrem outros dois princípios intrínsecos perante as partes contratantes, quais sejam, a estabilidade e a previsibilidade. Enquanto este garante que o contrato seja projetado para o futuro e, assim, garante a aplicação das cláusulas contratuais firmadas, aquele assegura uma estabilidade ao contrato e reforça a questão da execução forçada, tendo em vista a rigidez que o instrumento cria entre as partes e encontra respaldo no âmbito jurídico (LÔBO, 2008, p. 59).

3. FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL FACE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Ante o proêmio histórico apresentado acerca do surgimento do contrato e aplicação rígida das cláusulas contratuais, com o afã do *pacta sunt servanda*, insta destacar, por oportuno, que tais fatos decorrem especialmente da suma importância que ostenta o instituto contratual no Direito Civil e, além disso, no próprio Direito Privado (TARTUCE I, 2017, p. 5).

[3] As partes são vinculadas pelos seus acordos.

Não por outra razão, apesar da autonomia privada que detém as partes relacionadas em um contrato, o âmbito civilista tem dentre os seus pontos fulcrais, regular as normas consideradas como alicerce nos instrumentos, consoante disciplina o artigo 104 do Código Civil. Nesse sentido, doutrina o ilustre jurista Hans Kelsen:

> "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. (KELSEN, 1998, p. 179)".

Sob essa ótica, compreende-se que os contratos decorrem de um acordo de vontades, no qual, apesar de expor os desejos pelos quais pactuam o negócio jurídico, o conteúdo ali presente segue as conformidades do direito positivado, com o objetivo de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos (GOMES II, 2018, p. 11; PEREIRA, 2018, p. 34).

Nesse caminho, para que esteja em consonância com os ideais do Estado Democrático de Direito, ainda que as partes celebrem o contrato com a autonomia que lhes é devida, torna-se imprescindível que toda a relação jurídica seja baseada nos princípios basilares do ordenamento jurídico.

Bem caminhou o Direito Privado brasileiro ao acolher expressamente o princípio da boa-fé como ponto nevrálgico do Código Civil. Pode-se dizer que a boa-fé é fonte de padrões de comportamentos, uma baliza do modo de exercício de certas posições jurídicas, que deve ser utilizada para correção de condutas contratuais que contrariem os padrões que dela emergem (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45).

Trata-se de um instituto que pode receber diversas significações a depender do contexto em que figura. No que diz respeito ao direito das obrigações, manifesta-se como fator determinante para o aumento de deveres para além daqueles que a convenção expressamente constitui. Por ele, fala-se em existência de condições subentendidas, ou seja, o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração da vontade, ou dela inferível (COUTO E SILVA, 2006, p. 33; GOMES II, 2008, p. 43).

Não dissonante se apresenta a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa de acórdão referência, da lavra da Exma. Min. Nancy Andrighi:

> "[A boa-fé objetiva] se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. (STJ, Recurso Especial 783.404/GO, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.06.2007)".

Ademais, em que pese a autonomia do Estado, que dispõe do apanágio regulador, a sua aplicação nas relações com os particulares apenas passa a existir no que tange a objetividade de efetivar uma realidade fática de equidade. Ou seja, no caso dos contratos, por meio do princípio da autonomia privada, os interessados, por celebrarem o instrumento, têm o controle e autonomia sob as disposições que irão reger as cláusulas contratuais. É o que sustenta, nesse sentido, as lições de Flávio Tartuce:

> "Conceitua-se o princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular - mas influenciado por normas de ordem pública - pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de auto regulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios contratuais. (TARTUCE II, 2014, p. 58)".

Nesse diapasão, consigna-se o princípio da autonomia privada como a força que o contrato ganha ao ser estipulado pelas partes. Cediço, portanto, que os contratantes são constrangidos a cumprir as cláusulas firmadas no instrumento (TARTUCE III, 2020, p. 66).

Inobstante, nota-se a intersecção presente entre o princípio da autonomia privada e o do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que o objetivo primordial de ambos é que o contrato seja cumprido.

Nessa toada, reproduz-se a lição do célebre jurista Carlos Roberto Gonçalves:

> "Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. (GONÇALVES, 2019, p. 48)".

Resta cristalino, portanto, que o princípio da autonomia privada confere aos contratantes a possibilidade de estabelecer as cláusulas contratuais que possuem força de lei entre as partes e, dessa forma, devem permanecer incólumes. Assim, a autonomia cedida às partes para que celebrem os contratos, deságua no fato de que as cláusulas contratuais são feitas para serem cumpridas, seara defendida pelo princípio do *pacta sunt servanda*.

5. FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS ANTE A PANDEMIA DO COVID-19

5.1. LIMITAÇÃO DE DETERMINADAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SOB O PRISMA DA LEGALIDADE

Ante toda a construção teórica supra encontra-se o plano fático, e, por conseguinte, os seus inúmeros meandros. Isto, pois, em que pese o plano doutrinário bem assentar a estabilidade dos contratos e sua força de lei para com os contratantes, há imprevisíveis - e significantes - fatores que podem impactar diretamente o adimplemento das obrigações contratuais.

Mais do que gerar mudanças nos afazeres ordinários de uma sociedade, a pandemia decorrente do COVID-19 reverberou expressivos impactos na esfera econômica global, e, por conseguinte, nas relações contratuais. No plano empresarial, escopo central deste artigo, diversos são os litígios que se assentam justamente na leitura maleável do princípio *pacta sunt servanda*.

Isto ocorre porque diversas atividades econômicas, por força de dispositivos legais, temporariamente deixaram de ser permitidas, no intuito de frear a ascensão exponencial de contágio do vírus. Nesse sentido, quando do agravamento da pandemia, os entes federativos passaram a decretar a suspensão das atividades tidas como não essenciais, tais como academias, bares e restaurantes (vide, por ex., Decreto SC nº 525/20).

Os decretos estaduais seguiram a esteira da Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que tem como objetivo dispor sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública. Contudo, à época de sua promulgação, não se vislumbrava, minimamente, os graves efeitos que acompanhavam o vírus.

Inobstante, no afã de oferecer à sociedade o auxílio necessário para o enfrentamento do estado de calamidade pública causado pela pandemia decorrente do COVID-19, por meio do Decreto Legislativo n° 06, de 20 de março de 2020, o Congresso Nacional prontamente se dispôs a flexibilizar as rígidas regras orçamentárias. Tal flexibilização torna-se imprescindível para, além de fortalecer o sistema de saúde brasileiro, oferecer auxílio financeiro aos indivíduos afetados - direta ou indiretamente – pela involução econômica.

Quadra registrar, por oportuno, que perante a necessidade de proteger as relações entre os particulares, o Projeto de Lei n° 1.179/ 2020 propôs o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) porquanto perdurasse a pandemia do COVID-19. Preocupou-se em tratar de diversos assuntos do Direito Civil, tais como família & sucessões, locações de imóveis urbanos e pessoas jurídicas.

Nesse ínterim, o projeto de lei supracitado, com alguns vetos, foi sancionado, tornando-se a Lei 14.010, de 10 de junho de 2020, se enquadrando no complexo de normas jurídicas sancionadas pelo governo a fim de se adequar às mudanças decorrentes do cenário de calamidade pública.

Dentre algumas das consequências desse novo dispositivo normativo, ressalta-se o fato de que, outrora positivada como infração da ordem econômica, nos termos do art. 36, § 3º, inc. XVII, da Lei 12.529/2011[4], a interrupção sem justa causa comprovada das atividades empresariais passou a ser aceita à luz do RJET, conforme seu art. 14[5].

A suspensão de algumas atividades econômicas, por sua vez, ensejou uma interrupção abrupta na arrecadação de receitas de diversos setores da economia. Ora, inexistindo arrecadação, impossível sustentar a manutenção integral de um contrato por um longo tempo. É mister, pois, uma leitura maleável do *pacta sunt servanda*.

As consequências levam a um verdadeiro imbróglio nas vias judiciais, eis que a esmagadora parcela dos contratos relativos a essas atividades tidas como não essenciais nasceu equilibrado, no entanto, suas prestações, em razão da pandemia do COVID-19, ficaram manifestamente desproporcionais pela mudança da base objetiva do negócio jurídico. Esta mudança, por sua vez, demanda um esforço no sentido de se reequilibrar as prestações.

5.2. TEORIA DA IMPREVISÃO COMO MECANISMO DE EFICÁCIA PARA SEGURANÇA JURÍDICA E A MÁXIMA DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Em períodos normais, em que as situações fáticas não foram alteradas desde a celebração contratual até o momento oportuno para o adimplemento de cada uma das prestações, conserva-se o princípio do *pacta sunt servanda* como forma de segurança jurídica para as partes celebrantes. Entretanto, o artigo 421 do Código Civil[6] destaca que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato, ou seja, em que pese a máxima das cláusulas contratuais, elas não são absolutas.

Nesse sentido, em complemento com o princípio do *pacta sunt servanda*, destaca-se os ensinamentos da cláusula *rebus sic stantibus*.

A enunciação desta é atribuída aos glosadores e pós-glosadores, mas guarda extrema relevância quando da promulgação da Lei Faillot (1918), na França, em que se introduziu a teoria da imprevisão com a cláusula *rebus sic stantibus*, permitindo a modificação das normas contratuais que tornaram a prestação de uma das partes excessivamente onerosa em decorrência de fatos sociais, tal como a guerra. No orde-

[4] "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...] XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada" (Lei n.º 12.529/2011).

[5] "Art. 14. Ficam sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020" (Lei n.º 14.010/2020)

[6] "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato."

namento jurídico pátrio, foi assimilada pela primeira vez com o Decreto nº 19.573/31, que permitiu a rescisão da locação feita por funcionários públicos (WALD, 2011, pp. 325-329).

Tal instituto assevera que *"os contratos que têm duração continuada, ou dependência de futuro, são entendidos como se as coisas permanecessem as mesmas"* (RODRIGUES, 2002, pp. 131-132). Ou seja, as convenções só devem ser obedecidas enquanto as circunstâncias permaneçam como estavam por ocasião do contrato. Nesse sentido, cumpre descrever parte do acórdão proferido no Recurso Especial 849.228/GO, relatado pelo Exmo. Min. Luis Felipe Salomão.

> "A cláusula rebus sic stantibus permite a inexecução de contrato comutativo - de trato sucessivo ou de execução diferida - se as bases fáticas sobre as quais se ergueu a avença alterarem-se, posteriormente, em razão de acontecimentos extraordinários, desconexos com os riscos ínsitos à prestação subjacente. (STJ, Recurso Especial 849.228/GO, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.08.2010)".

Dessa forma, a complementação estabelecida entre o *pacta sunt servanda* e a cláusula *rebus sic stantibus* se apresenta na medida em que, enquanto o princípio tem o intuito de garantir a liberdade contratual entre as partes e fazer com que o contrato tenha força de lei entre elas, a cláusula tem como ponto fulcral o entendimento de que o contrato possui força de lei às partes, mas apenas enquanto as circunstâncias do adimplemento forem as mesmas das contratadas.

Ademais, assim como a vontade dos contratantes, tanto o princípio do *pacta sunt servanda*, como a cláusula rebus sic stantibus, objetivam o adimplemento da prestação, garantindo assim a segurança estabelecida nos negócios jurídicos. Nesse contexto, destaca o laborioso entendimento do jurista José Joaquim Canotilho:

> "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (CANOTILHO, 1999, p. 252)".

Inobstante, destaca-se que a segurança jurídica não deve ser entendida apenas por meio da máxima contratual, na qual as partes são subordinadas perante as cláusulas pactuadas, mas torna-se imprescindível um respaldo jurídico quando ainda que baseado nos princípios basilares do ordenamento jurídico, o contrato fique extremamente prejudicado para uma das partes, por razões e contextos sociais.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, sob os fundamentos da cláusula *rebus sic stantibus,* trouxe a teoria da imprevisão, no artigo 317, in verbis:

> "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrever desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação."

Importante trazer para este estudo o brilhante entendimento dos operadores do direito, consubstanciado no Enunciado nº 17 da I Jornada de Direito Civil:

> "A interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis."

Ou seja, o ordenamento jurídico, por meio da teoria da imprevisão trouxe a possibilidade de revisão das obrigações contratuais, a fim de garantir a estabilidade entre as partes. Nesse contexto, leciona José Fernando Simão:

> "A doutrina viu no dispositivo uma cláusula geral de revisão da prestação contratual que se altera entre o momento da formação do contrato (plano da existência) e o momento de sua execução ou cumprimento (plano da eficácia). Para que o juiz possa realizar a revisão contratual, deve haver i) manifesta desproporção entre o valor da prestação no momento da formação e o da execução e ii) a desproporção decorrer de motivos imprevisíveis. Note-se que o contrato nasce equilibrado e o sinalagma funcional sofre um desequilíbrio. É por isso que estamos no plano da eficácia a permitir revisão contratual. (...) O dispositivo tem por base dois princípios relevantes: a conservação do negócio jurídico e a função social em sua eficácia interna. A conservação interessa aos contratantes e o equilíbrio garante que se atenda à função social como norma de ordem pública que é. (SIMÃO, 2019, p. 183)".

Sob essa ótica, faz-se mister destacar que a crise em curso decorrente do novo coronavírus causou inúmeros óbices à sociedade. Nesse sentido, a teoria da imprevisão ganha destaque perante os contratos celebrados, tendo em vista que todos os indivíduos, em diferentes medidas, foram atingidos com a situação pandêmica.

Mais do que isso, inclusive. Todos os indivíduos foram inesperadamente atingidos em dimensões que, possivelmente, nem as mais criativas mentes poderiam vislumbrar. Impossível, portanto, não associar a pandemia de COVID-19 às noções de caso fortuito e força maior.

Nos termos do que dispõe o Código Civil brasileiro, o caso fortuito ou de força maior é verificado no *"fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.*[6]*"*

A fim de não sobrecarregar o presente artigo com a rica discussão doutrinária que propõe diferenciações conceituais entre os dois institutos jurídicos supracitados, adotemos, à luz dos ensinamentos do ilustríssimo jurista Pontes de Miranda[7], ambos como sinônimos.

Dessa forma, sendo um fato superveniente à celebração do contrato, inevitável (ou seja, fora do alcance humano), e, consectariamente, não determinado por culpa de uma das partes, é possível a sua caracterização como caso fortuito ou força maior (BDINE JR., 2018, p. 374).

Ocorre que a leitura rasa e desatenta de tal definição pode levar a um entendimento deturpado de seu propósito. O objetivo do legislador ao expressamente positivar essa hipótese foi de dar excepcionalidade a sua aplicação, qual seja, a não responsabilização do devedor por prejuízos resultantes do inadimplemento.

É daí que decorre, como bem pontua o professor Doutor Rafael Peteffi da Silva, o fato de que *"a verificação do caso fortuito ou de força maior, como categoria normativa que é, necessita de concreção e, por vezes, de juízos valorativos dotados de expressiva subjetividade."* (PETEFFI DA SILVA, 2020).

Caminhando nessa mesma direção, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também se opõe à indiscriminada invocação dos institutos para que se resolva ou reajuste contratos, conforme se observa de julgado da lavra do Des. Mauro Conti Machado.

> "É necessário analisar-se concreta e holisticamente os efeitos que as restrições governamentais de combate à pandemia da COVID-19 estão a gerar, até porque, sem essa análise, pavimentado estará o caminho para a absoluta insegurança jurídica tão ou mais nefasta que os efeitos econômicos. (TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2081873-90.2020.8.26.0000, 16ª Câm. de Dir. Priv., rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 05.05.2020)".

[6] "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir." (Código Civil, art. 393, parágrafo único)

[7] "A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes, então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não têm base histórica, nem segurança em doutrina." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado, Tomo XXII*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 158-159)

Contudo, avançando a passos largos, a pandemia de COVID-19, que até o momento vitimou mais de 135 mil brasileiros (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020) e elevou o número de desempregados a quase 13 milhões (IBGE, 2020), dificilmente não se enquadraria nas definições anteriormente trazidas, aptas a revisar ou resolver contratos empresariais cujas bases negociais substancialmente foram alteradas.

A imperiosa medida de isolamento social impactou sobremaneira as atividades industriais, comerciais e manufatureiras. Até julho de 2020, mais de 700.000 empresas sucumbiram às adversidades – imprevisíveis e nefastas – decorrentes da pandemia e tiveram que fechar seus estabelecimentos (OLIVEIRA, 2020).

Nessa toada, percebe-se que as circunstâncias atuais são manifestamente discrepantes das circunstâncias em que relevante parte dos contratos foram celebrados. Assim, torna-se imprescindível, em um primeiro momento, o diálogo entre as partes para que busquem uma solução pacífica a fim de ajustar as cláusulas contratuais e, consequentemente, manter o objetivo contratual e o equilíbrio econômico entre os contratantes.

Não havendo esse acordo, imperiosa é a discussão sobre a possibilidade e necessidade de intervenção judicial para reestabelecer a equidade entre as partes.

Ocorre que a pandemia trouxe um período de excepcionalidade até mesmo para o Poder Judiciário, que em muito foi demandado para intervir nas relações contratuais e buscar uma solução que não prejudicasse nenhuma das partes.

E não diferente poderia ser, eis que a jurisdição deve atender aos interesses da própria sociedade. O processo, por sua vez, é um instrumento a serviço da paz social, devendo absorver princípios básicos de ordem ética e política para constituir-se em meio idôneo para obtenção do escopo de pacificar litígios e fazer justiça (DINAMARCO, 2006, p. 96).

Dessa forma, para além dos contratantes, um contrato tem consequências diretas perante a sociedade, tendo em vista que diariamente os indivíduos se deparam com negócios jurídicos que fazem parte de uma cadeia produtiva, na qual todos estão interligados. Para exemplificar, vejamos o trecho a seguir, extraído de decisão da lavra do Desembargador L.G. Costa Wagner, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

> "Dentro do contexto acima apontado, é inegável que as relações jurídicas travadas entre particulares igualmente sofrerão abalo. Não podemos perder de mente, porém, que existe uma grande cadeia produtiva formada pelos integrantes da sociedade, de forma que o desarranjo de um setor, pode comprometer o todo. Exemplifiquemos: Como um pai pagará a escola de seu filho se, em razão de ser profissional autônomo, impedido que está de exercer suas atividades, não recebe remuneração há dias? E se esse pai for alguém que poupou durante toda sua vida para adquirir um imóvel, agora colocado em locação, para com esse valor poder custear os estudos do filho? Sem receber o aluguel,

> como poderá pagar a escola? Como a escola, por sua vez, pagará seus funcionários, professores e cumprirá suas obrigações com fornecedores, se passar a não receber os valores das mensalidades que seriam pagas por esses ou outros pais que, por várias outras razões, também não estão recebendo dinheiro? Como os professores e funcionários dessa escola pagarão suas contas e respectivos alugueis, se não receberem o salário que lhes é devido pela instituição de ensino?
>
> O que deve, então, fazer o judiciário?
>
> Autorizar que o inquilino não pague o aluguel? Dar um desconto no valor desse aluguel? Desconto de quanto? E depois? Autorizar que esse mesmo locador que vive do aluguel que, no exemplo, não teria sido pago - ou pago com desconto - por força de autorização judicial concedida ao inquilino, também possa não mais pagar a escola de seu filho, ou então, pagar a instituição de ensino com o mesmo desconto que o judiciário concedeu no aluguel que recebeu? E depois? Autorizar que a escola que, no exemplo, não teria recebido as mensalidades por força de autorização judicial concedida aos pais, também não pague os salários de seus professores, ou os remunere com o mesmo desconto que sofreu no recebimento das mensalidades? E, por fim? Autorizar que os professores que, no exemplo, não teriam recebido seus salários, ou os tenham recebido a menor, também possam pagar suas contas pessoais com igual redução? (TJSP, Agravo de Instrumento 2069928-09.2020.8.26.0000, 34ª Câm. de Dir. Priv., rel. Des. L.G. Costa Wagner, j. 15.04.2020)".

Resta cristalino, portanto, que direta ou indiretamente, os efeitos decorrentes da pandemia de COVID-19, que incidem no âmbito contratual, atingem toda a sociedade. Em que pese o auspício jurisdicional do Estado em manter o equilíbrio das relações contratuais, tal tentativa torna-se cada vez mais esgarçada, tendo em vista o período em que se estende a situação pandêmica, sem diretrizes bem encaminhadas para que a sociedade goze de sua rotina e se adapte ao novo normal. Dessa forma, incólume as relações econômicas, os contratos passam a se tornar excessivamente onerosos para as partes e, consequentemente, deságua em toda a sociedade.

5.3. ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Analisando o negócio contratual sob o aspecto de sua execução, verificam-se casos em que as partes vinculadas aos termos da avença são levadas, por imprevisíveis acontecimentos supervenientes, à situações de extrema injustiça, de tal sorte que impor o rigoroso adimplemento da obrigação seria colidir frontalmente com princípios básicos do Direito.

Ante as referidas situações, quando se ultrapassa certo grau de razoabilidade,

em que o jogo da concorrência livre tolera, e é atingido incisivamente o plano de desequilíbrio contratual, não pode o operador do direito quedar-se inerte e deixar que, em nome do formalismo jurídico e do princípio da obrigatoriedade dos contratos, um dos contratantes leve o outro à ruína completa, proporcionando para a outra parte benefício máximo.

Havendo essa percepção de que este desequilíbrio na economia do contrato afeta o conteúdo de juridicidade nele presente, ou seja, que as forças das circunstâncias criem um estado contrário ao princípio da justiça do contrato, não se pode tolerar a execução plena da obrigação (PEREIRA, 2018, p. 177).

E tal entendimento, considerando a excepcionalidade das circunstâncias envolvidas, tem sido reverberado pelos Tribunais pátrios, que se mantêm firmes no sentido de não permitir benefício excessivo de um, em detrimento de prejuízo desmedido de outro.

Isso pois, hodiernamente verifica-se que a pandemia causada pelo novo coronavírus impactou negativamente as relações contratuais. Sendo assim, à luz da conservação do negócio jurídico, nota-se o aumento exponencial das demandas para que o Poder Judiciário intervenha nas nessas relações e mitigue os danos enfrentados pelas partes.

Revela-se imperioso, nesse sentido, destacar que esse é o posicionamento adotado pelo Judiciário quando requerido para intervir nas relações judiciais que têm como objetivo restabelecer o equilíbrio contratual, afetado pela pandemia do novo coronavírus e embasado na teoria da imprevisão.

Nessa toada, cumpre trazer à baila o trecho a seguir, extraído da liminar proferida pelo Juiz de Direito, Dr. Mario Chiuvite Junior, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Evidente que, quando da celebração da avença contratual mencionada na exordial, a autora não tinha como prever o advento de uma pandemia dessa envergadura, a qual iria atingir em cheio sua atividade econômica, praticamente paralisando-a; é neste momento que o Estado deve atuar para fins de equilibrar as relações jurídicas em geral. (TJSP, Ação Revisional 1057285-27.2020.8.26.0100, 22ª V. Cív., Dr. Mario Chiuvite Junior, j. 06.07.2020)".

Na mesma esteira, acórdão da lavra do Exmo. Des. Cesar Ciampolini, também integrante do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "...as novas circunstâncias [decorrentes da pandemia de COVID-19] ultrapassam em muito o que razoavelmente se podia prever ao tempo do contrato, tendo sobrevindo com excessiva rapidez, atingindo não apenas a agravante, mas todos os contratos da mesma natureza, celebrados com análogas cláusulas.

> É o caso, efetivamente, de aplicação da teoria da imprevisão. (TJSP, Agravo de Instrumento 2065856-76.2020.8.26.0000, 1ª Câm. Res. de Dir. Emp., rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 16.07.2020)".

Sob o apanágio da mudança social decorrente do COVID-19, portanto, torna-se imprescindível o debate acerca do reflexo ocasionado, especificamente, nos contratos de prestação continuada, já que as situações fáticas para ambas as partes do liame jurídico se destoam daquelas contratadas.

5.4. A REVISÃO E RESOLUÇÃO DE CONTRATOS POR ONEROSIDADE EXCESSIVA FACE À PANDEMIA

Buscando prover respaldo jurídico nessas circunstâncias, o Código Civil de 2002 trouxe três artigos intimamente ligados à onerosidade excessiva e a aplicação prática do assunto sob a ótica contratual, ainda que a noção esteja diretamente ligada a outros princípios e artigos. Dessa forma, cumpre-se trazer à baila os dispositivos indicados, a saber, artigos 478, 479 e 480, in verbis:

> "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.
>
> Parágrafo único. Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.
>
> Art.479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.
>
> Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva."

Nesse sentido, assim sustenta a remansosa doutrina de Silvio Rodrigues:

> "A ideia é evitar que nos contratos comutativos em que, por definição, há uma presumível equivalência das prestações, o tempo desequilibre a antiga igualdade, tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa em relação à outra. Se isso ocorrer e inspirado no preceito que evita o enriquecimento sem causa (...) permite o legislador que, a pedido do interessado, o juiz determine a rescisão do contrato. (RODRIGUES, 2002, pp. 131-132)".

É o que sustenta, também, a tradicional lição doutrinária de Álvaro Vilaça Azevedo:

> "Essa cláusula protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu. (AZEVEDO, 2018, p. 33)".

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro admite a resolução do contrato em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível que dificulte extremamente o cumprimento de obrigação de um dos contratantes. Ou seja, a alteração radical das condições econômicas nas quais o contrato foi pactuado é considerada uma das causas que podem ensejar sua resolução (GOMES II, 2008, p. 214).

No entanto, há de se destacar que também a revisão dos contratos é medida inegavelmente recepcionada pelo Código Civil brasileiro, pois diz respeito à aplicação do equilíbrio econômico do contrato. A esse respeito, inclusive, bem assenta a doutrina pátria no sentido de que:

> "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual. (Enunciado nº 176, III Jornada de Direito Civil)".

Para tanto, a prestação não deve ser excessivamente onerosa apenas em relação ao devedor, mas a toda e qualquer pessoa que se encontrasse em sua posição, eis que o fundamento da revisão e resolução por onerosidade excessiva é justamente o desequilíbrio entre as prestações, ou seja, a perda de reciprocidade entre elas (GOMES II, 2008, pp. 214-215). Não pode, portanto, a "*excessiva onerosidade servir de panaceia para proteger o mau devedor*" (VENOSA, 2013, p. 88).

Ademais, não basta que a prestação tenha se agravado exageradamente. Requer-se, concomitantemente, que o evento seja extraordinário e imprevisível. É dizer:

> "Não basta que o acontecimento seja extraordinário, porque, se suscetível de previsão, descabe resolução. Não basta que seja imprevisível, porque, sendo normal, pouco importa que as partes não o tenham previsto. (GOMES II, 2008, p. 215)".

Semelhante posicionamento é adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "A intervenção do Poder Judiciário nos contratos, à luz da teoria da imprevisão ou da teoria da onerosidade excessiva, exige a demonstração de mudanças supervenientes das circunstâncias iniciais vigentes à época da realização do negócio, oriundas de

> evento imprevisível (teoria da imprevisão) e de evento imprevisível e extraordinário (teoria da onerosidade excessiva), que comprometa o valor da prestação, demandando tutela jurisdicional específica. (STJ, Recurso Especial 1.321.614/SP, 3ª T., rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16.12.2014)".

Dessa forma, depreende-se que para incidir a resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva se faz necessária a presença de quatro requisitos previstos em lei, quais sejam: (i.) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; (ii.) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo ao da celebração; (iii.) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; (iv.) e imprevisibilidade daquela modificação (PEREIRA, 2018, p. 180).

Atribui-se ao juiz, em circunstâncias que destoam totalmente das possibilidades de previsibilidade, o poder de intervir na economia e vontade do contrato para reajustes razoáveis das prestações em apreço. No mais, a onerosidade excessiva, por si só, não dissolve o contrato de pleno direito. A jurisdição estatal, manifestada por sentença, é medida imprescindível para que ocorra a dissolução do contrato, pois é o juiz quem decide se há ou não onerosidade excessiva, e a experiência prática bem demonstra que, sem essa intervenção estatal, importantes segmentos sociais seriam levados à penúria (GOMES II, 2008, pp. 218-220; VENOSA, 2013, p. 90).

Nesse sentido, impossível divergir da ideia de que a jurisdição estatal é uma das mais importantes funções do Estado, e se apresenta na medida em que este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do litígio que os envolve, sempre com justiça. Busca-se, assim, fazer com que se atinjam os objetivos das normas de direito substancial (DINAMARCO, 2006, pp. 146-147).

Ademais, há de se destacar que a relação jurídica que se estabelece no processo não é uma relação de coordenação, mas sim de poder e sujeição. O interesse público na resolução dos conflitos e controvérsias predomina sobre os interesses divergentes dos litigantes (DINAMARCO, 2006, p. 96).

Em decorrência disso, em que pese o princípio do *pacta sunt servanda* garantir, nos moldes dos princípios basilares jurídicos do Direito Civil, a força contratual entre as partes celebrantes, o direito positivado, aplicado pelo Poder Judiciário, também se atentou em proteger o devedor quando verificada a quebra das situações fáticas ante o momento da assinatura do instrumento contratual.

Nesse sentido, o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina admite que "*é possível o abrandamento do pacta sunt servanda para evitar a onerosidade excessiva a uma das partes.*" (TJSC, Apelação Cível 0006157-32.2009.8.24.0033, 5ª Câm. de Dir. Com., rel. Des. Monteiro Rocha, j. 25.10.2018).

É o que se verifica, por exemplo, nas relações contratuais afetadas pela pandemia decorrente do COVID-19, tendo em vista o desequilíbrio contratual presente entre

as condições da data da celebração dos contratos e as do momento do adimplemento, que em sua maioria, não chegou a ocorrer.

Nesse sentido, depreende-se a manutenção comedida do *pacta sunt servanda*, como forma de preservar, porém reequilibrando, o negócio jurídico celebrado, e, se necessário, oferecendo auxílio jurisdicional para minimizar os prejuízos e atenuar o imbróglio enfrentado pelas partes.

Logo, o *pacta sunt servanda* afasta-se quando uma prestação se torna demasiadamente excessiva para uma das partes no momento de sua execução. Emerge-se, nesse momento, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual as convenções só devem ser obedecidas enquanto as circunstâncias permaneçam como estavam por ocasião do contrato (WALD, 2011, p. 231).

Nesse sentido, também não há que se falar em onerosidade excessiva se o fato, ainda que imprevisto, fosse previsível no momento oportuno para a assinatura do contrato. Além disso, o ordenamento jurídico tratou de destacar que o auspício jurisdicional seria pacífico quando o fato proveniente da onerosidade excessiva pudesse ser notório e atingisse um ramo de setores, razão pela qual, não há de se falar sobre onerosidade excessiva no que tange a situações enfrentadas por atividades específicas. Sob essa ótica, destaca-se jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

> "TEORIA DA IMPREVISÃO - INAPLICABILIDADE - DECRÉSCIMO NA EXPORTAÇÃO DE MADEIRA E CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL QUE TERIAM ACARRETADO AUMENTO DOS CUSTOS E DECRÉSCIMO DOS LUCROS DA EMPRESA DEVEDORA - AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA - CIRCUNST NCIA INERENTE AO RISCO DA ATIVIDADE COMERCIAL - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - FATOR QUE NÃO CONFIGURA ACONTECIMENTO EXTRAORDINÁRIO E IMPREVISÍVEL - INCONFORMISMO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0701617-22.2012.8.24.0023, 2ª Câm. de Dir. Com., rel. Des. Robson Luz Varella, j. 29-08-2017)".

Em que pese as circunstâncias fáticas não vislumbrarem possíveis mudanças a longo prazo sob a ótica da atividade contratual envolvida, é passível que os fatos se alterem e, assim, não há motivos pelos quais se torne coerente a aceitação do reclamante. É o que se vislumbra, por exemplo, no tocante a alterações da taxa de juros e demais variações econômicas. "*É por essa razão que os tribunais não aceitam a inflação e alterações na economia como causas para a revisão dos contratos. Tais fenômenos são considerados previsíveis entre nós*." (GONÇALVES, 2019, p. 198).

A onerosidade excessiva que ora se aprecia neste artigo diz respeito a um cenário absolutamente imprevisível para qualquer das partes de um negócio jurídico. Diz-se isso tanto no que tange à ocorrência do evento, mas também, após ocorrido, as dimensões de seus impactos.

Tamanha é a excepcionalidade da pandemia decorrente do novo coronavírus que a Organização das Nações Unidas, por meio de seu secretário-geral António Guterres, já a coloca como a pior crise global desde a 2ª Guerra Mundial (AFP, 2020).

Ora, seria razoável sustentar o adimplemento de obrigações contratuais, tal como foram acordadas, ante a pandemia do COVID-19? Não nos parece a melhor alternativa.

A economia, mais do que estar intimamente ligada a números, não pode se afastar do fato de que, no mais das vezes, tais números representam vidas. A relutância em incidir a revisão contratual pode, conforme já vem se observando, ensejar o fechamento de diversas empresas.

Assim, pela impossibilidade de honrar irrazoáveis compromissos contratuais, não havendo emprego - em um país maculado pela triste marca de quase 13 milhões de desempregados (IBGE, 2020) -, a desigualdade social e a violência urbana ocuparão ainda mais espaço na sociedade brasileira.

Ante o exposto, difícil vislumbrar alternativa eficaz ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, senão pelo reajuste equitativo das obrigações decorrentes de contrato de prestação continuada, ao passo em que manifesta é a onerosidade excessiva causada pelo extraordinário e imprevisível acontecimento.

5. CONCLUSÃO

Depreende-se, portanto, que o *pacta sunt servanda* desponta importância singular desde as mais antigas relações contratuais, eis que implica força obrigatória das convenções por ele estabelecidas. Ou seja, determina que o pacto faz lei entre as partes e que os contratos celebrados devem ser integralmente respeitados e cumpridos.

No entanto, uma leitura lacônica do referido princípio pode, por vezes, implicar em consequências nefastas não somente às partes contratantes, mas também a todo o bem-estar coletivo. A pandemia decorrente do COVID-19 bem revela esse cenário.

Nesse sentido, o fechamento de diversos setores da economia brasileira deve ser amparado por uma readequação na esfera jurídica na medida em que representa um número considerável de pessoas economicamente envolvidas.

Dessa forma, o contrato, em primeiro plano, há de ser preservado, pois isso interessa não somente os próprios contratantes, mas também todos os demais envolvidos pelas relações jurídicas nele estabelecidas. A readequação das prestações pela onerosidade excessiva, fruto de mudanças profundas e imprevisíveis das condições fáticas, é mister para solucionar os diversos litígios decorrentes do cenário pandêmico.

Ora, inexistindo arrecadação, tal como vem se observando em incontáveis casos, impossível sustentar a manutenção integral das prestações.

Em circunstâncias como as que ora vivenciamos, a rigorosa aplicação do *pacta sunt servanda* sucumbe a um imperativo de justiça e de bem-estar coletivo, que reclama o reajuste equitativo das prestações a fim de salvaguardar o interesse coletivo.

A preservação é relevante ao próprio ordenamento jurídico e se revela, portanto, essencial ao plano econômico de um país subdesenvolvido que caminha em passos lentos – para não se dizer na contramão - ao pleno emprego.

Aventar em primeiro plano a resolução do contrato pode reverberar nefastas consequências à ordem jurídica e econômica, com significativos reflexos capazes de perpetuar a nossa marca mais conhecida de subdesenvolvimentismo, a desigualdade social.

Justamente nesse sentido é que as vias judiciais e extrajudiciais, conforme restou evidenciado, vêm caminhando. A preservação dos contratos pelo reajuste das prestações decorrentes de contrato de prestação continuada, destarte, se mostra como um verdadeiro alento aos diversos setores econômicos brasileiros e seus envolvidos, direta ou indiretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFP. *ONU diz que pandemia de Covid-19 é pior crise global desde a 2ª Guerra.* Isto é, 2020. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/onu-diz-que-pandemia-de-covid-19-e-pior-crise-global-desde-a-2a-guerra/. Acesso em: 18 setembro 2020.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos*. Volume 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BDINE JR., Hamid Charaf. In *Código Civil Comentado,* coord. Cezar Peluso, 12ª ed., Barueri: Manoele, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almerinda, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pelegrini e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais.* 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES I, Orlando. *Obrigações.* 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES II, Orlando. *Contratos.* 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Desemprego,* 2020. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em: 18 setembro 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Coronavírus Brasil*, 2020. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 18 setembro 2020.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano.* 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Joana. *716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil, segundo o IBGE.* El País, 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html. Acesso em: 18 setembro 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos.* 3ª v., 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Caso fortuito ou de força maior: principais delineamentos dogmáticos e conexões com a pandemia do coronavírus.* Revista IBERC, v. 3, n.º 2, pp. 220-240. Acessado em 03 de setembro de 2020. https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.121.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade* - Volume 3. São Paulo: Saraiva Educação, 2002.

SIMÃO, José Fernando. in SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie* - Volume 3. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.* 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.* 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos.* v. II, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: roman foundations of the civilian tradition.* Cape Town: JUTA, 1990.

HISTÓRIA, POLÍTICA E DIREITO NA CRISE DO LIBERALISMO: A CONTENDA ENTRE A AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E O GOVERNO VARGAS (1934-1939)

HISTORY, POLITICS AND LAW IN THE CRISIS OF LIBERALISM: THE FEUD BETWEEN THE BRAZILIAN INTEGRALIST ACTION AND THE VARGAS GOVERNMENT (1934-1939)

Guilherme Cidade Soares*

Resumo: O presente artigo discute a história das relações políticas, ideológicas e jurídicas desenvolvidas entre a Ação Integralista Brasileira (AIB) e o Governo Vargas, buscando determinar o papel ideológico-jurídico que os integralistas tiveram na consolidação do Estado Novo. Para tanto, a primeira seção deste trabalho traz a perspectiva da história hermenêutica do direito de Pietro Costa, adotada neste trabalho. Após, apresenta-se na segunda seção o desenrolar histórico entre o integralismo e o governo federal, iniciando em 1934 nos momentos anteriores à Intentona Comunista; passando pelo Golpe de 1937, que culmina na manobra elaborada por Getúlio Vargas que redireciona os camisas-verdes como inimigos do Estado; até o exílio de Plínio Salgado em Portugal após o *putsch* integralista fracassado em 1938. A terceira seção, por sua vez, busca apresentar concretamente as proximidades ideológicas entre os atores políticos aqui discutidos, partindo da inserção de ambos na crise liberal, que constrói a cultura política antiliberal do período entreguerras. Por fim, discutem-se as perspectivas jurídicas da AIB e do Governo Vargas a partir do ferramental do *juridicamente relevante,* trazido pela perspectiva da história hermenêutica do direito, utilizando-se das obras de Miguel Reale – jurista integralista – e Francisco Campos – jurista estadonovista.

Palavras-chave: Integralismo. Governo Vargas. Fascismo. Direito integralista. Crise do liberalismo.

Abstract: *This article discusses the history of the political, ideological and legal relations developed between the Brazilian Integralist Action (AIB) and the Vargas Government, seeking to determine the ideological and legal role that the integralists played in the consolidation of the Estado Novo. In order to do that, the first section of this work brings the perspective of the hermeneutic legal history of Pietro Costa, adopted in this*

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do IUS COMMUNE - Grupo Interinstitucional de História da Cultura Jurídica. Monitor da disciplina de História do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1189805121669210. E-mail: csoares.guilherme@gmail.com.

work. Then, in the second section, the historical development between integralism and the federal government is presented, starting in 1934 in the moments prior to the Intentona Comunista; passing through the Coup of 1937, which culminates in the maneuver elaborated by Getúlio Vargas that redirects the green-shirts as enemies of the State; until Plínio Salgado's exile in Portugal after the failed integralist putsch in 1938. The third section, in turn, seeks to concretely present the ideological closeness between the political actors discussed here, starting from the insertion of both in the liberal crisis, which builds the anti-liberal culture in the interwar period. Finally, the legal perspectives of the AIB and the Vargas Government are discussed based on the tooling of the legally relevant, brought by the hermeneutic legal history perspective, using the works of Miguel Reale – integralist jurist - and Francisco Campos – Estado Novo jurist.

Keywords: *Integralism. Vargas Government. Fascism. Integralist law. Crisis of liberalism.*

INTRODUÇÃO

O contexto nacional e internacional dos últimos anos trouxe ao palco central do debate político a questão do fascismo. A onda de movimentos de extrema-direita ao redor do globo, combinados à ampla crise que marca a segunda década do século XXI, faz com que temamos a repetição de um dos momentos mais trágicos da história contemporânea. No Brasil, o perigo se tornou mais concreto com a eleição de Jair Bolsonaro em 2018, acirrando-se em 2020 com a aparição de um movimento de extrema-direita mais organizado nas ruas brasileiras[1].

O movimento integralista, forma que o fascismo assumiu no Brasil na década de 30, também voltou a ocupar uma posição importante no debate histórico e político de nosso país. Vale destacar a investida do neointegralismo nesse meio tempo, como o caso do ataque à sede da produtora Porta dos Fundos – cujo vídeo de reconhecimento de autoria circulou o país, onde eram o ostentadas a bandeira integralista e do Brasil Império – e as diversas manifestações públicas que os movimentos neointegralistas têm realizado. Nesse contexto, surpreendeu os pesquisadores do tema o desconhecimento que toda a população brasileira possui acerca da Ação Integralista Brasileira (AIB), que foi o primeiro partido no país a assumir uma dimensão nacional, tendo reunido cerca de meio milhão de membros na década de 30 (TRINDADE, 1979, p. 1). Santa Catarina, por sua vez, foi o terceiro estado do Brasil com maior contingente integralista, onde foram eleitos 8 prefeitos e 71 vereadores da AIB nas eleições de 1934 (SOARES, 2018).

O que se verifica é que o fascismo brasileiro, hoje quase centenário, teve grande força política na década de 30, tendo influenciado os acontecimentos da época – e também, posteriormente, até os dias de hoje. Busca-se discutir no presente trabalho, portanto, uma das esquinas históricas que expõem o tamanho da força fascista no

[1] Não é o objetivo deste trabalho discutir se o *bolsonarismo* e os movimentos que gravitam em torno dele são de caráter fascista, razão pela qual é feita referência ampla à "extrema-direita". De todo modo, essa discussão é de extrema importância e sendo travada em diversas pesquisas pelo Brasil.

Brasil: a contenda travada entre a Ação Integralista Brasileira e o Governo Vargas em meados da década de 30, no seio da crise do liberalismo no período entreguerras. Na época, o governo federal e o movimento integralista formaram uma aliança anticomunista, que se forma em razão das crescentes movimentações de esquerda a partir da constitucionalização em 1934, que culminaram na Intentona Comunista em 1935, levada à cabo pela Aliança Nacional Libertadora (ANL).

A bibliografia histórica sobre o período aponta para a proximidade ideológica entre os dois movimentos, o que teria dado base para a aliança formada e o posterior apoio da AIB ao Golpe do Estado Novo que, no entanto, viria a marcar a virada política de Vargas com relação aos integralistas, deixando-os de fora da nova ordem. Nesse sentido, Calil (2010, p. 66) entende que

> Durante os meses que antecederam o golpe de Estado que inaugurou o Estado Novo, o movimento Integralista passou a apoiar ativamente o governo Vargas e seu projeto de centralização política. **Para tanto, contribuía não apenas através da disseminação de sua ideologia antiliberal, antipartidária e de defesa de um "Estado forte", mas também através de manifestações concretas em favor de Vargas.** (grifo meu)

É importante destacar como as semelhanças ideológicas que existiam entre os dois atores políticos apontados decorriam, num primeiro momento, da cultura política do período entreguerras, marcada pela crise do liberalismo e, portanto, pelo antiliberalismo e, especificamente no campo político do Governo Vargas e da AIB, pelo anticomunismo e o autoritarismo. Nesse sentido, Edgar Franke Serratto (2008, p. 169-170) aponta que as aproximações ideológicas entre os atores políticos devem ser entendidas a partir das representações coletivas encontradas na conjuntura ampla do pensamento político nacional e internacional, tomada pela crise do liberalismo no período entreguerras.

Nesse sentido, a questão que se levanta neste trabalho é a possibilidade de que, dentro das proximidades ideológicas entre o varguismo e o integralismo, seja possível observar uma proximidade de cunho jurídico, no sentido de que os movimentos defendiam um papel semelhante para o direito. Isto é, para além de um Estado não-liberal ou antiliberal e autoritário, defendia-se um direito que pudesse instrumentalizar esta posição político-ideológica.

Sendo assim, o presente artigo apresenta, de início, a perspectiva da história hermenêutica do direito de Pietro Costa, ferramental teórico utilizado para compreender o fenômeno jurídica entre o integralismo e o varguismo. Após, apresentam-se as relações político-ideológicas entre o Governo Vargas e a Ação Integralista Brasileira: retoma-se a história da aproximação forjada na década de 30 e as aproximações ideológicas entre os atores políticos no contexto da crise do liberalismo e da cultura política antiliberal. A partir disso, busca-se compreender as proximidades do ponto de vista jurídico, para que seja possível determinar o papel que a ideologia jurídica antiliberal e autoritária desempenhou na consolidação do Estado Novo e nos momentos históricos antecedentes. Para tanto, utiliza-se das obras de Francisco Campos, jurista

estadonovista, e Miguel Reale, jurista integralista, buscando traçar um paralelo entre as obras aqui analisadas.

Por fim, é importante destacar que este trabalho se insere num esforço maior de compreensão que buscar apreender o conteúdo jurídico da ideologia integralista, para que seja possível compreender com mais clareza a história do fascismo e da extrema-direita no Brasil e o papel do direito nesse processo. Como juristas, é importante que tenhamos clareza acerca das práticas autoritárias desenvolvidas ao longo de nossa história.

UMA HISTÓRIA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A perspectiva da história hermenêutica do direito de Pietro Costa parte inicialmente da constatação de que as grandes narrativas historiográficas dos séculos XIX e XX, como o positivismo tardo-oitocentista, estão em crise devido à incapacidade de explicação da realidade que se complexifica (COSTA, 2010, p. 17-18). Um dos pontos principais dessa incapacidade diz respeito à problematização da relação sujeito-realidade/objeto:

> [...] a possibilidade de uma descrição "pura" da realidade, a empregabilidade das categorias (originalmente positivistas) de "fato" e de "observação", foram energicamente colocadas em dúvida, no âmbito dos mais recentes debates epistemológicos.
> [...]
> E se observa então que não existe, por parte de nenhum cientista, uma observação "pura" do fato: a observação é necessariamente "sobrecarregada de teoria"; o cientista não registra passivamente os fatos, mas os seleciona, os ordena, os constrói: em resumo os compreende a partir da sua específica formação cultural e profissional. Não é possível colher os fatos em sua nua objetividade, mas é inevitável perceber-los através da mediação da cultura, da linguagem, do saber próprios do ambiente histórico e da camada profissional aos quais se pertence. (COSTA, 2010, pp. 19-20)

No âmbito das ciências humanas, é importante destacar o elemento complexificador de que o observador não está fora do objeto analisado, mas sim envolvido nele (COSTA, 2010, p. 20). Ademais, no campo do saber historiográfico, lida-se com o passado, uma realidade que não é mais, fazendo com que o historiador nunca consiga se encontrar de fato em frente aos fatos, mas a testemunhos, pegadas, sinais, daquilo que já se foi (COSTA, 2010, p. 20). Nesse sentido:

> **A historiografia, portanto, não é a descrição de coisas ou estados de coisas, mas atribuição de sentido: portanto, interpretação.** Uma relação entre historiografia e hermenêutica é uma relação de espécie e gênero: aquela operação intelectual que chamamos historiografia é compreensível enquanto reconduzível à lógica da interpretação. Não toda interpretação é historiografia,

> **mas toda operação historiográfica, como decifração de textos, testemunhos, sinais, como reconstrução de um "sentido", é interpretação** (COSTA, 2010, p. 21; grifo meu)

Portanto, a partir da associação entre história e hermenêutica, o autor extrai quatro consequências fundamentais para o trabalho historiográfico. As duas primeiras tratam da posição do passado e dos fragmentos que ele nos apresenta. Para Costa (2010, pp. 21-22), os textos que o historiador analisa são pontos de vista parciais e contraditórios da realidade que se busca descrever, o que faz com que não possamos construir um resultado unívoco sobre o que aconteceu. Já as duas últimas consequências tratam da posição do intérprete/historiador: os significados dos textos não são *encontrados*, mas sim *inventados* pelo intérprete. É dada importância à dimensão subjetiva do historiador, em detrimento de uma aspiração de objetividade. No entanto, faz um alerta: a interpretação e a subjetividade não estão soltas no ar, mas ligadas à própria cultura, linguagem, teoria, valores, dentre outros fatores, partilhados pelo historiador que realiza o processo cognoscitivo (COSTA, 2010, p. 22-23).

Nesse âmbito, é preciso discutir a especificidade da história do direito em uma perspectiva hermenêutica. Para Costa (2010), e também não poderia ser diferente, "[...] a história do direito é a interpretação de textos jurídicos" (COSTA, 2010, p. 43). No entanto, impõe-se a questão acerca da definição do *direito* nesta *história,* ou seja, a de que texto é um *texto jurídico* para um historiador do direito, no sentido de qual é uma suposta *natureza jurídica* que diferencia este texto dos demais textos históricos (COSTA, 2010, p. 43).

Para o autor, uma história hermenêutica do direito pode recorrer a diferentes recursos para estabelecer uma definição de *direito,* pois essa definição não é um objetivo de pesquisa, e sim um instrumento utilizado para determinar o objeto das operações interpretativas (COSTA, 2010, p. 53). Nesse sentido, de forma diversa do filósofo, o historiador precisaria de uma definição *fraca* de direito, de "[...] uma definição formal, aberta a conteúdos, uma visão parcial e não holística, **uma teoria flexível e não rígida"** (COSTA, 2010, p. 53; grifo meu). Assim, o trabalho historiográfico se torna a combinação de duas pressuposições hermenêuticas diferentes.

> **Por um lado, recorremos às nossas ideias prévias de direito e assim determinamos os textos *juridicamente relevantes*; por outro lado, introduzimos uma distinção adicional no interior dos textos juridicamente relevantes, uma distinção correspondente à diferença entre o processo social e as representações culturais desse processo.** (COSTA, 2010, p. 57; grifo meu)

Assim, o historiador pode classificar os textos *juridicamente relevantes* entre textos de direito e textos sobre o direito. Os do primeiro tipo estão ligados ao processo social em si, como os instrumentos normativos. Já os de segundo tipo estão ligados à representação cultural do processo social, e é lá onde encontramos as reflexões teoréticas acerca do direito (COSTA, 2010, p. 57). Dentro desse esquema, o presente trabalho se liga mais aos textos de segundo tipo, levantando um instrumento de de-

finição dos textos *juridicamente relevantes* para analisar as representações culturais do integralismo e do varguismo acerca do direito.

AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E GOVERNO VARGAS: A HISTÓRIA POLÍTICA

Foi no contexto de aumento na perseguição política aos comunistas que se intensificaram as aproximações entre a Ação Integralista Brasileira e o governo federal, culminando no Golpe de 1937. Sendo assim, o escopo temporal das relações a serem analisadas parte dos antecedentes da Intentona Comunista, em 1935, indo até o final da década de 30, quando Plínio Salgado, Chefe Nacional da AIB, vai ao exílio em Portugal. Expõem-se aqui, portanto, as formas com que a AIB e o Governo Vargas se articularam no período destacado e o papel que as proximidades ideológicas entre os atores políticos tiveram ao longo desse percurso. A centralidade do debate gira em torno do golpe estadonovista, nos seus preparativos e consequências, pois se trata do período de mais intenso intercâmbio entre a AIB e o Governo Vargas, como se verá.

O contexto anterior à Intentona Comunista, marcado pela crescente atividade de esquerda, já dava o tom de como seriam as relações político-ideológicas a serem desenvolvidas entre os integralistas e Getúlio Vargas. Segundo Stanley Hilton (1977, p. 40), já em 1934 Vargas captou o crescimento da atividade comunista, tendo circulado nos bastidores da política a impressão de que as autoridades públicas bem recebiam o apoio da Ação Integralista Brasileira no embate anticomunista. Sendo assim, quando da proscrição da ANL em julho de 1935, Vargas teria defendido os integralistas de exigências de que o partido dos verdes também fosse proscrito (HILTON, 1977, p. 40).

Dessa forma, quando ocorre o levante comunista, já no final de 1935, novamente é reforçada uma posição de proximidade entre a AIB e o governo federal. Na ocasião, Salgado telegrafou a Vargas oferecendo 100.000 homens para a defesa nacional, ao que Vargas teria respondido que o apoio da AIB poderia ser valioso em um movimento preventivo e repressivo (HILTON, 1977, p. 41).

Com efeito, em decorrência da Intentona, inicia-se o processo de fechamento do Estado. Diego Nunes (2014, p. 111-112) aponta que logo após o levante da Aliança Nacional Libertadora (ANL), aprovou-se "a toque de caixa" a Lei nº 136/1935, que trazia uma ampla modificação em diversos dispositivos da Lei de Segurança Nacional de 1935 (Lei nº 38/1935)[2]. A mira da repressão se direcionava aos oficiais da administração militar e pública envolvidos na Intentona: "Foi, portanto, um expurgo na administração estadual através do desenvolvimento da Lei de Segurança" (NUNES, 2014, p. 112; tradução livre). No entanto, Vargas entendia que as leis excepcionais não seriam suficientes, imaginando que a repressão cessaria em razão da incompatibilidade da nova legislação para com a Constituição de 1934 (NUNES, 2014, p. 117). Assim, mesmo após a declaração do Estado de Sítio em razão da Intentona Comunista, surge como solução definitiva a Emenda Constitucional nº 1/1935, trazida pelo

[2] Na ocasião, a AIB aproveitou para se impor no cenário, tendo o deputado Jehovah Motta colocado a milícia integralista à disposição do governo (NUNES, 2014, p. 112).

Decreto Legislativo nº 6/1935, que permitia criação de um Estado de Guerra fictício, podendo ser declarado em caso de "comoção intestina grave" e que deixava ao Presidente da República o poder de decidir quais liberdades públicas permaneceriam em vigor (NUNES, 2014, p. 117). O Estado de Guerra foi então sucessivamente renovado no período de 1936-1937, até o Golpe do Estado Novo (ESTADO..., 2009).

O que é interessante notar é que mesmo durante o cerco às liberdades políticas trazido pelas medidas tomadas naquele momento, a Ação Integralista Brasileira seguiu em franco crescimento. Para Hilton (1977, p. 25), a Intentona Comunista teria servido como dádiva aos integralistas, que vinham fazendo advertência sobre a "ameaça comunista" no Brasil, tendo sido o ano de 1936 bem representativo do fenômeno, quando a AIB obteve grande sucesso eleitoral na Região Sul do Brasil[3], como no caso de Santa Catarina.

No entanto, é em 1937, já com os preparativos do Golpe do Estado Novo, que a aproximação entre a Ação Integralista e o Governo Vagas se tornou mais concreta. Diversos autores apontam o papel importante, quando não decisivo, dos integralistas na concretização do Estado Novo, mas com impressões diversas acerca dos acontecimentos.

Para Rogério Lustosa Victor (2004, p. 20), a AIB corroborou para a implantação da ditadura varguista em dois sentidos: **pela difusão da concepção integralista acerca do papel do Estado** – entendida como a noção de que "[...] o Estado deveria ser forte e estar acima dos pequenos conflitos que dividiam a nação" (VICTOR, 2020, p. 48) – e pela efetiva participação política nas articulações que culminariam no golpe. No mesmo sentido vai Hilton (1977, p. 45), para quem "O curso dos acontecimentos em 1937 insinuava a existência de um entendimento, pelo menos tácito, entre o Governo e o partido". Do ponto de vista ideológico, **entende que o anticomunismo parecia ser o que ligava Vargas e os integralistas** (HILTON, 1977, p. 40). Da mesma forma, como já apontado na introdução deste trabalho, Gilberto Calil (2010, p. 66) visualiza a contribuição da Ação Integralista brasileira na disseminação da ideologia antiliberal e autoritária, bem como no apoio político concreto em favor do governo federal. Já Giselda Brito Silva (2005, p. 237), de forma relativamente diversa, compreende que "[...] a articulação do integralismo no golpe do Estado Novo foi um ato de alguns indivíduos, não se podendo afirmar que os integralistas apoiaram o golpe". De toda forma, a autora compreende que as construções teóricas de um Estado forte e autoritário serviram de base ao Estado Novo[4] (SILVA, 2007, p. 203).

[3] Como reflexo dessa rápida expansão, a AIB passa a enfrentar problemas com os governos estaduais (HILTON, 1977, p. 29-31). Em 1937, com o aumento da proximidade entre os integralistas e o governo federal, o Ministro da Justiça deixa claro que o governo não tinha aprovado o fechamento das sedes da AIB na Bahia. Adiante no mesmo ano, o Tribunal Superior da Justiça Eleitoral (TSJE) resolve que o governo baiano não podia manter a Ação Integralista proscrita, ao passo que o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) rejeitou uma petição do estado solicitando autorização para efetuar prisões preventivas e ordenou que as autoridades libertassem os presos integralistas (HILTON, 1977, p. 45-46).

[4] É importante destacar que, para a autora, a proximidade ideológica entre os dois atores políticos era evidente, mas que não é possível "[...] afirmar que o Estado Novo tenha representando a efetivação dos ideais integralistas" (SILVA, 2005, p. 236). Mesmo assim, entende que a propagação dos ideais da AIB, como as críticas à liberal democracia e a defesa de um Estado forte, forneceram condições de possibilidade para os discursos de Getúlio (SILVA, 2005, p. 237), inclusive tendo os discursos se voltado contra os próprios criadores (SILVA, 2007, p. 226).

Avançando no tempo histórico, é importante discutir alguns marcos relevantes que compõem a contradição das aproximações políticas entre a AIB e Vargas até a consolidação do Golpe de 1937. O primeiro deles é a reunião entre Francisco Campos, à época consultor-geral da República, e Plínio Salgado, relatada na carta enviada por Salgado a Vargas em janeiro de 1938, após a "traição" do Presidente da República. Na ocasião, o jurista varguista expôs os planos para o Golpe de 37 e apresentou a Salgado uma cópia da constituição que seria outorgada (SALGADO, 1938, p. 4). Ademais, também afirmou ao Chefe da Ação Integralista que o integralismo seria a base do Estado Novo (SALGADO, 1938, p. 5), tendo Salgado acatado a nova constituição, requerendo, no entanto, que os integralistas fossem "[...] tratados com respeito e mantidos em nossa missão apostolar" (SALGADO, 1938, p. 5). Em decorrência da reunião com Campos, ocorreu também o primeiro encontro de Plínio Salgado com Getúlio Vargas, onde novamente teria sido reforçado um papel precípuo da AIB na nova ordem que se avizinhava (SALGADO, 1938, p. 6-7).

Logo após os encontros entre Salgado, Campos e Vargas, explodiu a conspiração do Plano Cohen, segundo marco histórico que se busca apresentar, e que aparece na carta do integralista ao Presidente[5]. Tal Plano, como é sabido, é uma farsa desenvolvida pelo então capitão do exército e integralista Olímpio Mourão Filho. Havendo múltiplas versões acerca do que de fato aconteceu na elaboração da conspiração, sobressai-se em Campos (1986, p. 71-71), Hilton (1977, p. 47) e Mezzaroba (1992, p. 96-97)[6], a de que o plano teria sido ordenado pelo próprio Plínio Salgado para ser utilizado dentro das fileiras do partido, mas que tendo o plano caído em mãos governistas, foi repassado a Vargas e utilizado como pretexto para o Golpe de 1937. Novamente o sentimento anticomunista, agora sob um acontecimento completamente forjado, era utilizado como pretexto para o fechamento do regime varguista.

O terreno para o golpe estava preparado e a participação integralista, ainda que complexa, era evidente, como se observa. Mesmo assim, poucos dias antes da implantação da ditadura estadonovista, a AIB novamente dá uma "prova" de sua proximidade com o governo federal, sendo esse o terceiro marco histórico que se busca sublinhar. No dia 1º de novembro de 1937, os integralistas marcharam na Capital em direção ao Palácio do Catete, levando, segundo Salgado (1938, p. 7), 50.000 homens. A discussão desse fato em específico expõe a complexidade do jogo político que se desenvolve entre os camisas-verdes e o governo federal. Para Hilton (1977, p. 49-50 e 55), a marcha se originou da apreensão dentro do partido integralista quanto às relações que eram desenvolvidas na antessala golpista, sendo uma demonstração de força política, mas que acabou gerando um efeito reverso, tendo em vista que os

[5] "Elle me deu a notícia de um documento que o Estado Maior do Exército havia apreendido e que iria crear um ambiente para o golpe, pois diante de tal documento o perigo comunista se apresentava tão grave, que se tornaria necessário o "estado de guerra" (SALGADO, 1938, p. 5).

[6] Em verdade, cita três diferentes versões acerca dos meandros da elaboração do Plano Cohen. A primeira aponta que o então capitão Olímpio Mourão Filho teria elaborado o plano nas dependências do Estado Maior do Exército (EME) e sido descoberto pelo major Caiado de Castro, que o encaminha para o Presidente Vargas. A segunda versão é a exposta no corpo do texto e que é defendida por Olímpio Mourão Filho. Por fim, a terceira versão é exporta por Affonso Henriques, que defende que Olímpio teria sido usado por Vargas e Góes Monteiro para fingir datilografar o Plano Cohen e ser pego pelos seus colegas de trabalho. Para corroborar sua versão, cita o dito por Salgado na carta enviada a Vargas em janeiro de 1938 (MEZZAROBA, 1992, p. 95-99).

agentes do governo federal teriam contado a presença de apenas 17.000 pessoas. Calil (2010, p. 66-67) aponta que a marcha serviria como demonstração de força e apoio a Vargas e assinala sua similitude com a Marcha Sobre Roma do fascismo italiano. Reynaldo Pompeu de Campos (1987, p. 77), da mesma forma, aponta a dualidade da marcha integralista entre apoio e demonstração de força, e Silva (2007, p. 219), por fim, segue no mesmo sentido, assinalando ainda a possibilidade de Getúlio ter visto a marcha como uma ameaça ao seu poderio, razão pela qual teria decidido pela traição.

Por fim, o quarto e último marco histórico que compõe o jogo político entre verdes e trabalhistas é a execução do Golpe de 1937. Hilton (1977, p. 50) aponta o adiantamento da data do golpe, de 15 para 10 de novembro de 1937, como primeiro indício captado por Salgado de que os integralistas não eram tratados com lealdade. No fatídico discurso proferido por Vargas na noite do golpe estadonovista, nenhuma palavra de aliança foi proferida em direção aos integralistas[7]. Silva (2005, p. 230-231) vai adiante e afirma que Getúlio discursou, inclusive, em oposição aos integralistas.

Sendo assim, consolidado o Golpe de 1937 com a traição sofrida pelos integralistas, o que se sucedeu imediatamente foi uma perseguição da nova ordem aos camisas-verdes. Os veículos midiáticos foram impelidos pelo governo federal a lançar ataques à Ação Integralista Brasileira[8] e a repressão no âmbito dos estados retornou com força (SALGADO, 1938, p. 8-9). Ademais, os integralistas foram igualmente atingidos pelo Decreto-Lei nº 37 de 1937, que dissolveu todos os partidos políticos.

É importante destacar que no período entre o Golpe de 37 e as tentativas de golpe pelos integralistas, ocorreu uma busca de reconciliação entre os atores políticos. Salgado reuniu-se duas vezes com o ministro Francisco Campos e se encontrou inclusive com o presidente Getúlio Vargas, que reafirmou a necessidade do fechamento completo do partido para que o Chefe integralista viesse a ocupar o cargo de Ministro da Educação, como lhe fora prometido (SALGADO, 1938, p. 10)[9].

As negociações ainda seguiram após a proscrição da AIB, mas vieram a colapsar em face da campanha antiintegralista que irrompe no início de 1938 (HILTON, 1977, p.

[7] "A maior de todas as surpresas que tive em 10 de Novembro foi o discurso de V. Exia. Nessa noite fiquei completamente convencido de que estávamos alijados desde o primeiro dia. Não houve uma palavra de carinho para o Integralismo ou para os integralistas. Entretanto era um movimento e eram homens que tudo fizeram pela Nação e que sempre foram leaes para com V. Exia. Nos momentos mais difíceis. Por todo o paiz, ouvindo o radio, um milhão e meio de brasileiros baixavam a cabeça amargamente." (SALGADO, 1938, p. 8).

[8] "A censura de imprensa começou a dar ordens que mais parecem de inimigos de V.Exia. Prohibiu a publicação de meu nome muitas vezes ou em typo que ultrapassasse o tamanho indicado; prohibiu elogios até literários sobre livros de minha autoria; prohibiu que se dissesse que fundei o Integralismo, ou que fiz campanha nacionalista; prohibiu que se usassem as palavras integralismo, intregralista, integral, etc." (SALGADO, 1938, p. 8)

[9] Nesse ponto fica claro como a aproximação se dava muito mais da parte de Salgado do que da Ação Integralista Brasileira enquanto movimento, tendo em vista a extensa repressão a que eram os submetidos os militantes camisas-verdes, o que vem em direção ao entendimento de Silva (2005, p. 237) de que o apoio ao Golpe do Estado Novo partiu de indivíduos integralistas específicos. Por óbvio, o apoio do Chefe Nacional e maior nome do integralismo é extremamente relevante, principalmente quando se põe em evidência a estrutura rígida e altamente hierárquica da AIB.

52-53). Para Victor, (2004, p. 23), "Em janeiro de 1938, enquanto Vargas acenava com a possibilidade de entendimento, Salgado já se encontrava em franca conspiração". A conspiração de que se fala foram as duas tentativas de tomada do poder por parte dos integralistas no início daquele ano, em 10 de março e 11 de maio (esse de maior relevância e normalmente conhecido como o *putsch* integralista), onde se processou uma antes improvável aliança entre liberais e integralistas, ou seja, os derrotados por Vargas em 1930 e 1937 (VICTOR, 2004, p. 23).

Não é o objetivo deste trabalho explorar os fracassos integralistas de 1938, mas cabe uma breve digressão acerca da repressão sofrida pelos verdes após as tentativas de golpe. Depois do *putsch* de 11 de maio, "A repressão foi implacável e perto de 1.500 pessoas foram detidas, entre integralistas, simpatizantes e adversários de Vargas" (CAMPOS, 1986, p. 89). Do ponto de vista do direito, o governo federal legislou imediatamente, expedindo os Decretos-Lei nº 428, 431 e 474, que trouxeram alterações como a limitação de testemunhas e advogados, a pena de morte e um rito processual ao Tribunal de Segurança Nacional que tornou possível todo o procedimento em apenas cinco dias e, depois de algumas ponderações, em oito dias (CAMPOS, 1986, p. 89-90). Também é relevante apontar a repressão ocorrida no dia, como no caso em que a polícia e familiares de Vargas assassinaram oito integralistas (CAMPOS, 1986, p. 96)[10].

Um último acontecimento que nos é importante mencionar acerca das relações desenvolvidas entre a AIB e o Governo Vargas é o caso do exílio de Plínio Salgado em Portugal. Calil (2010, p. 78-79) aponta que após a prisão do Chefe Nacional da Ação Integralista Brasileira em 1939, lhe foi oferecido pelo governo federal um lugar de Ministro Plenipotenciário na Europa, o que Salgado teria negado, refugiando-se por conta própria. No entanto, Calil (2010, p. 79-80) sugere que durante seu exílio em Portugal o líder integralista teria recebido auxílio financeiro do governo brasileiro. Sobre esse período, também é relevante sublinhar as diversas manifestações emitidas por Plínio no sentido de uma reaproximação com Getúlio. À parte de uma ou outra iniciativa de Vargas, as tentativas de Salgado não lograram êxito (CALIL, 2010, p. 80-85).

Por fim, antes de concluir essa seção do trabalho, é importante discutir acerca das razões que levaram Vargas a romper com/trair os integralistas. Stanley Hilton (1977, p. 53-57) cita três fatores que fizeram Vargas virar-se contra os integralistas: (i) as considerações de política externa, relativo à relação de Vargas com os Estados Unidos da América, cujo governo possuía restrições ao eixo nazifascista e suas práticas comerciais, e onde se difundia a imagem de proximidade entre o nazismo e o integralismo e esse, por sua vez, com o governo brasileiro; (ii) a necessidade de

[10] Possivelmente os oito integralistas assassinados eram milicianos integralistas que foram enganados pelos mandatários do *putsch* para que participassem da atividade. Victor (2004, p. 29-30) relata o recrutamento dos milicianos, o seu refúgio entre os arbustos do Palácio da Guanabara e o posterior fuzilamento dos "[...] integralistas escondidos nos jardins do Palácio Guanabara" (VICTOR, 2004, p. 30). Campos (1986, p. 91), por sua vez, traz o caso de "[...] humildes trabalhadores integralistas" que teriam sido embriagados pelos integralistas e enganados a acreditarem que se tratava de uma missão de defesa do Presidente da República: "[...] todos nós aos primeiros tiros disparados dentro do pátio do palácio Guanabara tratamos de correr espavoridos logo que nos foi possível perceber a finalidade da missão" (CAMPOS, 1986, p. 91).

eliminar um desafio potencial a sua autoridade[11]; e (iii) a pressão das altas patentes do exército pela eliminação da AIB, que receava a atração que o integralismo gerava na oficialidade jovem, sendo este o principal determinante para o insucesso dos integralistas (HILTON, 1977, p. 56-57).

Para Giselda Brito Silva (2007, p. 229), "[...] ao convidar Plínio Salgado para apoiar o golpe, Getúlio procurava retardar um confronto mais direto com os integralistas, logo nos primeiros momentos de implantação do Estado Novo", o que vai de encontro com o segundo fator levantado por Hilton (1977). Ademais, a autora também cita a necessidade de cooptar os integralistas para tornar possível a neutralização dos comunistas (SILVA, 2007, p. 225), o que também é próximo do apresentado por Hilton (1977, p. 41) de que Vargas viu um valor preventivo e repressivo na AIB quando da eclosão Intentona Comunista. Silva (2007, p. 233-234) atribuiu então um duplo papel à Ação Integralista de aliada e de instrumentos de manobra do governo federal. Nesse sentido, os integralistas emergiam como um dos principais atores da implantação e legitimação do Estado Novo, mas ocupando lugares diversos nas práticas discursivas e não discursivas entre 1932 e 1937.

Observa-se que há uma diferença nas conclusões dos autores citados acima. Enquanto Hilton (1977) destaca um entendimento inicial entre os atores políticos aqui analisados e uma posterior virada por parte do Governo Vargas, Silva (2007) aponta as posições complexas ocupadas pela AIB durante todo o tempo. De todo modo, ambos os entendimentos não são necessariamente excludentes. Mesmo que assumamos que ambos os atores foram aliados francos até a ruptura em 1937, ainda eram atores políticos diversos com agendas e aspirações próprias. No mesmo sentido, também é impossível negar a aproximação política e ideológica desenvolvida ao longo dos anos entre a AIB e o governo de Getúlio – inclusive após o Golpe do Estado Novo –, extensamente relatada pela bibliografia e demonstrada na narrativa histórica aqui construída. Se Getúlio assumiu uma posição contraditória, Plínio Salgado, por sua vez, demonstra diversas vezes sua vontade de aproximação quase que insistente, mesmo depois da bruta perseguição sofrida por seus companheiros e de sua própria prisão e exílio. Nesse sentido, resta claro que a Ação Integralista Brasileira foi peça extremamente importante para a consolidação política e ideológica do Estado Novo.

APROXIMAÇÕES IDEOLÓGICAS ENTRE O INTEGRALISMO E VARGAS NA CRISE DO LIBERALISMO

Como verificamos, é pacífico na bibliografia histórica que haviam aproximações ideológicas entre a Ação Integralista Brasileira e o Governo Vargas. De todo modo, é importante apontar concretamente as semelhanças. Edgar Serratto (2008,) discute o discurso ideológico varguista e integralista partir do nexo da crise do liberalismo, que engendrou a cultura política antiliberal, anticomunista e autoritária do período entreguerras. Para o autor, as proximidades entres os discursos

[11] "O presidente-ditador comentara com Góes Monteiro 'por mais de uma vez, que o que queriam [os integralistas] era 'hindenburgzá-lo', a exemplo do que fez Hitler... com o velho Marechal Hindenburg" (HILTON, 1977, p. 54).

> não podem ser entendidas como uma simples similaridade de posicionamento ideológico entre estas produções, mas sim, **como resultantes da apropriação e reinterpretação das representações coletivas que se encontravam em uma conjuntura mais ampla do pensamento político-cultural nacional e internacional, ou seja, na cultura política pertinente a ambos.** Portanto, podemos entender estas características como **uma exteriorização dos lugares comuns da cultura política deste período entre-guerras.** (SERRATTO, 2008, p. 169; grifo meu)

A cultura política do entreguerras foi marcada pela crise do mundo liberal, apontado como incapaz de resolver os problemas que a nova dinâmica social apresentava, tendo em vista a catástrofe da Primeira Guerra Mundial e da Crise de 29 (SERRATTO, 2008, p. 169-170). O ideário antiliberal atingira, assim, o nível da "pessoa comum" e girava em torno da percepção de que tanto o liberalismo político quanto o econômico estavam ultrapassados, de modo que se buscava redirecionar o Estado em função de propostas pautadas na negação do modelo liberal (SERRATTO, 2008, p. 170).

Nesse panorama, é preciso observar o recebimento da cultura política antiliberal no Brasil, quando surgem sujeitos representantes do pensamento autoritário-corporativo brasileiro, entre eles os varguistas e integralistas, como Francisco Campos, Oliveira Vianna, Miguel Reale, Plínio Salgado, etc. (CAMARGO, 1989, p. 21 *apud* SERRATTO, 2008, p. 174). Nesse aspecto, Lenharo (1986, p. 16-17 *apud* SERRATTO, 2008, p. 178) apresenta a proposta de reformulação social desenvolvida pelo pensamento nacional antiliberal de direita: a) a associação da nação a uma totalidade orgânica, indivisível e harmoniosa; b) o funcionamento das partes da nação como órgãos de um corpo, como no caso do corporativismo que prega a colaboração entre as classes sociais: e c) a visão do governante como uma cabeça dirigente, que não pode entrar em conflito com o restante do corpo social, evidenciando o autoritarismo do pensamento antiliberal de direita.

Nesse aspecto, as semelhanças que são visualizadas entre integralismo e varguismo no que diz respeito ao antiliberalismo podem ser apontadas, primeiramente, a partir de uma forma genérica. Para ambos, as ideias liberais são ultrapassadas, pertencendo ao contexto histórico do século XIX e sendo incapazes de responder à realidade do presente (SERRATTO, 2008, p. 187). O integralismo visualiza o mal do liberalismo localizado no "erro filosófico" que consagrou os ideais do materialismo[12]. Já no caso de Vargas, a crítica aparece em direção ao individualismo filosófico[13]. O que se ergue é o problema da sobreposição do critério individualista ao coletivista (SERRATTO, 2008, p. 188). Nesse sentido, aparece a crítica à neutralidade do Estado frente ao desenvolvimento político e econômico, como pregavam os ditames do liberalismo econômico, de modo que os camisas-verdes e o presidente defendiam um

[12] "a crise contemporanea é o resultado de um erro philosofico derivado da concepção scientifica do mundo (...)". (SALGADO, 1933, p. 23)

[13] "(...) o indivíduo se opõe ao Estado, no velho conflito, que degenera, freqüentemente, em agitações demagógicas, da concepção liberal clássica (...)." (VARGAS, 1943, p. 58 *apud* SERRATTO, 2008, p. 188)

Estado mais ativo e junto da sociedade[14], visando "[...] superar a concepção individualista e classista da sociedade em função da coletividade e/ou percepção unitária do corpo social" (SERRATTO, 2008, p. 188).

Também dentro do campo do antiliberalismo e da crítica ao Estado liberal, Serratto (2008) apresenta a condenação que o integralismo e Vargas faziam ao modelo democrático liberal. Ambos os atores políticos apresentavam uma concepção de democracia organicista, baseada na representação das corporações profissionais. Dessa forma, dirigiam fortes oposições ao sistema eleitoral brasileiro, criticando o sufrágio universal e condenando a existência dos partidos políticos. Ademais, ainda no ponto específico da crítica à democracia liberal, é importante apontar que Serratto (2008, p. 193) observa uma mudança das concepções de Vargas com relação à cultura política antiliberal, tendo em vista que entre 1930 a 1935 defendia a necessidade de uma reforma no sistema liberal democrático brasileiro para que as práticas eleitorais fossem saneadas, ao passo que após, e principalmente durante o período estadonovista, a sua crítica se aproximaria da integralista, defendendo um modelo de representação organicista.

Ademais, somando-se ao projeto autoritário-corporativo que se desenhava em oposição ao liberalismo, Serratto (2008, p. 179-180) destaca por fim o papel desempenhado pelo anticomunismo, que se orientava eminentemente contra a noção de luta de classes. O combate à ameaça comunista foi na época um meio importante de apelo e legitimação dos liberais e fascistas, constituindo-se, assim, como um argumento fundamental do integralismo e do Governo Vargas (SERRATTO, 2008, p. 180-181). Tanto para os camisas-verdes, como para Vargas, o comunismo era entendido como uma ideologia estritamente materialista, o que entrava em contradição com as ideias varguistas e integralistas acerca da construção espiritual e material do ser humano (SERRATTO, 2008, p. 184 e 193). Assim, os atores políticos compartilhavam de algumas críticas ao comunismo: a noção de que o modelo comunista gerava uma situação de escravização do povo pelo Estado; o caráter apátrida do comunismo, visto como fantoche internacional dos interesses russos, e que substituía o nacionalismo por um ideal internacionalizante; e, dentro desse último ponto, a crítica ao comunismo nacional por enganarem o povo dizendo ser nacionalistas – para os enunciadores, somente eles detinham o verdadeiro nacionalismo (SERRATO, 2008, p. 196-198).

O autor também aponta a diferença da natureza do discurso anticomunista em Vargas e na AIB, pensando o lugar de enunciação de cada um dos atores. Nesse sentido, para Getúlio, o combate ao comunismo seria de ordem prática e legitimadora, em oposição ao combate integralista que se daria num sentido doutrinário e de propaganda (SERRATTO, 2008, p. 198-199). Assim, para o autor, visualizam-se poucas atividades no campo prático anticomunista por parte do discurso integralista, que,

[14] Para Vargas, "a complexidade dos problemas morais e materiais inerentes à vida moderna alargou o poder de ação do Estado, obrigando-o a intervir mais diretamente, como órgão de coordenação e direção, nos diversos setores da atividade economica e social" (VARGAS, 1938, p. 135-136 *apud* SERRATTO, 2008, p. 116). No mesmo sentido, Plínio Salgado (1935, p. 22 *apud* SERRATTO, 2008, p. 51-52): "o Estado adquire (...) uma autoridade nova, sobrepairando aos interesses de grupos sociaes, políticos ou economicos. O estado passa a ser o supervisionador, o mantedor de equilíbrios, a concretização do ideal de justiça e de liberdade, o creador dos rythmos sociaes."

como exemplo, não teria feito menção à Intentona Comunista, ao contrário do Governo Vargas que teria partido para uma ampla repressão[15].

Como é possível observar, as semelhanças são diversas e giram em torno da representação coletiva da época acerca do antiliberalismo, do anticomunismo, do autoritarismo, e também do fascismo nacional e internacional, no caso da AIB. É importante reforçar, no entanto, que Edgar Serratto tributa a semelhança entre o discurso integralista e o varguista à cultura política da época, e não a uma relação de troca entre os dois atores políticos (SERRATTO, 2008, p. 184). No entanto, é de se apontar que o integralismo representava uma importante força política e ideológica nos anos que antecederam o Golpe do Estado Novo, de modo que possuía um papel fundamental na construção da cultura política autoritária nacional. Ademais, o próprio Serratto aponta a virada discursiva de Vargas a partir de 1935, o que coincide com o acirramento das lutas comunistas. Foi nesse mesmo período que a AIB cresceu demasiadamente, ampliando seu alcance discursivo e participando ativamente da disputa autoritária e anticomunista da época, inclusive pelos meios físicos. Sendo assim, observando os integralistas e Vargas como construtores e construídos pela cultura política da época, é provável que boa parte da cultura política autoritária da época tenha sido obra do integralismo, gerando, senão uma troca direta, uma troca indireta entre o discurso integralista e o discurso varguista.

AS APROXIMAÇÕES JURIDICAMENTE RELEVANTES

Para pensar a ideologia jurídica do integralismo e do Governo Vargas, utiliza-se de duas obras, uma de cada expoente na área nos respectivos campos políticos: pela Ação Integralista Brasileira, parte-se do texto *O Estado Moderno*, de Miguel Reale (1983); pelo Governo Vargas, o livro *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*, de Francisco Campos (2001). A obra integralista é composta por quatro ensaios que discutem o Estado no liberalismo, no fascismo e no integralismo, sendo importante destacar que Reale é visto como o principal teórico do estado integralista (TRINDADE, 1979, p. 222-223). O trabalho do jurista estadonovista condensa diversos ensaios que tratam do contexto político da época e do caráter jurídico do Estado Novo, sendo uma obra de caráter mais prático, ao passo que a de Reale é de maior abstração teórica.

Por fim, como apontado na primeira seção deste artigo, busca-se aqui uma concepção flexível e não rígida de direito, a partir da história hermenêutica do direito de Pietro Costa (2010), que possa apreender o direito também quando os autores não versam sobre o objeto jurídico diretamente, buscando aquilo que é *juridicamente relevante*. Nesse sentido, observam-se as proximidades entre as teorias desenvolvidas também quando discutem questões de ética, de justiça – no sentido daquilo que é

[15] Sobre a percepção específica do anticomunismo integralista de caráter doutrinário e pouco prático, abre-se aqui uma divergência com o autor. Como já foi demonstrado extensamente na seção anterior deste trabalho, a atividade dos camisas-verdes se intensificou muito a partir da Intentona Comunista, tendo inclusive a Ação Integralista Brasileira oferecido suas forças para a repressão na ocasião. Não obstante, naquele período eram comuns conflitos públicos entre integralistas e aliancistas/comunistas, bem como o anticomunismo foi pilar central para o apoio da AIB ao Golpe do Estado Novo, sendo o Plano Cohen obra do integralista Olímpio Mourão Filho, como também já apontado.

Justo –,de teoria do Estado e da democracia, bem como aquelas de direito em sentido estrito.

Assim, avançando na análise das obras, é importante contextualizá-las na cultura política da época, especialmente dentro do escopo do antiliberalismo. Como foi apontado, a posição antiliberal pugnava por uma reformulação do Estado, até então construído em moldes liberais. Dessa forma, o direito que se pensa em ambas as obras também é um direito de oposição ao liberalismo, seja no conteúdo jurídico ou na própria forma jurídica. Nesse escopo, de início discutem-se as formulações antiliberais de ambos os autores e como os diagnósticos se aproximam. Após, apresentam-se as proposições que os autores fazem para alterar a realidade jurídica.

A crítica ao direito do liberalismo

Destaca-se, primeiramente a crítica formulada pelos autores ao constitucionalismo liberal. Miguel Reale (1983, p. 16) aponta que o constitucionalismo expressava um conceito negativo de liberdade, dando ao Estado apenas a função de impedir que um direito fira outro, e não a função de ser um criador de liberdade. Da mesma forma, Campos (2001, p. 58) entende que o constitucionalismo liberal definia negativamente a liberdade individual, sem "[...] atribuir aos indivíduos os direitos positivos por força dos quais se lhes tornassem acessíveis os bens" da civilização contemporânea[16]. Essa constatação acerca do constitucionalismo decorre de uma visão mais ampla, baseada na crítica da neutralidade do Estado Liberal frente aos problemas sociais. Para Reale (1983, p. 16), no liberalismo o Estado era apenas mantenedor a ordem jurídica, cruzando os braços para a realidade dos problemas sociais. Já para Campos (2001, p. 90), o Estado era um guarda-noturno, que tinha como função velar pelo sono dos particulares.

Os autores também direcionam críticas à democracia liberal. O principal aspecto se expressa na posição antipartidária compartilhada pelos autores (e que de fato foi efetivada em 1937, à revelia dos integralistas). Para Miguel Reale (1983, p. 79), "O partido é um meio de ligação artificial entre o governo e o povo. [...] é o sinal de um erro sociológico", que serviu como substituto às associações econômicas, tornadas ilegais pelo Estado liberal. Na visão de Francisco Campos (2001, p. 42), os partidos eram "[...] simples massas de manobra e instrumentos mecânicos de manipulação eleitoral", desprovidos de substância política e expressão ideológica, bem como constituíam um instrumento de divisão do país através de seus regionalismos, o que motivou a sua extinção no Estado Novo (CAMPOS, 2001, p. 42-43 e 118-119)[17]. Nes-

[16] Na obra do jurista estadonovista, a Constituição de 1934 é frequentemente citada como um exemplo de constituição liberal incapaz de fazer face à crise social do mundo contemporâneo (CAMPOS, 2001, p. 47). Para ele, o Golpe do Estado Novo (o "10 de novembro") representou a continuação do projeto iniciado pela Revolução de 30 e que havia sido interrompido pela Constituição de 1934 (CAMPOS, 2001, p. 41 e 73). Também a Constituição de 1891 é vista como exemplo do constitucionalismo liberal por ambos os autores (REALE, 1983, p. 75 e CAMPOS, 2001, p. 72).

[17] Também é relevante destacar no pensamento de Francisco Campos a sua visão negativa do Parlamento – ao menos na forma como era organizado anteriormente ao Estado Novo – apresentado como ineficaz e dividido em interesses particularistas. Nesse sentido, defendeu e efetivamente aplicou a delegação legislativa ao poder executivo, inaugurando a expedição massiva de decretos-lei (CAMPOS, 2001, p. 54-56).

se sentido, ambos os autores também possuíam uma posição contrária ao sufrágio universal em moldes liberais (REALE, 1983, p. 45; CAMPOS, 2001, p. 51-52).

Por fim, Reale e Campos também formulam uma crítica ao formalismo jurídico do direito liberal. No caso do jurista da Ação Integralista Brasileira, aparece a necessidade do abandono "[...] do jurismo formalista, da mania de se querer reduzir a textos imutáveis de códigos o dinamismo da vida social moderna, cheia de complexidades e de imprevistos" (REALE, 1983, p. 98), sendo o fascismo, dessa forma, a negação do direito liberal, que é abstrato e vazio e desprovido de garantias efetivas. Há, inclusive, uma menção às "[...] abstrações do direito geométrico de Kelsen" (REALE, 1983, p. 89). Quanto ao jurista do Estado Novo, a crítica ao formalismo aparece em termos mais práticos, como quando aborda o novo Código de Processo Penal, que deixaria de sacrificar a administração da justiça por "[...] obsoletos escrúpulos formalísticos" (CAMPOS, 2001, p. 123), ou quando defende a possibilidade de retroação legal quando de interesse da nação (exceto no âmbito penal), posto que a irretroatividade absoluta seria um exagero do individualismo jurídico (CAMPOS, 2001, p. 82-83).

As propostas de Miguel Reale e Francisco Campos

Partindo, portanto, da crítica ao direito liberal, visto como abstrato e distante das realidades sociais, ambos os autores propõem um direito não-abstrato e não-individualista, que instrumentaliza a interferência no estado na vida social, especialmente na econômica. Portanto, para compreender a posição Reale e Campos é preciso visualizar a proposta que se opõe ao absenteísmo do Estado e direito liberais. Para o jurista integralista:

> Não é possível restringir a noção de direito à aplicação da justiça apenas para dirimir as pendências das partes que compareçam em juízo. **O Estado tem uma função positiva de distribuir justiça por *iniciativa própria*, não só entre indivíduos como entre grupos, em todo e qualquer setor da atividade social, onde quer que haja um direito ofendido.** (REALE, 1983, p. 136; negrito meu)

Assim, defende a intervenção do estado na vida social, dirigindo a economia e estabelecendo uma legislação social (REALE, 1983, p. 147). No mesmo sentido, Campos (2001, p. 90) aponta que o Estado, antes guarda-noturno, passou a assumir "[...] funções de criação e de controle em todos os domínios da atividade humana", com uma legislação que se torna uma "[...] enorme técnica de controle da vida nacional, em todas as suas manifestações". É nessa mesma toada que o jurista estadonovista apresenta as funções de intervenção do Estado em diversos âmbitos: na economia, dentre outros meios, através do Conselho Nacional da Economia, previsto com funções legislativas na Constituição de 1937 (CAMPOS, 2001, p. 84); no universo penal quando coloca a tutela social acima do interesse individual e estabelece a livre iniciativa de provas do juiz (CAMPOS, 2001, p. 121-122); no âmbito civil, quando estabelece o princípio da solidariedade social no Código Civil e a direção ativa e autoritária do juiz no Código de Processo Civil (CAMPOS, 2001, p. 155 e 170); etc.

Nesse sentido, emerge em ambos os autores a defesa de um Estado que busca

apreender em seus domínios a totalidade da vida social. No caso do integralismo, essa apreensão se daria por uma *integração discriminadora:* "Uma das características da unidade orgânica é precisamente esta de integrar discriminando. O todo não deve absorver as partes (totalitarismo), mas integrar os valores comuns respeitando os valores específicos e exclusivos (integralismo)" (REALE, 1983, p. 132). Também na concepção de Campos (2001, p. XX) o Estado aparece em sua forma totalitária, mesmo que talvez não concretizado completamente na Constituição de 1937, quando o jurista discorre acerca do "desenvolvimento" da democracia "[...] de regime relativista ou liberal, em **estado integral ou totalitário"** (CAMPOS, 2001, p. 29; grifo meu).

No âmbito do direito em sentido estrito, a partir do redirecionamento do direito e do Estado para a realidade social e numa perspectiva totalitária/integralizante, emerge uma mudança na concepção acerca dos direitos subjetivos. No caso do integralismo:

> A primeira consequência da aceitação do Estado ético é o **conceito dinâmico dos assim chamados direitos fundamentais do homem. Estes não são, como pretendem os liberais, pressupostos jurídicos definitivos, mas sim postulados éticos que se armam de coação jurídica segundo as transformações da história.** (REALE, 1983, p. 138; grifo meu)

Assim, o estado integralista proclama o caráter ético-dinâmico dos direitos fundamentais (REALE, 1983, p. 139). Em um aspecto teórico do direito, o fenômeno jurídico aparece dotado de historicidade e concretude: "Queremos o direito, mas o direito real, concreto, palpável" (REALE, 1983, p. 100). Nesse mesmo sentido teórico, Campos (2001, p. 58) também proclama a concretude do direito: "[...] e o cidadão deixa de ser o homem livre, ou o homem em revolta contra o poder, para ser o titular de novos direitos, positivos e concretos"; e aponta, portanto, a mudança nos direitos subjetivos:

> Os novos direitos constituem, por assim dizer, a substância da declaração constitucional de direitos. Não se trata mais de uma declaração negativa da liberdade, que não dava outro direito ao indivíduo senão o de não ser incomodado pelo Estado. O indivíduo tem direito a serviços e bens, e o Estado o dever de assegurar, garantir e promover o gozo desses serviços e desses bens. (CAMPOS, 2001, p. 58)

Ainda, numa direção transcendente, o jurista estadonovista traz os direitos da nação: "No Estado-Nação, a par dos direitos individuais, são reconhecidos os direitos da Nação ou do povo, que limitam os direitos ou as liberdades individuais, tomando o bem público como pressuposto obrigatório do Governo." (CAMPOS, 2001, p. 80).

Por fim, é importante trazer as semelhanças na concepção de democracia de Reale e Campos. Para ambos, em oposição à democracia liberal que concebia o ser humano em ideais abstratos e propalava a igualdade formal, a democracia verdadeira

seria exercida com uma elite dirigente no comando. Nesse sentido, Reale (1983, p. 45) coloca:

> A democracia passa a ser o regime em que o Estado, nas mãos das elites culturais, cria todas as condições necessárias ao livre desenvolvimento das capacidades individuais, para alargar cada vez mais o círculo da classe dirigente, à procura do ideal político que é o governo do povo pelo povo.

Dentro dessa compreensão está incutido um ideal elitista acerca da massa popular, vista como incapaz de compreender a realidade política, devendo "[...] o governo caber aos mais capazes" (REALE, 1983, p. 45). Nesse sentido, há uma limitação do exercício dos direitos, condicionada às capacidades do indivíduo: "Antes de dar voto às massas incultas [...] é necessário criar as condições indispensáveis ao exercício consciente do voto. **No *regimen* fascista, integralista, ou hitlerista, o indivíduo deve exercer direitos até onde a sua capacidade permite."** (REALE, 1983, p. 100; grifo nosso).

Essa perspectiva elitista de "democracia" é apresentada por Francisco Campos (2001, p. 51-52 e 59-60) ao discutir o direito ao voto e o "mito do sufrágio universal". Para o jurista estadonovista, a massa popular é incapaz de compreender os problemas que são apresentados à sua atenção. Sendo assim, ao sufrágio universal ficou reservado o papel se resolver questões de sua competência própria: "questões essencialmente políticas, [...] colocadas em termos simples e gerais, suscetíveis de interessar realmente o povo e **para cuja decisão não se exija da massa eleitoral senão a vista panorâmica da vida política."** (CAMPOS, 2001, p. 52).

Abandonado o sufrágio universal em termos liberais, aparece como opção para mediar a vida democrática o corporativismo, onde "[...] o trabalhador exerce o direito do voto, porque decorre da sua própria atividade, é um *voto consciente*." (REALE, 1983, p. 100). O cidadão, portanto, é integrado ao estado primariamente a partir da sua condição "concreta". Em Campos (2001, p. 64), "A liberdade na organização corporativa é limitada em superfície e garantida em profundidade". Assim, as organizações do corporativismo (corporações, conselhos econômicos, sindicatos, etc.) atuariam absorvendo os conflitos econômicos e os introduzindo no Estado.

Observamos, portanto, que existem diversas semelhanças entre o discurso jurídico produzido por Miguel Reale e Francisco Campos, partindo ambos da crítica ao direito liberal na perspectiva de uma construção semelhante de direito interventor na realidade social. É importante destacar o papel totalitário desse direito, que busca trazer todos os domínios da vida social para dentro do Estado, que por sua vez se estrutura de uma forma hierárquica e elitista. Na base dessa hierarquia, encontramos a concepção que ambos os autores defendem acerca dos direitos subjetivos, cuja localização *concreta* é também a consideração das capacidades "limitadas" dos cidadãos: estes devem exercer seus direitos e sua participação na vida social de forma restrita, e alguns cidadãos possuem mais direitos que outros.

Ademais, seguindo a linha do que já foi discutido anteriormente, é importante destacar o papel que o discurso jurídico integralista, aqui visto através de Reale, pode ter exercido na consolidação do Estado Novo. Em que pese não terem sido apresentadas evidências de uma relação direta entre ambos os autores, as proximidades entre as concepções jurídicas possibilitam inferir um papel relevante do direito integralista na construção do imaginário de um direito autoritário na década de 30, que por sua vez certamente retroalimentou as produções de Francisco Campos – este que, vale destacar, escreveu a Constituição de 37 e atuou como Ministro da Justiça de 1937 a 1941. Sendo assim, o que verificamos é o papel estruturante do direito do fascismo brasileiro em um momento extremamente importante de nossa história. Ademais, Miguel Reale não parou por ali, tendo se consolidado como um dos juristas mais influentes do Brasil através de sua conhecida Teoria Tridimensional do Direito, bem como também colaborado ativamente com a Ditadura Civil-Militar através, dentre outras atividades, da redação da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – a Constituição da Ditadura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar um pouco da atividade político-ideológica da Ação Integralista Brasileira em um dos momentos mais marcantes de nossa história. Foi possível verificar as proximidades políticas, ideológicas e jurídicas entre a AIB e o Governo Vargas, bem como demonstrou-se o papel ocupado pelos integralistas na consolidação da ordem autoritária que foi o Estado Novo.

Ademais, o trabalho que foi realizado na produção jurídica dos atores aqui analisados buscou ir nas suas manifestações originais, para que então o fenômeno do fascismo brasileiro pudesse ser compreendido mais amplamente. Nesse sentido, pudemos observar a maneira que um direito fascista brasileiro se organizou pela primeira vez. Em linhas gerais, é possível colocar que essa concepção jurídica nasce em oposição ao direito liberal, assim como os movimentos fascistas daquela época vieram em oposição ao mundo liberal. Sendo assim, em oposição à igualdade formal do liberalismo, o direito integralista defende um "direito concreto", que reconhece as diferenças materiais entre os cidadãos no sentido de as preservar, seja ao organizar os indivíduos em corporações classistas – assim, buscando ignorar a luta de classes ao instaurar uma cooperação de classes mediada pelo Estado integralista –, seja ao declarar as capacidades de direitos políticos que cada cidadão teria com base no seu nível de "esclarecimento".

Também é importante destacar a limitação desta pesquisa. Por tomar apenas um autor e uma obra do integralismo e varguismo, os resultados que aqui obtivemos se tornam mais restritos. Para além de Miguel Reale, poderiam ter sido discutidas produções de Plínio Salgado, Gustavo Barroso e Olbiano de Mello, ao passo que para além de Francisco Campos, poderiam ter sido apresentados as concepções de Oliveira Vianna e Vicente Rao. No entanto, devido às limitações da própria natureza deste trabalho, que é incipiente na área, bem como às limitações impostas pelo contexto da pandemia de COVID-19, optou-se por utilizar os dois referenciais apontados.

De toda forma, entende-se que o presente artigo nos traz boas indicações para pesquisas futuras acerca de um direito integralista e das relações jurídicas entre a

AIB e o Governo Vargas. Especialmente no momento em que vivemos, com o agigantamento da extrema-direita e do fascismo, somado à intensa crise econômica e política que a pandemia acirrou, precisamos retomar a história das práticas jurídicas autoritárias para que as possamos enfrentar e vencer, novamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALIL, Gilberto. Os integralistas frente ao Estado Novo: euforia, decepção e subordinação. *Locus:* Revista de História, Juiz de Fora, v. 16, n. 01, p. 65-86, 2010.

CAMPOS, Francisco. *O estado nacional:* sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: Senado Federal, 2001. 226 p.

CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. Capítulo IV: o tribunal de segurança nacional no estado novo. In: CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão Judicial no Estado Novo:* esquerda e direito no banco dos réus. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982. Cap. 4. p. 71-99.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia:* ensaios da história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Diego. *Le "irrequietas Leis de Segurança Nacional":* sistema penale e repressione del dissenso politico nel brasile dell'estado novo (1937-1945). 2014. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Storia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Universitá Degle Studi di Macerata, Macerata, Itália, 2014. Cap. 3.

ESTADO de Guerra (verbete temático). In: *CENTRO de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC).* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/estado-de-guerra. Acesso em: 15 mai. 2020.

HILTON, Stanley. A Ação Integralista Brasileira: o fascismo no Brasil, 1932-1938. In: *O Brasil na crise internacional.* Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1977, p. 45-46.

MEZZAROBA, Orides. Plano COHEN: a consolidação do anticomunismo no brasil. *Sequência:* Estudos Jurídicos e Políticos, [s.l.], v. 13, n. 24, p. 92-101, jul. 1992. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2020v-43n84p183.

REALE, Miguel. O Estado Moderno. In: _____. *Obras políticas:* 1ª fase - 1931-1937. 1ª fase - 1931-1937. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983. Tomo 2. p. 11-168.

SALGADO, Plínio. *CARTA de Plinio Salgado a Getúlio Vargas comunicando que antes de responder se aceita ou não a pasta a Educação há que fazer um relato da situação em que se encontram os integralistas. Segue-se um histórico do movimento desde 32, de sua participação no golpe de 10/11/1937 e das perseguições que passou a sofrer depois de instaurado o Estado Novo.* Destinatário: Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 28 jan. 1938. 1 carta. Disponível em: https://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=CorrespGV2&PagFis=9972. Acesso em: 24 jun. 2020.

SERRATTO, Edgar Bruno Franke. *A Ação Integralista Brasileira e Getúlio Vargas:* antiliberalismo e anticomunismo no brasil de 1930 a 1945. 2008. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, Gisela Brito. No entre guerra, a situação dos integralistas na implantação do Estado Novo de Getúlio Vargas. *Projeto História:* Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História, São Paulo, v. 30, n. 01, p. 229-241, jan.-jun. 2005.

SILVA, Gilselda Brito. Ação Integralista Brasileira e a ditadura de Vargas. In: PINTO, António Costa; MARTINHO, Francisco Palomanes (org.). *O corporativismo em português:* estado, política e sociedade no salazarismo e no varguismo. estado, política e sociedade no salazarismo e no varguismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 201-237.

SOARES, Guilherme Cidade. O integralismo em Araranguá: implicações legislativas (1936-1937). In: *CONGRESSO DIREITO UFSC,* 23., 2018, Florianópolis. Anais do XIII Congresso Direito UFSC. Florianópolis: CAXIF/UFSC, 2019. p. 308-339. Disponível em: http://www.congressodireitoufsc.com.br. Acesso em: 11 jun. 2020.

TRINDADE, Hélgio. *Integralismo:* o fascismo brasileiro de década de 30. 2. ed. São Paulo: Difel, 1979.

VICTOR, Rogério Lustosa. *O integralismo nas águas do Lete:* história, memória e esquecimento. 2004. 58 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

Artigo Científico

MULHERES CURDAS: A BUSCA PELO DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO E A LUTA POLÍTICA NO ROJAVA

KURDISH WOMEN: THE SEARCH FOR THE RIGHT TO GENDER EQUALITY AND THE POLITICAL STRUGGLE IN ROJAVA

Daniel Gualberto*
Pâmela Nascimento**

Resumo: Este trabalho possui o objetivo de analisar as formas pelas quais as mulheres curdas no Rojava procuram concretizar o direito à igualdade de gênero, bem como se a busca pela efetivação desse direito é relacionada à reestruturação política e social que a revolução propõe. Formulou-se o seguinte problema de pesquisa: Como a filosofia da revolução do Rojava dá base à busca pelo direito à igualdade de gênero das mulheres curdas? Para responder tal indagação, primeiro, será realizado um aporte teórico sobre a desigualdade de gênero, após, serão apresentadas a história e a teoria da luta curda por liberdade e igualdade de gênero, em seguida analisar-se-á o papel do PKK e de Abdullah Öcalan sobre a população curda da Síria e, por fim, serão observados os movimentos concretos pela igualdade de gênero em Rojava. Concluiu-se que a luta das mulheres do Rojava é parte de um complexo sistema que visa à completa reestruturação política e social do local onde se tenta aplicá-lo. Em outras palavras: a luta pela igualdade de gênero no Rojava é, até certo ponto, indissociável de toda a revolução política da qual ela é parte e o caráter revolucionário do movimento no Rojava é o que permite que a violência simbólica e o modelo de dominação sejam percebidos e superados. Para a presente pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com análise bibliográfica

Palavras-chave: Mulheres curdas. Rojava. Direito. Igualdade de gênero. Abdullah Öcalan.

Abstract: *This work aims to analyze the ways in which Kurdish women in Rojava seek to materialize the right to gender equality and how the search for the realization of that right is related to the political and social restructuring proposed by the revolution. The following research problem was formulated: How does the philosophy of the Rojava revolution lay the foundation for the search for Kurdish women's right to gender equality? To answer this question, first a theoretical contribution on gender inequality will be carried out, then the history and theory of the Kurdish struggle for freedom and gender*

* Graduando de Relações Internacionais na Universidade de Brasília – UnB e membro ativo do Programa de Educação Tutorial – PET-Rel. E-mail: danielgsilva@gmail.com.
** Advogada OAB/SC 58.889. Pesquisadora vinculada à Cátedra Jean Monnet FECAP de jovens pesquisadores e ao Centro de Pesquisa em Proteção Internacional de Minorias – CEPIM da Faculdade de Direito da USP. E-mail: pamela.nascimento@catolicasc.org.br

equality will be presented, afterwards the role of the PKK and Abdullah Öcalan in the Kurdish population of Syria will be analyzed, and, finally, concrete movements towards gender equality in Rojava will be discussed. It was concluded that the struggle of Rojava's women is part of a complex system that aims at the complete political and social restructuring of the region where it is applied. In other words: the struggle for gender equality in Rojava is, to some extent, inseparable from the entire political revolution of which it is a part, and the revolutionary character of the movement in Rojava is what allows the symbolic violence and the model of domination to be perceived and overcome. For the present research, the hypothetical-deductive method was used, with bibliographic analysis.

Keywords: *Kurdish women. Rojava. Law. Gender Inequality. Abdullah Öcalan.*

1. INTRODUÇÃO

O Em 2014, imagens de guerrilheiras curdas combatendo o exército do Estado Islâmico chamaram atenção na mídia internacional, gerando interesse sobre a busca por igualdade de gênero nas comunidades curdas da Síria. As imagens, no entanto, mostravam apenas uma parte do que acontece no norte sírio — local onde se encontram as regiões do Rojava[1]. Embora causassem estranhamento e curiosidade, em parte por causa das expectativas ocidentais sobre o papel das mulheres no Oriente Médio, as guerrilheiras curdas eram somente uma parte de um movimento de mudanças profundas na região. Esse movimento, chamado pelos seus proponentes de Revolução do Rojava, busca nos escritos do líder político Abdullah Öcalan uma nova forma de organizar a sociedade nas regiões curdas, colocando a igualdade de gênero como um de seus pilares principais.

No entanto, a busca por igualdade de gênero em que esse movimento implica não é um esforço meramente reformista ou restrito à positivação de alguns direitos; ela é parte integrante e indissociável da revolução. Dessa forma, este trabalho possui como objetivo analisar as formas pelas quais as mulheres curdas no Rojava procuram concretizar o direito à igualdade de gênero, bem como se a busca pela efetivação desse direito é relacionada à reestruturação política e social que a revolução propõe.

Formulou-se o seguinte problema de pesquisa: Como a filosofia da revolução do Rojava dá base à busca pelo direito à igualdade de gênero das mulheres curdas? Para responder a tal indagação, o corpo do texto será dividido em quatro partes principais. A primeira busca conceituar a igualdade de gênero, fazendo uso de fontes ocidentais e dos escritos de Öcalan. A segunda, por sua vez, discorre brevemente sobre a história da luta política curda e explica os acontecimentos e as teorias revolucionárias que guiam o movimento no Rojava. A terceira, um pouco mais breve, resume os aconte-

[1] Neste trabalho, utilizar-se-á o nome *Rojava* para se referir às regiões do norte da Síria onde a população curda possui autonomia política *de facto*. Como se verá, algumas especificidades desta autonomia são tema de seções posteriores deste texto. Outro uso comum do termo *Rojava,* embora não o utilizado aqui, diz respeito, de maneira mais geral, à toda a faixa norte da Síria em que os curdos compõem maioria populacional, podendo incluir, assim, alguns locais onde eles não exercem a citada autonomia. Ambas as definições têm objetos semelhantes e, não raro, são usadas de forma intercambiável; mas, dado o tema do trabalho, aqui optou-se pela primeira.

cimentos que julgamos mais influentes na luta curda síria contemporânea. A quarta, por fim, trata das ações e tentativas concretas em busca da igualdade de gênero que ocorreram no Rojava desde o início da revolução.

2. DESIGUALDADE DE GÊNERO: APORTE TEÓRICO

Como expresso por Abdullah Öcalan em sua obra "Confederalismo Democrático", o sexismo está presente em toda a sociedade. Implementado pelo patriarcado ao longo da história da civilização, o sexismo está dentro dos sistemas de controle estatais e faz com que as mulheres sejam exploradas, tornando-as uma mercadoria do próprio sistema para a preservação e avanço do poder masculino. As mulheres, então, são resumidas a uma mão de obra barata e ao valioso meio de reprodução dos homens, sendo reprimidas, escravizadas e oprimidas pelo sistema colonizador sexista (ÖCALAN, 2011).

Essa violência do sexo masculino contra a mulher está presente em todas as sociedades, em maior ou menor medida, e designa-se esse fenômeno onipresente de falocentrismo (SAFFIOTI, 1995). A perspectiva falocêntrica, reproduzida nos discursos de dominação masculina, caracteriza-se por inserir o homem na posição hierárquica superior e incontestável em relação à mulher. Esse padrão tende a predominar nas mais variadas organizações sociais e estatais, seja nos barberes da Cabília, comunidade presente no território da Argélia, ou nas sociedades ocidentais. Quando assim estruturadas, as sociedades direcionam as tarefas mais nobres aos homens, por considerar o sexo masculino como modelo normativo, considerando, assim, as mulheres como desviadas e inferiores, sendo subordinadas à dominação masculina (BOURDIEU, 2012). Diante da perspectiva falocêntrica Bourdieu afirma:

> Cabe aos homens, situados do lado do exterior, do oficial, do público, do direito, do seco, do alto, do descontínuo, realizar todos os atos ao mesmo tempo breves, perigosos e espetaculares, como matar o boi, a lavoura ou a colheita, sem falar do homicídio e da guerra, que marcam rupturas no curso ordinário da vida. As mulheres, pelo contrário, estando situadas do lado do úmido, do baixo, do curvo e do contínuo, vêem ser-lhes atribuídos todos os trabalhos domésticos, ou seja, privados e escondidos, ou até mesmo invisíveis e vergonhosos, como o cuidado das crianças e dos animais, bem como todos os trabalhos exteriores que lhes são destinados pela razão mítica, isto é, os que levam a lidar com a água, a erva, o verde (como arrancar as ervas daninhas ou fazer a jardinagem), com o leite, com a madeira e, sobretudo, os mais sujos, os mais monótonos e mais humildes. Pelo fato de o mundo limitado em que elas estão confinadas, o espaço do vilarejo, a casa, a linguagem, os utensílios, guardarem os mesmos apelos à ordem silenciosa, as mulheres não podem senão tornar-se o que elas são segundo a razão mítica, confirmando assim, e antes de

[2] Tendo em vista que os curdos representam um povo e uma identidade distinta dos outros povos da região, utiliza-se, neste trabalho, a expressão curdo(a) sírio(a) para se referir à parte do povo curdo que vive no Estado da Síria.

> mais nada a seus próprios olhos, que elas estão naturalmente destinadas ao baixo, ao torto, ao pequeno, ao mesquinho, ao fútil etc. (BOURDIEU, 2012, p. 41).

Portanto, por serem estruturadas dessa forma opositiva as sociedades conferem ao homem o domínio dos locais públicos, delegando às mulheres o espaço privado e doméstico. Por esse motivo, a estrutura das sociedades limita as mulheres à esfera doméstica, não podendo elas, tampouco, ter autoridade sobre o homem, pois, conforme a perspectiva falocêntrica as funções dos sexos devem ser necessariamente contrárias e demarcadas, tendo o homem as funções consideradas superiores, viris, públicas, e as mulheres, as funções inferiores e invisíveis. Essa ótica intrínseca nas relações sociais tende a naturalizar o sexo masculino como o sexo forte que controla o frágil e subalterno sexo feminino (BOURDIEU, 2012).

Ainda no que diz respeito às funções reservadas a cada gênero, Flávia Biroli (2016) argumenta que a responsabilização da mulher por um trabalho não remunerado, ou seja, pelo trabalho doméstico, é a base do patriarcado dentro do sistema capitalista. Isso porque a distinção entre trabalho remunerado e não remunerado é a característica mais importante do sistema de exploração patriarcal no capitalismo. Os trabalhos gratuitos que envolvem a criação dos filhos e as atividades domésticas dispensam os homens para que eles trabalhem de forma remunerada. Assim, as mulheres fornecem um trabalho gratuito e não produtivo, na visão do homem, em virtude da relação do casamento, que submete a mulher ao sistema de exploração patriarcal (BIROLI, 2016).

A mulher é preparada sua vida inteira para suas relações matrimoniais e o matrimônio é uma etapa da educação feminina nas sociedades falocêntricas. Ressaltando, assim, a obrigação social em gerar filhos, de estar a serviço da espécie, pois a mulher é a responsável por gerar crianças e possuir uma família. A mulher, portanto, é resumida à função procriadora (BEAUVOIR,1967). Segundo Beauvoir (1967) em sua obra "O Segundo Sexo: a experiência vivida" a menina aguarda pelo casamento desde a adolescência, pois vê na relação matrimonial, o sentido de ser mulher:

> De uma maneira mais ou menos velada, sua juventude consome-se na espera. Ela aguarda o Homem. Sem dúvida, o adolescente também sonha com a mulher, deseja-a; mas ela será apenas um elemento de sua vida: não resume seu destino. Desde a infância, tenha querido realizar-se como mulher ou superar as limitações de sua feminilidade, a menina esperou do homem realização e evasão: êle tem o semblante deslumbrante de Perseu, de São Jorge, é o libertador, é tão rico e poderoso que detém em suas mãos as chaves da felicidade: é o príncipe encantado. [...] Sempre esteve convencida da superioridade viril; esse prestígio dos homens não é uma miragem pueril. Tem bases econômicas e sociais; são indiscutivelmente os senhores do mundo, tudo persuade a adolescente de que é de seu interesse tornar-se vassala (BEAUVOIR, 1967, p. 66-67).

Nesse sentido, conforme exposto pelo líder do povo curdo, Abdullah Öcalan (2015), as sociedades sexistas consideram as mulheres objetos reprodutroes, detinadas a produzir a descendência dos homens.

Para Öcalan (2011) e Bourdieu (2012) as instituições de controle estatal, como o sistema educacional e a religião, tendem a reproduzir e sustentar o discurso dominador do sexo masculino, tornando-se uma estrutura cultural inextinguível. Contribui a isso o fato de que tal discurso não foi ou é imposto com violência física, mas, sim, por meio do que Bourdieu chamou de violência simbólica (2012). Tal violência impõe um modelo de dominação em que o dominado, ou seja, a mulher, não pode e não consegue questionar o modelo, por ele estar intrínseco na cultura das sociedades.

As sociedades são, então, estruturadas a partir desse modelo de violência simbólica, perpetuando a dominação masculina e a perspectiva falocêntrica em todos os segmentos sociais, não conseguindo a mulher se opor à dominação do seu corpo, tendo que se tornar submissa e domesticada (BOURDIEU, 2012). Nesse sentido, Bourdieu afirma:

> A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser {esse) é um ser-percebido (percipi), tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos receptivos, atraentes, disponíveis. Delas se espera que sejam "femininas", isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas (BOURDIEU, 2012, p. 80).

As informações expostas acima corroboram o que atualmente é chamado de desigualdade de gênero. Gênero, aqui se coloca, é o ser mulher; são todas as imposições, repressões, opressões e dominações que o sexo feminino carrega e vive apenas por ser o sexo feminino. Dessa forma, para a socióloga brasileira Heleith Saffioti gênero é:

> O referente de gênero é uma relação social, que remete os indivíduos a uma categoria previamente constituída. Ou seja, o gênero é a representação de uma relação. Coloca em relação um indivíduo com outros, determina se ele pertence a uma categoria e o posiciona face a outros pertencentes a outra categoria (SAFFITOI, 1995, p. 20).

Saffioti (1995) afirma que, assim como a classe social, a raça e a etnia do sujeito condicionam sua percepção do mundo e seu pensamento, o gênero também também o faz. Ou seja, o gênero, assim como a classe, a raça e a etnia, é a forma com que o indivíduo compreende o mundo, logo, as ações desse indivíduo dentro do mundo dependem da sua maneira de compreendê-lo. Sendo um conceito socialmente construído, o gênero materializa a sexualidade, que é exercida como uma forma de

poder, como já apresentado por Bourdieu (2012). Desse modo, homens e mulheres são separados pelas categorias de dominante e dominada, sendo classificados pelo gênero. "A sexualidade, portanto, é o ponto de apoio da desigualdade de gênero" (SAFFIOTI, 1995, p. 23).

Dessa forma, é necessário ultrapassar as fronteiras estabelecidas pela discriminação, opressão e desigualdade, para que, assim, a igualdade de gênero seja instituída plenamente, formando homens e mulheres livres de imposições de um sexo sobre o outro, do opressor sobre o oprimido, para os seres humanos desenvolverem suas relações interpessoais e suas capacidades sem restrições impostas ao gênero/sexo. Portanto, a real efetivação da equidade de gênero se dará quando houver tratamento equânime entre homens e mulheres, dentro de suas particularidades, ocorrendo uma proteção, tanto estatal quanto privada, equivalente dos direitos e obrigações de ambos os sexos (ARAÚJO, ETTINGER, 2015). Para Bourdieu, a mudança do paradigma opressor presente nas sociedades ocorre da seguinte forma:

> [..] a revolução simbólica a que o movimento feminista convoca não pode se reduzir a uma simples conversão das consciências e das vontades. Pelo fato de o fundamento da violência simbólica residir não nas consciências mistificadas que bastaria esclarecer, e sim nas disposições modeladas pelas estruturas de dominação que as produzem, só se pode chegar a uma ruptura da relação de cumplicidade que as vítimas da dominação simbólica têm com os dominantes com uma transformação radical das condições sociais de produção das tendências que levam os dominados a adotar, sobre os dominantes e sobre si mesmos, o próprio ponto de vista dos dominantes (BOURDIEU, 2012, p. 54).

Os fortes elementos que podem enfraquecer a dominação masculina dentro das sociedades são a união e o fortalecimento das mulheres nos seus ajuntamentos sociais, como redes de união de mulheres. As mulheres, então, vêm proporcionando significantes mudanças em tradicionais modelos culturais de diversas partes do globo, redefinindo novas identidades do "ser mulher", reconstruindo suas relações com elas mesmas e com a sociedade. Percebe-se que o empoderamento feminino é o principal mecanismo empregado para conquistar a igualdade de gênero (ARAÚJO; ETTINGER, 2015).

O direito à igualdade de gênero, ou seja, o direito que as mulheres possuem de serem tratadas em todas as esferas sociais com dignidade e igualdade, tem sido efetivado, principalmente, por meio das associações e redes de mulheres que realizam atividades cooperativas para minimizar as dificuldades do "ser mulher". Nesse sentido, trabalha-se com empoderamento feminino para que as mulheres não se sintam mais nas sombras de seus companheiros domésticos, conseguindo alcançar a independência e a liberdade (ARAÚJO; ETTINGER, 2015). Esse fenômeno do empoderamento de mulheres por meio de suas redes e associações ocorre no mundo inteiro e pode ser visto entre as mulheres curdas no Rojava, que criaram uma forte rede política de apoio para a efetivação da igualdade de gênero e reconhecimento social dentro de seu território.

3. A LUTA CURDA POR LIBERDADE E IGUALDADE DE GÊNERO: HISTÓRIA E TEORIA

O povo curdo é históricamente vítima de perseguição e repressão por parte dos outros povos que governam a região. Há mais de cinco séculos, a identidade curda – incluindo expressões culturais, língua e a própria reivindicação de uma história comum – é violentamente perseguida pelos reinos e, posteriormente, Estados locais (MCDOWALL, 2007). Pode-se afirmar que as curdas, no entanto, sofrem duplamanete, tendo em vista que a comunidade curda possui a tradição patriarcal de designar o papel da mulher de submissa à autoridade do homem. As mulheres, que falavam somente a língua curda e viviam segredadas no âmbito doméstico e privado, não conseguiam conquistar sua liberdade na vida política. As curdas, então, sofriam violência por motivações étnicas, tendo em vista que os curdos são renegados pela população turca e síria, e violência por parte dos próprios homens curdos, que através da violência simbólica dentro da sociedade, oprimiam e humilhavam física e mentalmente as mulheres, promovendo o tradicional e naturalizado patriarcado (KNAPP, FLACH, AYBOGA, 2016).

Quase tão antigos quanto a opressão que o povo curdo sofre são seus movimentos de luta e de resistência, visando à liberdade de expressão e à possibiliade de autoadministração. Na história contemporânea dessa luta, não seria impreciso afirmar que o Partido Dos Trabalhadores do Curdistão (PKK)[3] foi, e continua a ser, um dos grupos de maior influência nas relações interestatais da região e na própria formulação das demandas do povo curdo. Fundado em 1978 por Abdullah Öcalan e correligionários, o PKK fez uso de ataques armados contra a Turquia com o fim de – ao menos nas primeiras duas décadas de atividade – conquistar um Estado independente curdo. Embora até hoje a relação entre o Estado turco e o PKK alterne entre momentos de conflito e de cessar-fogo, o objetivo-fim do grupo deixou de ser um Curdistão[4] independente, nos moldes de um Estado tradicional, refletindo as mudanças ideológicas e as formulações teóricas elaboradas desde então por Öcalan (KNAPP; FLAPP; AYBOGA, 2016).

Preso desde 1999 pela Turquia, Öcalan usou de seu tempo no cárcere para escrever sobre variados assuntos ligados à luta curda e à política regional do Oriente Médio. Desprendendo-se das raízes marxistas mais tradicionais que o guiavam – as quais eram, como ele afirma, influenciadas pelo contexto de Guerra Fria e pelos movimentos de independência dos anos 1970 –, o líder do PKK formulou e passou a defender a implementaçao do que chamou de *Confederalismo Democrático* (2012). Tal conceito se refere a uma nova maneira de organizar politicamente a sociedade, postando-se como alternativa ao Estado nacional moderno e ao capitalismo moderno.

Para Öcalan, o capitalismo e o Estado nacional se tornaram indissociáveis um do

[3] Como é habitual com os partidos políticos curdos, a sigla amplamente utilizada é formada pelas iniciais do nome original, na língua curda. No caso do PKK, forma-se a partir do *Partiya Karkerên Kurdistanê*.

[4] O *Curdistão* compreende toda a região do Oriente Médio da qual os curdos são nativos e onde compõem maioria da população. Embora não tenha fronteiras bem delimitadas, muito em razão de não ser oficialmente um Estado, aceita-se que seu território está majoritariamente contido na região montanhosa entre Turquia, Irã, Iraque e Síria. (MCDOWALL, 2007).

outro, este servindo para a manutenção e propagação do sistema capitalista mundial, e ambos visando à exploração da população. A fim de estabelecer e legitimar seu poder sobre a sociedade, afirma Öcalan, o Estado nacional empenhou-se na tarefa de homogeneizar a população, buscando uma unidade nacional, étnica e ideológica (2011). Em seu estudo sobre os pilares de sustentação do Estado nacional moderno, o líder curdo destaca o sexismo como um dos mais cruciais, argumentando que o "sexismo socialmente arraigado não é menos perigoso que o capitalismo" e que "sem a repressão das mulheres, a repressão de toda a sociedade não é concebícel" (ÖCALAN, 2011, p.121).

Esse evidente anseio pela emancipação da mulher, e as origens de sua opressão, foi tema de outros trabalhos. Na já citada obra "Confederalismo Democrático", Öcalan afirma que a sociedade sexista escraviza a mulher e por isso a igualdade entres os gêneros necessita ser um princípio das sociedades libertárias (2012). Ele também publicou um compilado de textos dedicado apenas à revolução das mulheres, chamado "Liberating Life: Woman's Revolution". Esse volume se debruça sobre as origens da dominação masculina, argumentando que a liberdade só será plena com uma revolução radical das mulheres para mudar a mentalidade dos homens. Para o líder curdo, a revolução de gênero não é apenas uma luta das mulheres, como é também uma luta de divórcio dos cinco mil anos de dominação masculina e de emancipação das identidades de gênero designadas aos homens e às mulheres. Tais designações estruturaram, ao longo dos milênios, a exploração e opressão da mulher, por parte do homem (ÖCALAN, 2013).

Além disso, para Öcalan, na história da humanidade o sistema de autoridade patriarcal se mostra, primeiramente, na divisão sexual do trabalho e no direito de propriedade do homem, tornando-se o direito de propriedade sinônimo de exercício de poder do homem, ou seja, da masculinidade. Posteriormente, o patriarcado se mostrou também no Estado-nação, onde o homem possui o monopólio de sua família – sendo ela uma instituição – assim como possui o poder do capital sobre a sociedade. Essa dominação do homem sobre a mulher, possui, então, a lógica econômica: se cabe à figura masculina possuir o monopólio do capital e da família, sobra para a mulher o trabalho doméstico, que não possui valor econômico e social, sendo afastada do trabalho assalariado e do capital. Portanto, a obra do líder curdo deixa claro que a escravidão da mulher é uma construção da história da civilização humana que funda todos os outros tipos de escravidão. Para tal perspectiva mudar e para que a igualdade entre os gêneros seja alcançada a mulher necessita estar presente em todas as esferas da sociedade, como na educação, na economia, na organização social e na defesa de seu povo. Argumenta Öcalan que por meio da jinealojia, uma nova epistemologia feminina desenvolvida por ele, é que será efetivada a descolonização da mulher (2013). Dessa forma, para Öcalan (2013, p. 56):

> Se olharmos o colonialismo não apenas em termos de nação e território, mas também em termos de grupos de pessoas, podemos definir a mulher como o grupo colonizado mais antigo. De fato, na alma e no corpo, nenhum outro ser humano experimentou um colonialismo tão completo. Deve ser entendido que a mulher é presa em uma colônia sem fronteiras facilmente identificáveis. Dessa forma, acredito que a chave para resolver nossos

> problemas é um movimento pela liberdade, igualdade e democracia, um movimento baseado na ciência da mulher, chamado Jinealojia em Curdo. (Tradução nossa)[5]

Como alternativa aos sistemas que criticou, Öcalan elaborou, então, o Confederalismo Democrático, definindo-o como uma "democracia sem um Estado" (2011, p. 122). Nesse modo de organização, que aponta ecologia e feminismo como pilares centrais, o enfoque é voltado ao nível local, incentivando a participação política dos indivíduos e contando com estruturas locais de deliberação e de tomada de decisões (KNAPP; FLAPP; AYBOGA, 2016). Contrapondo-se à homogeneidade do Estado nacional, o Confederalismo Democrático preza pela pluralidade e advoga pela construção de níveis operacionais onde todos os grupos, políticos ou sociais, tenham espaço para se expressar diretamente. O que não significa absolutamente que a organização política deva se restringir ao bairro, sendo possível instituir estruturas deliberativas mais abrangentes, mesmo que não hierarquicamente superiores às locais. Apesar do esforço para opor o Confederalismo Democrático ao Estado moderno, Öcalan concede que ambos podem coexistir, caso este respeite a autoadministração reclamada por aquele (2015). É interessante notar que esta concessão exemplifica e aprofunda a supracitada mudança de objetivos de Öcalan: se, nas primeiras décadas do PKK, seu objetivo era um Estado Nacional curdo, em pé de igualdade legal com os outros Estados da região, agora, a liberdade e a autogestão devem tomar outras formas – mesmo que ainda consigam, se respeitadas pelos outros atores políticos, conviver com as organizações mais tradicionais.

A necessidade de garantir a independência administrativa é uma das motivações por trás de outra importante faceta do Confederalismo Democrático: a autodefesa. Nesse sentido, Öcalan argumenta que o Condeferalismo Democrático, como sistema, pode ser encarado como uma "autodefesa da sociedade", pois protege a pluralidade social e cultural daqueles que assim se organizam (2011, p. 125). Isso não elimina, no entanto, a dimensão militar da autodefesa, já que defender-se de ataques armados externos pode se fazer – e, como será visto, fez-se – necessário. Para escapar da militarização excessiva e das negativas consequências que isso trouxe aos Estados Nacionais, o líder curdo ressalta a necessidade de que a sociedade seja tanto a definidora dos deveres das forças armadas como quem escolhe suas lideranças (ÖCALAN, 2011). Muito por conta da influência regional e da história organizacional do PKK, tais densenvolvimentos teóricos de Öcalan não ficaram, como será visto, restritos aos seus livros.

4. O PAPEL DO PKK E DE ÖCALAN NA POPULAÇÃO CURDA DA SÍRIA

Já no início da luta do PKK, e principalmente depois de meados dos anos 1980,

[5] If we see colonialism not only in terms of nation and country, but also in terms of groups of people, we can define woman as the oldest colonised group. Indeed, in both soul and body, no other social being has experienced such complete colonialism. It must be well understood that woman is kept in a colony with no easily identifiable borders. In light of the the above, I believe that the key to the resolution of our social problems will be a movement for woman's freedom, equality and democracy; a movement based on the science of woman, called Jineolojî in Kurdish.

as mulheres tomaram parte no esforço pelo reconhecimento dos direitos de seu povo. Elas, que até então viviam em uma sociedade tradicionalmente opressora e conservadora, encontraram nessa luta um espaço para buscar emancipação e, dedicando-se às frentes armadas e políticas, demonstraram que não mereciam mais ser dominadas e oprimidas pelos homens curdos. Nesse sentido, essas mulheres lançaram uma luta simultânea pela reivindicação identitária do povo curdo e pela igualdade de gênero. Vale ressaltar que, segundo suas ideias revolucionárias e as formulações ideológicas de Öcalan, a luta de emancipação política do povo curdo é também a luta pela igualdade entre os gêneros e pela emancipação da mulher (AMOROSI, 2019).

Essas movimentações no território turco, no entanto, não ficaram restritas às suas fronterias. Isso porque durante as duas décadas em que o PKK ainda lutava por um Estado nacional, Öcalan e outras lideranças do partido se refugiaram na Síria e, a partir de lá, organizaram operações. Neste período, parte dos curdos sírios se aproximou ideologica e politicamente do PKK, com alguns se voluntariando como soldados na luta contra o Estado turco (ALLSOPP, 2015). Mesmo depois de o partido ter sido expulso da Síria, ele continuou a exercer considerável influência na política local, estimulando seguidores a estabelecerem comitês para debate e organização política (KNAPP; FLAPP; AYBOGA, 2016). Tal influência tomou forma institucionalizada com a fundação, em 2003, do Partido da União Democrática (PYD)[6], que segue as teorias de Öcalan e o considera uma das principais lideranças curdas, embora negue ligações formais com o PKK (ALLSOPP, 2015). Apesar de ter sido, desde a criação, um relevante ator dentre os partidos curdos na Síria, o PYD de fato obteve proeminência em 2011, quando do início das revoltas sírias alimentadas pela Primavera Árabe.

Deflagrados tais levantes, o partido empenhou-se em estabelecer conselhos populares desassociados, ao menos formalmente, das estruturas partidárias – assim materializando as estruturas de organização local pregadas pelo Confederalismo Democrático (ALLSOPP, 2015). No mesmo período, instituiu uma pequena força militar, as Unidades de Autoproteção, pois antecipava que o conflito armado poderia alcançar os cantões curdos. Confirmada a previsão, essas tropas foram reestruturadas no ano seguinte, por iniciativa de um ex-comandante do PKK, e passaram a formar as Unidades de Proteção Popular (YPG)[7] (KNAPP; FLAPP; AYBOGA, 2016).

A popularidade do YPG e a cada vez mais urgente necessidade de preparo contra os ataques do Estado Islâmico fizeram crescer o contingente de voluntários. No mesmo período, e por motivos semelhantes, ex-guerrilheiras do PKK na Turquia se dirigiram ao Rojava para instruir as mulheres locais sobre assuntos de guerra e da teoria política que seguiam. Dessa confluência resultaram, no início de 2013, as Unidades de Defesa das Mulheres (YPJ)[8], forças militares constituídas exclusivamente por mulheres (KNAPP; FLAPP; AYBOGA, 2016).

Os esforços provaram-se importantes: nos meses e anos seguintes, o YPG e o YPJ travaram e venceram numerosas batalhas contra incursões do Estado Islâmico.

[6] Sigla formada a partir do nome em curdo *Partiya Yekîtiya Demokrat*.
[7] Sigla formada a partir do nome em curdo *Yekîneyên Parastina Gel*.
[8] Sigla formada a partir do nome em curdo *Yekîneyên Parastina Jin*

Tendo em vista que Bashar Al-Assad ordenara a retirada da maioria das tropas sírias do Rojava pouco após o agravamento da guerra civil, as forças curdas foram fundamentais para impedir que a área de controle do Estado Islâmico englobasse o norte da Síria (ALLSOPP, 2015). E se, por um lado, a ausência de forças do regime de Al-Assad acarretou em uma maior pressão sobre o YPG e o YPJ, por outro, ela representou uma rara oportunidade de liberdade administrativa.

Fazendo proveito da situação proporcionada pelas vitórias militares e da experiência adquirida desde o início das revoltas, os três maiores cantões curdos no norte da Síria — Afrin, Jazire e Kobane — proclamaram, em 2014, a Autonomia Democrática do Rojava, regida por um contrato social (DEAN, 2019). Ao instituir essa região autonoma de facto, os cantões se permitiram a chance de aplicar concretamente o sistema do Confederalismo Democrático e de fortalecer os esforços locais de participação política e em prol da igualdade de gênero.

5. RESULTADOS DA PRÁXIS: OS MOVIMENTOS CONCRETOS PELA IGUALDADE DE GÊNERO NO ROJAVA.

O direito à igualdade de gênero está de fato positivado no ordenamento jurídico curdo pela Constituição dos Cantões de Rojava. A Carta de Contrato Social de Rojava, estabelecida em 2014, é o documento fundamental para reconhecer os direitos das mulheres dentro do confederalismo democrático, concretizando o pleno direito à igualdade de gênero a partir dos artigos 23, 27, 28, 87 e 95 (CONSTITUICIÓN DE LOS CANTONES DE ROJAVA, 2013).

Na alínea 'a' do artigo 23, a Constituição declara que toda pessoa possui o direito de expressar seus direitos étnicos, culturais, linguísticos de gênero. Nesse sentido o artigo 27 expressa que as mulheres têm o direito inviolável de participar da vida política, social, econômica e cultural. Já o artigo 28, específico em relação à efetivação do direito à igualdade de gênero ser uma responsabilidade pública e constitucional, declara que os homens e mulheres são iguais na forma da lei, garantindo a Carta a realização da efetiva igualdade entre homens e mulheres, obrigando as instituições públicas a trabalharem pela eliminação da discriminação de gênero. Além do que consta nesses, o artigo 95 expressa que haverá um Órgão do Conselho Executivo apenas para tratar sobre a igualdade de gênero no território. Por fim, o art. 87 impõe que cada sexo deve compor pelo menos 40% dos quadros de todos os órgãos do governo, instituições e comitês, objetivando, dessa maneira, o reconhecimento da importância da mulher na vida política e social do Rojava. (CONSTITUICIÓN DE LOS CANTONES DE ROJAVA, 2013). Assim, podemos dizer, a Carta concretiza – ao menos por um ponto de vista estritamente material – a igualdade de gênero no que concerne à repartição de poderes do território.

Para se compreender melhor quais são esses órgãos em que as mulheres terão, por definição, ao menos 40% de representação, volta-se ao artigo 4º da Constituição. Nele, define-se que a estrutura administrativa nas regiões autônomas de Rojava é regida por: Assembleia Legislativa, Conselhos Executivos, Alta Comissão de Eleições, Cortes Supremas Constitucionais e Conselhos Municipais/Provinciais (CONSTITUICIÓN DE LOS CANTONES DE ROJAVA, 2013). Portanto, todos esses órgãos da re-

partição de poderes – muito bem estruturada e dividida entre legislativo, executivo e judiciário – devem seguir o mínimo percentual supracitado de participação das mulheres. Pode-se afirmar que essa medida efetiva – mesmo que apenas materialmente, convém repetir – o direito fundamental das mulheres à vida política. Apesar dessas ressalvas quanto ao caráter mais pragmático ou material de tais medidas, não seria prudente diminuir a magnitude do poder político que elas conferem às mulheres do Rojava, ainda mais quando se comparando à situação de dupla opressão – étnica e de gênero – à qual elas se viam submetidas até algumas décadas atrás.

Uma medida que acompanha a reserva de ao menos 40% das vagas a cada sexo é o chamado *princípio da dupla liderança*: nele, independentemente de se tratar de uma comuna ou uma corte jurisdicional, deve haver sempre uma liderança de um homem e uma mulher. Mais um exemplo prático do princípio do Confederalismo Democrático de que uma revolução política só existe com representação e liberdade das mulheres. Nesse sentido, Knapp, Flach e Ayboga (2016) citam o exemplo da cidade de Afrîn, em que 65% das instituições civis, políticas e militares possuiam, quando da publicação de seu trabalho, lideranças femininas.

Sobre a Constituição dos Cantões de Rojava, os autores Moraes e Vieira afirmam:

> Em janeiro de 2014, os três cantões de Rojava declaram-se autônomos e aprovaram a Carta do Contrato Social de Rojava (Constituição de Rojava). O documento incorporou em suas diretrizes a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948. A Carta busca estabelecer um Confederalismo Democrático baseado no autogoverno local, no ambientalismo, na igualdade de gênero, no pluralismo étnico, cultural e religioso, na liberdade de expressão e de imprensa (MOARES; VIEIRA, 2017, p. 90).

A positivação dos direitos supracitados tem enorme importância para garantir à mulher uma posição de igualdade ao homem. Entretanto, é fundamental ressaltar que o esforço pela igualdade de gênero não se restringe ao código. Considerando o papel fundamental que a participação e o debate político tomam na teoria do Confederalismo Democrático, é de se esperar que esse espaço de fazer política – o micro, o local – seja também fundamental na busca pela igualdade de gênero. Nesse sentido, o YPJ, para além da evidente importância que teve e tem ao garantir segurança para a autoadministração do Rojava, é um ótimo exemplo dessas almejadas estruturas que incentivam a participação política local e usufruem dela.

Para além dos quarteis situados na cidade principal de cada cantão, o YPJ possui diversos centros mais localizados – às vezes dedicados a vilas ou bairros específicos. Essa descentralização permite uma conexão maior com a população de cada localidade, cultivando confiança, e, também, casa bem com uma das principais atividades do YPJ: o ensino e discussão de teoria. Por influência tanto das experiências das comunas, quanto das guerrilheiras do PKK que ajudaram em sua formação, as membras do YPJ dedicam parte importante do seu tempo ao debate e ao ensino das teorias que norteiam a organização política do Rojava (KNAPP; FLACH; AYBOGA,

2016).

Esse enfoque em não só ensinar a lutar, mas demonstrar o motivo pelo qual se luta, explica porque as membras do YPJ gostam de ressaltar a importância de suas batalhas contra o EI para além apenas da defesa do território. É comum, dessa forma, que se dê mais importância para a motivação revolucionária por trás da luta – que visa à reformulação da sociedade – do que para suas implicações materiais (DEAN, 2019).

No entanto, e ainda nessa temática, cabe ressaltar que o movimento político de representação de mulheres é anterior ao princípio da dupla liderança, consagrado na Constituição de 2013. Em 2005 o chamado Yekîtia Star, União das Estrelas em português, foi fundado com intuito de se tornar o movimento das mulheres curdas. Em 2016, já com os territórios de Rojava estabelecidos, o movimento trocou de nome para Kongreya Star, ou Congresso das Estrelas, em português. O Kongreya Star é um movimento político e social que realiza comunas de discussão e efetivação dos direitos das mulheres em todo o território de Rojava. Em regiões mais pobres, por exemplo, o trabalho desse movimento é no sentido de educar e alfabetizar as mulheres mais pobres, com a instituição de comunas de mulheres dentro dos povoados (KNAPP, FLACH, AYBOGA, 2016).

Porém, o foco principal do movimento é educar politicamente todas as mulheres curdas, pois a maioria das mulheres casou ainda quando adolescentes, não possuindo oportunidade de estudo e alfabetização. Para isso, as integrantes do Kongreya Star visitam todas as famílias de determinado povoado, mostrando a necessidade de a mulher possuir conhecimento e autossuficiência para poder retornar ao mercado de trabalho e conviver em sociedade. Para este fim, o movimento possui um programa educacional em comuna exclusivo para mulheres e publica um jornal comunitário de temática feminina, o Dengê Jyian. O periódico contém artigos da história do movimento das mulheres, análises sobre o conceito de família democrática e notícias atualizadas sobre leis de direito de famílias recentemente aprovadas pelas jurisdições curdas (KNAPP, FLACH, AYBOGA, 2016).

O Kongreya Star não só noticia questões legislativas e judiciais, como também age sobre elas, promovento projetos de lei e judicializando casos de violência contra a mulher. A lei de direito de família que proibia casamento forçado, casamento na infância e poligamia foi proposta pelo movimento das mulheres no Supremo Comitê Constitucional, sendo aceita e inserida dentro do sistema normativo dos territórios de Rojava. Já no que diz respeito às situações que envolvem problemas de família, as próprias instituições e comunas de mulheres do Kongreya Star são as responsáveis por documentar e investigar as alegações e situações oportunas. Se for necessário, o movimento as judicializa, como em casos de violência doméstica ou quando os homens abandonam suas famílias e não pagam mais alimentos e suportes aos filhos. Knapp, Flach e Ayboga expõem, ainda, que é o Kongreya Star que investiga casamento de menores de idade – isso se relaciona principalmente ao grande mercado de casamentos forçados na Turquia, envolvendo, ainda, venda de crianças pela *internet* (2016)

A organização Kongreya Star, portanto, é grande incentivadora e relevante ator no que concerne à mobilização política e social das mulheres, construindo comunas que visam aos direitos das mulheres no Rojava. Ela também se insere em todas as esferas sociais, desde a defesa, passando por educação e militarização, até a saúde das mulheres.

Por fim, o movimento de mulheres curdas abriu centros e institutos de jinealojia, epistemologia da mulher desenvolvida com base nas escritas de Abdullah Öcalan, para a educação de mulheres sobre uma construção educacional de uma nação democrática, visando acabar de vez com as origens da dominação. A jinealojia, que possui um departamento na Universidade de Qamislo, no Rojava, propaga a ideia de que a mulher deve estar inteiramente presente em todos os setores da sociedade em que antes elas estavam ausentes, sejam eles a economia, educação, militarização e organização comunitária. Nos institutos de estudos da jinealojia as mulheres constroem um movimento descolonizador, implantando um currículo educacional interseccional diferente do sistema educacional sírio, que excluía as mulheres. Dessa forma, a jinealojia é uma nova maneira interseccional de estudar e pesquisar sobre os conhecimentos teóricos e práticos, excluindo as múltiplas discriminações que mulheres curdas sofriam em virtude do patriarcado, nacionalismo, colonialismo e perseguição do seu povo, incluindo a igualdade de gênero e direito das mulheres (KNAPP, FLACH, AYBOGA, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar as formas pelas quais as mulheres curdas no Rojava procuram concretizar o direito à igualdade de gênero e se a busca pela efetivação desse direito é relacionada à reestruturação política e social que a revolução propõe.

Percebe-se, então, que os ideais políticos revolucionários levantados pelo líder curdo Abdullah Öcalan foram a base para a revolução de Rojava. Com ideais que visam à igualdade de gênero, descolonização da sociedade, respeito às etnicidades e culturas e à quebra do paradigma das imposições patriarcais, Öcalan, com auxílio da influência do PKK, introduziu uma revolução política de independentismo curdo que possui, entre seus fundamentos, o pilar da igualdade entre homens e mulheres.

As curdas, então, iniciaram uma revolução não apenas social mas política, influenciando as mulheres a possuírem autonomia e liberdade dentro da sociedade para se auto-organizarem como um movimento por reconhecimento da sua própria identidade, até então marginalizada, como curda e como mulher. Öcalan, além disso, fez uso de sua voz política para enfatizar que o movimento das mulheres curdas deve se estruturar de forma autônoma e emancipatória, devendo os homens compreenderem a importância desse movimento para o independentismo do seu próprio povo.

Foi nessa realidade que, em 2013, ocorreu o reconhecimento formal dos direitos das mulheres curdas na Constituição dos Cantões de Rojava. A Carta de Contrato Social possui como pilar os direitos fundamentais e sociais da população. Dentro do documento normativo está expresso a efetivação do direito à igualdade de gênero por parte da sociedade e do sistema de repartição de poderes curdos. Além disso,

na Carta está presente o pleno direito fundamental das pessoas de expressarem seu gênero e suas características linguísticas, culturais e étnicas, positivando, mais uma vez, o reconhecimento do direito da igualdade entre homens e mulheres.

Em uma perspectiva da teoria do direito, positivar o direito à igualdade de gênero é uma proteção jurisdicional para as mulheres. Entretanto, a efetivação desse direito dentro das comunidades se dá pelo movimento autônomo e político das mulheres, do qual o Kongreya Star é parte fundamental. Esse movimento, que possui como base a educação sobre igualdade de gênero é crucial para a autonomia das mulheres curdas e para a efetivação de seus direitos. Leis da jurisdição do Rojava contra a discriminação de gênero, o casamento forçado, casamento de crianças e a violência doméstica foram apresentadas como projetos para a Suprema Corte Constitucional pelo Kongreya Star, que com sua força política conseguiu com que tais atos fossem criminalizados. Portanto, o movimento das mulheres, junto com o reconhecimento formal e proteção jurisdicional do direito à igualdade de gênero, vêm, juntos, efetivando a igualdade entre os homens e as mulheres em Rojava.

Pode-se dizer que as conquistas na busca pela igualdade de gênero analisadas neste trabalho são surpreendentes: pela velocidade em que ocorreram; pela região em que tiveram lugar — comumente vista no ocidente como muito hostil às mulheres; e pela magnitude das mudanças estruturais que demandaram. Essas características, por sua vez, nos levam a refletir sobre os desenvolvimentos históricos, políticos e sociais que levaram a essa revolução, permitindo-nos perceber a singularidade dela. Isto é, seja pela rara tentativa de transpor à realidade, com alto grau de fidelidade, um sistema de administração recentemente teorizado, seja pelos fatos históricos e regionais que abriram espaço para esse experimento, a luta das mulheres do rojava é intimamente ligada às particularidades da população que a está levando a cabo.

Pode haver a tentação, por parte da imprensa ou de pesquisadores, de tentar tomar apenas uma de suas faces — o YPJ, por exemplo, ou as comunas femininas — e compará-la a movimentos feministas de outras localidades ou apresentá-la por si só. No entanto, a luta das mulheres do Rojava é parte de um complexo sistema que visa à completa reestruturação política e social do local onde se tenta aplicá-lo; ignorar a história de sua formulação e de sua aplicação pode acabar desfigurando aquilo que se pretende analisar. Em outras palavras: a luta pela igualdade de gênero no Rojava é, até certo ponto, indissociável de toda a revolução política da qual ela é parte.

É interessante notar, também, que o caráter revolucionário do movimento no Rojava é o que permite que a violência simbólica e o modelo de dominação sejam percebidos e superados. Afinal, se o que se deseja mudar não é a opressão da mulher por si só, mas sim a forma organizacional da sociedade, então a estrutura que sustenta o modelo opressor e a violência simbólica se torna o alvo, aquilo que deve ser superado. Para esse fim, nota-se que, desde o princípio, o movimento rejeitou a quase onipresente perspectiva falocêntrica e os papéis de gênero e, no próprio processo de desmantelação da ordem anterior, já passou a seguir os preceitos da ordem que desejava estabelecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLSOPP, Harriet. *The Kurds of Syria: Political Parties and Identity in the Middle East*. 2. Ed. Londres e Nova Iorque: I.B Tauris, 2007.

AMOROSI, Lucia. *Militância política e relação de gênero: o caso das mulheres militantes no Curdistão.* Cadernos Pagu, n. 56, Campinas: 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-83332019000200501&script=sci_arttext> Acesso em: 27 jul. 2020.

ARAÚJO, Iraniano; ETTINGER, Valéria Marques. *Gêneros e direitos humanos: conquistar e desafios.* Diké Revista Jurídica, v. 17, n. 2, Santa Cruz: 2018. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1912>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo I: fatos e mitos.* São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BIROLI, Flávia. Divisão Sexual do Trabalho e Democracia. *Revista de Ciências Sociais,* vol. 59, n.3. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/dados/v59n3/0011-5258-dados-59-3-0719.pdf>. Acesso em: 21 out 2020.

BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CONSTITUICIÓN DE LOS CANTONES DE ROJAVA, 2013. Disponível em: < https://rojavanoestasola.noblogs.org/contexto/constitucion-de-las-comunidades-autonomas-kurdas-de-rojava/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

DEAN, Valentina. Kurdish Female Fighters: The Western Depction of YPJ *Combatants in Rojava.* GLOCALISM: JOURNAL OF CULTURE, POLITICS AND INNOVATION, Milão: 2019. Disponível em: <https://glocalismjournal.org/kurdish-female-fighters-the-western-depiction-of-ypj-combatants-in-rojava/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

KNAPP, Michael; FLACH, Anja; AYBOGA, Ercan. *Revolution in Rojava: Democratic Autonomy and Women's Liberation in Northern Syria*. London: Pluto Press, 2016.

MCDOWALL, David. *A modern History of the kurds.* 3 ed. Londres e Nova Iorque: I.B Tauris, 2007.

MORAES, Isaías Albertin; VIEIRA, Fernando Antonio da Costa. *O municipalismo libertário e revolução em Rojava.* Crítica e Sociedade: Revista de cultura política, v. 7, n. 2, Uberlândia: 2017.

ÖCALAN, Abdullah. *Democratic Confederalism.* Cologne: International Initiative Edition, 2011.

_____. *Liberating life: Woman's Revolution.* Cologne, International Initiative Edition, 2013.

SAFFIOTI, Heleith. *Violência de Gênero: Poder e Impotência*. Rio de Janeiro: Editora Revinter, 1995.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INFORMAÇÃO: CASO VON RICHTHOFEN

RIGHT TO OBLIVION IN THE AGE OF INFORMATION: VON RICHTHOFEN CASE

Glícia Édeni de Lima Teixeira*

Resumo: Este trabalho dedica-se ao esquecimento. Tal garantia negativa visa restringir o acesso a informações pessoais capazes de desencadear sentimentos de aflição ou constrangimento, especialmente em indivíduos acusados de atos criminosos. Justifica-se devido ao fato da inclusão digital massiva observada em escala global nos últimos anos representar um verdadeiro entrave no exercício do direito ao esquecimento, uma vez que os mecanismos de busca da *internet* dificultam o natural esquecimento de acontecimentos e crimes praticados em diversos períodos temporais. O presente artigo tem por objetivo investigar a aplicação do direito ao esquecimento na era digital, com ênfase no célebre caso brasileiro de parricídio e matricídio cometido no seio da família Von Richthofen. Este trabalho orienta-se pelo método dedutivo e utiliza metodologia e procedimento bibliográficos, bem como pos-sui abordagem qualitativa e exploratória. Destaca-se que a pesquisa teórica consiste em uma revisão narrativa, incluindo-se, além dos livros e periódicos científicos, outras fontes como notícias e a legislação brasileira a respeito do tema. A partir desse método, visa-se responder se o instituto do esquecimento possui aplicabilidade no caso Von Richthofen. Observa-se com esta pesquisa que o direito ao esquecimento no Brasil possui contornos incertos, o que torna indispensável a ponderação individuali-zada de garantias fundamentais como liberdade de expressão e direito à privacidade presentes especificamente em cada caso judicial. Por fim, este trabalho evidencia a dificuldade de esquecimento social vivenciada não apenas por Suzane, mas por seu irmão, Andreas Von Richthofen, que mesmo sendo também vítima deste crime brutal, teve seu sobrenome socialmente estigmatizado após este caso.

Palavras-chave: Caso Von Richthofen. Direito ao esquecimento. Direitos fundamentais. Era da informação.

Abstract: *This work is dedicated to the oblivion institute. This negative guarantee aims to restrict access to data and personal information able to trigger feelings of distress or embarrassment especially in individuals accused over criminal acts. The massive digital inclusion on a global scale in recent years represents a real obstacle in the exercise of the right to oblivion, since the search engines on the internet burdens the forgetting of events and crimes practiced in different periods of time. This work uses bibliographic methodology and*

* Graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri. E-mail: emaildaglicia@gmail.com. Orientadora: Roberta Gonçalves Bezerra Menezes, especialista em Direito Constitucional, graduada em Direito e professora da Universidade Regional do Cariri. Especializanda em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Vale do São Francisco. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais. E-mail: robertagbm@gmail.com.

procedure, as well as a qualitative and exploratory approach and aims to investigate the application of the right to oblivion in the digital age, with an emphasis on the famous Brazilian case of parricide and matricide committed within the Von Richthofen family. This work is guided by deductive method. It uses bibliographic research and analysis of Brazilian law on the subject, as well as specifically evaluates the case mentioned. This research pointed that the right to oblivion in Brazil has an uncertain profile, which makes it essential to individually consider fundamental guarantees such as freedom of expression and the right to privacy specifically in each judicial case on this topic. Finally, this paper underlines the hardness of social oblivion experienced not only by Suzane, but by her brother, Andreas Von Richthofen, who despite being a victim of this brutal crime, had his family name socially stigmatized after this case.

Keywords: *Von Richthofen case. Right to oblivion. Fundamental rights. Age of information.*

1. INTRODUÇÃO

O instituto do direito ao esquecimento abrange elementos da esfera pessoal do indivíduo como nome, imagem, honra e privacidade. A doutrina pátria classifica-o como direito de personalidade, ainda que não positivado literalmente no ordenamento jurídico brasileiro. Tal garantia está relacionada ao direito à privacidade, mas ambos não se confundem: a privacidade busca resguardar informações atuais e de foro íntimo, ao passo que o esquecimento tem por objetivo apagar a memória de um fato pretérito, ainda que verídico, capaz de causar constrangimento ou transtorno a determinada pessoa.

O esquecimento encontra diversas definições em leis e jurisprudências estrangeiras, mas, para fins didáticos, elucida-se como exemplo a língua inglesa. Neste vernáculo, as expressões mais utilizadas em referência ao esquecimento são *right to be forgotten, right to erasure, right to delete*. No entanto, a expressão mais adequada para representar este instituto é, certamente, *right to oblivion,* a qual se refere ao fenômeno do esquecimento como resultado de um processo forçado e não de um acontecimento natural, como ocorre na senilidade, por exemplo.

Este movimento deliberado com a finalidade de que se indisponibilizem judicialmente dados e informações representa precisamente o direito ao esquecimento discutido neste trabalho. Em que pese o caráter de direito fundamental, a garantia ao esquecimento não pode ser considerada absoluta e tal atributo de relatividade constitui regra dentre a vasta gama de direitos fundamentais legalmente postulados no Brasil.

Neste sentido, o presente artigo objetiva observar a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso Von Richthofen. Para isso, elaboraram-se três objetivos específicos, quais sejam: inicialmente, analisar o histórico do direito ao esquecimento em decisões jurisprudenciais a nível mundial; posteriormente, apontar a evolução do direito ao esquecimento na legislação brasileira; e, por fim, avaliar a aplicabilidade do direito ao esquecimento ao caso Richthofen.

Este estudo justifica-se, principalmente, porque o direito ao esquecimento nor-

malmente colide com a garantia de acesso à informação e à liberdade de imprensa, o que torna imprescindível a ponderação destes direitos conflitantes diante de cada caso concreto. A respeito desta necessidade do sopesamento de direitos fundamentais por parte do poder judiciário, Mastrodi (2014, p. 581) leciona que "vivemos a era da ponderação. Nesse sentido, a solução de um conflito real, no âmbito de um Estado de Direito, será solucionado a partir da conformação dos direitos fundamentais contrapostos em jogo, em cada caso concreto".

O esquecimento constitui matéria relevante no âmbito das áreas civil e penal, visto que tal garantia de dignidade da pessoa humana representa parte essencial da ressocialização do condenado judicial. Vale ressaltar que o esquecimento beneficia não apenas o apenado e seus familiares, mas pode contemplar inclusive as vítimas dos crimes, bem como qualquer indivíduo o qual se sinta prejudicado com a divulgação de determinado fato ou informação sensível, ainda que verídico.

Apesar desta garantia legal de remissão dos condenados judiciais, aqueles interessados no benefício deste instituto enfrentam verdadeiras batalhas judiciais a fim de serem favorecidos pelo direito ao esquecimento. O papel sensacionalista da mídia sobre determinados acontecimentos encontra respaldo na *internet*, que disponibiliza em frações de segundos todo tipo de conteúdo a quem quer que seja o usuário interessado.

Destaque-se, entretanto, que o direito ao esquecimento na era digital não significa uma real garantia do apagamento de registros de determinados acontecimentos dos motores de busca virtuais, a exemplo do Google. O esquecimento garante a possibilidade de se discutir judicialmente sobre a relevância – ou não – da disponibilização do conhecimento de fatos pretéritos, ainda que verdadeiros. É interessante destacar que este direito compreende ainda a possibilidade de desindexação de termos de busca e a retificação de dados pessoais – portanto representa algo mais abrangente que o ato de exclusão de determinada informação.

Este estudo desenvolveu-se sobre uma metodologia bibliográfica e possui técnica de pesquisa exploratória. O texto tem por base a análise de diplomas legais e de decisões jurisprudenciais pátrias e estrangeiras, além da consulta de vasto material jornalístico produzido a respeito do crime de duplo homicídio cometido contra o casal Marísia e Manfred Von Richthofen na cidade de São Paulo em outubro de 2002, caracterizando-se, assim, na forma de revisão narrativa. Destaca-se, outrossim, que o presente artigo possui caráter essencialmente qualitativo e natureza básica, pois liga-se apenas ao incremento do conhecimento científico, sem fins comerciais.

O desenvolvimento deste artigo trata de temas como decisões jurisprudenciais a respeito do esquecimento no século XX e a contextualização desta garantia legal na legislação pátria. O trabalho analisa ainda a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso Von Richthofen, famoso crime de matricídio e parricídio que abalou a justiça brasileira e a opinião pública há quase duas décadas. O impacto social deste duplo homicídio evidencia-se por sua contínua reverberação em espaços midiáticos como programas televisivos e redes sociais.

O conteúdo teórico a seguir relata algumas das manifestações jurisprudenciais

iniciais em defesa do instituto do esquecimento em um contexto mundial. Em seguida, versa sobre o tratamento deste direito na legislação pátria a partir de textos legais como a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002. Por fim, o estudo discute a aplicabilidade do direito ao esquecimento no caso Von Richthofen.

2. O SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

De acordo com Cavalcante (2014, p. 198), o direito ao esquecimento "é aquele que uma pessoa tem de não permitir que um fato – mesmo que verdadeiro – acontecido em determinado momento da sua vida, seja exposto ao público, causando-lhe transtornos e sofrimento." Este direito fundamental resguarda a personalidade do indivíduo e resulta da necessidade de controle sobre o acesso de dados e informações pessoais por parte de terceiros.

Com efeito, o esquecimento constitui discussão indispensável à era da informação. A indústria cinematográfica e a produção de materiais impressos em larga escala, a exemplo de jornais e revistas, obtiveram significativos índices de alcance e popularidade ao longo do século XX, mas apesar desta revolução cultural e comportamental, foi na era da *internet* que as informações e notícias alcançaram um caráter de imprescritibilidade. Segundo Paganelli (2014, p. 3), este contexto de fácil disponibilidade de mídias virtuais pode representar "uma pena perpétua, pois a informação ficará eternizada nos meios virtuais, disponível de modo fácil a qualquer pessoa que tenha o interesse em realizar qualquer tipo de pesquisa relacionada ao assunto, o que, em última análise, pode vir a ser prejudicial àquele que foi exposto."

Por sua vez, o crescente movimento de demanda e consumo de materiais produzidos pela indústria do entretenimento, como filmes e revistas, passou a exercer influência direta sobre as decisões jurisprudenciais. Devido a este fenômeno social, juristas e tribunais iniciaram uma discussão sobre a possibilidade de o indivíduo invocar em seu favor um pretenso direito de ser esquecido, pela mídia ou pela sociedade.

A terminologia do direito ao esquecimento surgiu provavelmente na França, sob a expressão *droit à l'oubli,* cuja autoria atribui-se ao jurista Gerárd Lyon-Caen. Esta denominação foi utilizada inicialmente nos anos de 1960 para referir-se a um caso de uma série de assassinatos praticados por apenas um indivíduo: em 1921, o parisiense Henri Désiré Landru, popularmente conhecido como o "Barba azul", foi condenado à morte sob a acusação de haver executado ao menos dez mulheres, motivo pelo qual foi preso em 1919. (PINHEIRO, 2016, p. 136).

Em 1963, a *Societé Rome-Paris Films* lançou o filme "Landru", dirigido pelo cineasta Claude Chabrol. Dentre outros personagens, esta produção representou Marcelline Fernande Segret, então amante de Landru, a qual teve sua identidade exposta nas telas de cinema. Na disputa judicial que se tornou conhecida como *Dlle. Segret vs. Soc Rome Film,* a mulher alegou que não havia autorizado a utilização de seu nome na produção cinematográfica, fato que, segundo esta, causou-lhe prejuízos de ordem moral e psicológica (PINHEIRO, 2016, p. 137).

A pretensão indenizatória movida por Segret contra o diretor, a produtora e a

distribuidora do filme "Landru" reivindicava uma indenização no valor de 200 mil francos sob a alegação de perdas e danos. Neste processo, a justiça francesa poupou o diretor e a distribuidora da produção cinematográfica, mas condenou a produtora *Societé Rome-Paris Films* por representar Segret em cenas íntimas, situação que restou considerada por aquele tribunal como atentado ao pudor (PINHEIRO, 2016, p. 138).

A decisão do caso *Dlle. Segret X Soc Rome Film* veio a público no dia 4 de outubro de 1965. No acórdão, o Tribunal de *Grande Instance de La Seine* considerou a demanda de Fernande Segret como improcedente sob a justificativa de que a reclamante havia se envolvido em um "caso criminal célebre" e sobre este, inclusive, publicara memórias. Ainda segundo a decisão judicial, a autora do processo não poderia "culpar o autor de um filme relativo a este caso pela lembrança de eventos fartamente notórios de sua existência e do uso de seu nome", uma vez que seria suficiente "consultar documentos igualmente conhecidos para identificá-la". (PINHEIRO, 2016, p.137 e 138)

Apesar da relevância do julgamento do caso de Segret, outra demanda judicial, denominada *Melvin vs Reid,* foi oficialmente a primeira a tratar sobre o direito ao esquecimento, embora este ainda não possuísse formalmente tal denominação. Em 1925, Dorothy Davenport Reid produziu nos Estados Unidos o filme "The Red Kimono", no qual retratava, sem qualquer permissão ou autorização, a vida pregressa de Gabrielle Melvin, antiga prostituta californiana que havia sido legalmente acusada e considerada inocente por um crime de homicídio. Na ocasião da produção do filme, Gabrielle havia há muito abandonado a vida de prostituição e constituído família com Bernard Melvin, que figurou como autor deste processo judicial contra a produtora do material.

A reprodução deste filme teria causado intenso constrangimento em Gabrielle ao revelar fatos de sua vida pregressa até então desconhecidos no seu círculo social – como resultado desta exposição, muitas pessoas teriam se afastado daquela família. Assim, Bernard Melvin, companheiro da ex-prostituta, resolveu pleitear judicialmente uma indenização no valor de 50 mil dólares contra a produtora do material, sob alegação de violação do direito à privacidade da esposa (FRAJHOF, 2015, p. 40)

A Corte da Califórnia decidiu o caso em favor de Melvin: naquele julgado prevaleceu o sentimento de indignação a respeito da desnecessária e cruel utilização do verdadeiro nome de Gabrielle na obra de ficção, visto que revelava detalhes de uma conduta considerada totalmente reprovável naquela sociedade. Um fato interessante acerca deste julgamento foi levantado por Frajhof (2015, p. 41): "É no mínimo curioso que a Corte entenda que a publicação de uma acusação de homicídio seja menos penosa à autora que a divulgação de sua vida como prostituta." Desta forma, o fato de Gabrielle haver sido garota de programa abalou de tal maneira aquele meio social, que a acusação de homicídio pela qual a mulher havia respondido restou em segundo plano na opinião pública.

Apesar da relevância destes casos relatados, o direito ao esquecimento consagrou-se na Alemanha, com o célebre caso Lebach, em 1973. Nesta situação, a justiça alemã concedeu uma liminar a fim de impedir a veiculação de um programa televisivo que retrataria um crime de homicídio cometido contra quatro soldados em uma base militar daquele país. O caso havia acontecido anos antes e naquela ocasião o acu-

sado sobrevivente já havia cumprido pena e estava a poucos dias de ser libertado da prisão na cidade de Lebach (BRASIL, 2018, p. 7)

O documentário intitulado "O assassinato dos soldados em Lebach" seria exibido pela emissora de televisão ZDF e expunha nomes reais e imagens dos acusados, além de trazer à tona um suposto envolvimento homoafetivo entre estes. Aponta-se que o caráter sensacionalista e a disputa por índices de audiência conduziriam a exibição do documentário naquela ocasião. Desta forma, a ressocialização dos condenados por aquele crime teria sido prejudicada pela veiculação daquele programa televisivo apenas poucos dias antes da libertação do reclamante (BRASIL, 2018, p. 7).

Consoante com esta decisão do tribunal alemão, está a lição de Jurgen Schwabe (2005, p. 488). De acordo com este, a proteção constitucional à personalidade não admite que a televisão se ocupe com o criminoso e sua vida privada além da notícia atual e por tempo ilimitado, como por exemplo, na forma de documentários. Ainda segundo o autor:

> Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (ressocialização). (SCHWABE, 2005, p. 488)

Os canais midiáticos normalmente exploram o chamado populismo penal. Segundo Gomes (2013, p. 18), esta "técnica hiperpunitivista" apoia-se sobre o senso comum, sentimentos e demandas originadas pelo delito a fim de "alcançar o consenso ou apoio da população em torno da imposição do endurecimento das leis penais." A exposição das fraquezas emocionais e dos infortúnios alheios sustenta este ciclo de produção de materiais de cunho sensacionalista.

Por sua vez, a era da informação amplifica este cenário de vulnerabilidade e exposição de terceiros, além de propiciar um fenômeno nunca visto em outros períodos da história humana: a instantânea propagação de toda espécie de conteúdo e a agilidade recorde da disseminação das notícias. Diante deste cenário, pode-se afirmar que o esquecimento na atualidade representa um procedimento complexo, visto que envolve potencialmente um grande número de responsáveis pelas informações sensíveis, como motores de busca virtuais, canais de televisão, produtoras de conteúdos cinematográficos ou mesmo pessoas físicas, por exemplo.

O direito ao esquecimento na era da *internet* percorre diferentes estágios. Inicialmente, o interessado reclama a aplicação do direito ao esquecimento em seu benefício, a qual deve passar por uma fase de análise. Segundo Moraes (2016, p. 76), esta ponderação técnica e jurídica passa por três etapas: o intérprete identifica as normas aplicáveis ao caso, contrastando eventual colisão de direitos. Em seguida são analisados fatos e circunstâncias concretas. Por fim, a decisão é singularizada, "tendo em vista a maior ou menor intensidade da incidência do direito por conta do caso concreto, sem que isso afete a sua validade."

Nos casos de concessão legal do direito ao esquecimento, faz-se necessária a possibilidade da remoção do conteúdo ou informações sensíveis dos bancos de dados virtuais. Um levantamento do *Google* publicado em 2018, apontou que, apenas na União Europeia, esta multinacional recebeu 2,4 milhões de pedidos de remoção de conteúdos entre os anos de 2014 e 2017 – destas requisições, apenas 43% foram aceitos (BERTRAM. et al, 2018 p. 01). Ao final destas disputas judiciais, ainda se faz necessária a tutela da restrição de posterior acesso aos dados a serem protegidos pelo instituto do esquecimento.

O jurista italiano Francesco Carnelutti elucidou o caráter de perpetuidade que a pena judicial pode representar quando eivado pelo fenômeno do populismo penal. Carnelutti defendeu a ideia de que o indivíduo infrator normalmente continua a ser julgado por tempo indefinido no meio social, mesmo após o cumprimento de sua sentença judicial:

> As pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. (CARNELUTTI 1995 p. 117)

No atual contexto de acesso instantâneo a todos os tipos de conteúdo midiático, a popularização da *internet* e a explosão no uso das redes sociais certamente reafirmam a antiga lição de Carnelutti como válida atualmente. A utilização massiva da web dificulta a superação de determinados acontecimentos por parte da sociedade, o que pode ferir o direito ao esquecimento, o qual garante ao indivíduo que não venham a público determinados fatos sobre sua vida pessoal.

O espetáculo midiático que os veículos de comunicação costumam promover acerca de crimes causadores de maior comoção popular é capaz de influenciar na condução dos trâmites judiciais e julgamentos. Esta posição por parte das mídias sociais certamente fere a presunção de inocência a que possuem direito os indivíduos acusados pela justiça. Assim, a era da informação facilmente atrela o estigma de criminoso a determinado réu, seja este culpado ou inocente diante do crime pelo qual responde.

Desta forma, o processo penal tende a transformar-se em um espetáculo deprimente e a buscar validação na opinião popular, então elevada ao status de bússola na condução dos procedimentos judiciais. Não raramente, a mídia expõe o acusado à abominação pública e assume o papel do Estado na função julgadora. Ao ser estigmatizado como culpado, este indivíduo enfrenta maiores dificuldades de integração social, mesmo que reste provada sua reabilitação ou mesmo sua condição de inocência diante da justiça.

Ainda segundo Carnelutti (2002, p. 97), esta invasão da imprensa "precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir". De acordo com o autor, esta intromissão sensacionalista

midiática "tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar."

No bojo de uma sociedade plural é natural que coexistam opiniões diversas a respeito de temas controversos como o esquecimento. Este debate é capaz de trazer à tona acontecimentos polêmicos, além de revestir-se de opiniões antagônicas, mas igualmente consideráveis e relevantes. A partir deste movimento dialético, pode-se elencar uma vasta gama de argumentos contrários e favoráveis à concessão judicial do direito ao esquecimento.

Dentre as opiniões contrárias à aplicação deste instituto, destaca-se o ideário de que a proibição ao acesso a determinados conteúdos fomenta a própria atividade de censura. Desta maneira, tal corrente pró informação apregoa que o esquecimento representa um verdadeiro atentado à liberdade de expressão.

Um argumento indiscutível levantado por estes doutrinadores é que não se pode apagar ou mesmo reescrever o passado. Ademais, o esquecimento pode proporcionar um perigoso fenômeno semelhante a uma espécie de revisionismo histórico particular, em que cada indivíduo decide manipular sua própria história e os motivos por quais será lembrado no futuro. Neste sentido, Sarmento (2016, p. 192) argumenta que a imposição do direito ao esquecimento tem servido como mecanismo de manipulação da memória coletiva, artifício utilizado por regimes totalitários na manutenção do seu projeto de poder.

De fato, a corrente de pensamento contrária ao esquecimento argumenta que a indisponibilização do acesso a certos dados e fatos deveria ser concedida apenas em situações sociais extremas, as quais exigissem medidas mais severas de controle social por parte do poder público, como seria o caso de decretação de estado de sítio no país, por exemplo (BRASIL, 2017 p. 48).

O Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça e os juristas Anderson Schreiber e Eduardo Mendonça, apontam diversas críticas ao instituto do esquecimento, como a supremacia do interesse público e a necessidade da defesa do direito à memória e à informação. A este respeito, Schreiber (2013, p. 170) pondera que "de um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito."

Por outro lado, destaca-se também uma corrente doutrinária totalmente favorável ao esquecimento, a qual possui como fundamento a ideia de que nem todos os fatos e atos pretéritos são relevantes ou benéficos à coletividade. Estes estudiosos fundam seu pensamento sobre o artigo 11 da Convenção Americana de sobre Direitos Humanos, de 1969, documento ratificado pelo Brasil em 1992. Este artigo citado afirma que "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques". (BRASIL, 1992)

Estudiosos entusiastas do direito ao esquecimento encontram respaldo nas lições de doutrinadores como Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, segundo os quais o homem deve ter direito aos seus segredos (2009). Segundo esta corrente de pensamento, a rememoração de um ato criminoso deve encontrar respaldo em um motivo específico – como o cometimento de outro crime pelo mesmo acusado, por exemplo. Caso contrário, a relembrança vazia de certos atos presta-se apenas a reavivar feridas causadas em indivíduos que foram vítimas de crimes no passado e que podem enfrentar sofrimentos constantes em razão de atitudes sobre as quais não detiveram situação de controle.

De acordo com Maurmo (2017, p. 02), o esquecimento é uma maneira de "garantir a saúde seja pela transcendência do trauma, seja por impedir que o isolamento oriundo da vergonha leve às relações sociais deficientes". A autora afirma que esta experiência traumática comprovadamente aumenta a incidência de inúmeras outras comorbidades, tais como cardiopatias e acidentes vasculares cerebrais. Ainda segundo Maurmo (2017, p. 26), "as pessoas têm o direito não de reescrever a história, mas de reconstruírem sua vida de forma digna, porque têm o direito à saúde para a transcendência do trauma – justa ou injustamente sofrido –, e porque teriam direito à não expropriação de seus direitos da personalidade."

Neste sentido, o esquecimento reforça a ideia de que não se pode apontar perpetuamente um indivíduo responsável por um crime. Assim, após o devido cumprimento da pena judicial, o condenado deve ser considerado reabilitado para o convívio em sociedade. O esquecimento pode beneficiar ainda a indivíduos que outrora portavam-se de acordo com uma conduta considerada socialmente reprovável – como o caso de garotas de programa que passam a buscar outros meios de vida ou de sustento próprio, por exemplo.

É importante salientar que, seja no ato de concessão ou no ato denegatório, o poder judiciário deve analisar o caso em questão de forma concreta, de modo a sopesar os motivos contrários e favoráveis ao esquecimento naquele caso. Esta análise deve obedecer a princípios como razoabilidade e proporcionalidade, além de avaliar a relevância social da divulgação do fato em questão.

3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Até o presente momento, a legislação pátria não define o instituto do esquecimento. Este direito representa uma reivindicação social relativamente antiga, mas continua sendo formulado devido aos seus contornos imprecisos. A doutrina e a jurisprudência ainda procuram dar forma e limites ao esquecimento – por este motivo, cada caso concreto exige a ponderação de direitos fundamentais, problemática amplificada pela era da informação.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 defende o direito à privacidade (artigo 5º, incisos X ao XII) direito fundamental também resguardado pelo Código Civil de 2002. No artigo 21 deste, lê-se que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma." (BRASIL, 2002)

O instituto do direito ao esquecimento encontra embasamento ainda no art. 202 da Lei 7.210/84, que institui a Lei de Execução Penal, à qual determina que:

> Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei. (BRASIL, 1984)

O esquecimento foi o tema do enunciado nº 531 do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2015. Esta declaração assegura que "tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento." Por outro lado, o documento reconhece a importância do direito à informação e à liberdade de expressão ao afirmar que "não é qualquer informação negativa que será eliminada do mundo virtual. É apenas uma garantia contra o que a doutrina tem chamado de superinformacionismo." (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

A aprovação desta declaração reforça o entendimento de que não há para o interessado a garantia do apagamento de qualquer informação que possa ser considerada prejudicial. Neste sentido, o enunciado 531 do CJF defende que "o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos passados ou reescrever a própria história." Apesar desta postulação, é certo que o indivíduo possui o direito de ter sua história recontada e reconstituída de maneira justa, de modo que seus atos pretéritos não interfiram em sua vida presente sem qualquer justificativa.

O direito ao esquecimento exerce influência direta sobre o instituto da reabilitação criminal, o qual encontra fundamento nos artigos 93 ao 95 do Código Penal. Bitencourt (2018, p. 1.371) define-a como "medida de política criminal que objetiva restaurar a dignidade pessoal e facilitar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania".

Neste sentido, o Poder Legislativo nacional inclina-se em regulamentar o tratamento de dados pessoais nesta era da informação. A promulgação do Marco Civil da *internet* – nomenclatura popular da lei 12.965/2014 – delineou princípios e garantias, além de direitos e deveres para os usuários da web no Brasil. Seu artigo 7º, X demonstra plena concordância com o instituto do esquecimento ao prever a "exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de *internet*, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei." (BRASIL, 2014)

Outro dispositivo legal que intenta a proteção da privacidade no Brasil é a Lei Geral da Proteção de Dados. Este regulamento altera a lei 12.965/14, além de estabelecer um marco na proteção de dados a fim de garantir ao indivíduo um controle sobre a utilização de informações pessoais. O objetivo precípuo desta lei é regulamentar o tratamento dos dados pessoais tanto por empresas quanto pelo poder público e a maneira com que lidam com estas informações.

Desta forma, a lei 13.709/18, ou LGPD, prevê a proteção dos dados em múltiplas ações que envolvem a coleta, o armazenamento ou mesmo a comercialização destas informações. Seu artigo 9º representa total consonância com os direitos resguardados pelo instituto do esquecimento, pois preconiza que os dados pessoais "serão tratados com lealdade e boa-fé, de modo a atender aos legítimos interesses dos seus titulares."

Apesar de toda a conjuntura tecnológica disponível na atualidade, o Brasil não possui, até o presente momento, um órgão definido para tratar de assuntos cibernéticos, como crimes cometidos ou golpes sofridos em ambientes virtuais. Diante desta situação, torna-se evidente o poder-dever que o Poder Judiciário dispõe em assumir uma postura ativista capaz de mitigar a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo quanto ao tema.

4. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO CASO RICHTHOFEN

Em 31 de outubro de 2002 o casal Manfred e Marísia Von Richthofen foi brutalmente assassinado a pauladas no próprio quarto, durante o sono. O crime chocou a população brasileira e ganhou proporções mundiais quando da descoberta da mandante e cúmplice do que seria posteriormente classificado como um duplo homicídio triplamente qualificado. Suzane Louise Von Richthofen, filha mais velha de Manfred e Marísia, a qual contava apenas 18 anos no dia do crime, seria condenada como partícipe nesta ação. O casal deixou outro filho mais jovem, Andreas Albert Von Richthofen (BERTONI; DE LIMA, 2016)

Os executantes do engenheiro e da psiquiatra foram os irmãos Cravinhos: Cristian e Daniel, então namorado de Suzane. Esta, oriunda de família milionária, e seus comparsas tentaram forjar a hipótese de crime de latrocínio, rapidamente descartada pelas autoridades investigadoras. (BERTONI; DE LIMA, 2016)

O julgamento deste caso aconteceu entre 17 e 22 de julho de 2006, tendo o júri considerado todos culpados: o casal Suzane e Daniel foi condenado a 39 anos e seis meses de prisão, e Cristian, 38 anos e seis meses de pena. Encarcerada, a condenada tem demonstrado um comportamento exemplar no presídio de Tremembé, onde cumpre pena. (BERTONI; DE LIMA, 2016)

Este crime representa um verdadeiro embate entre o direito ao esquecimento e a liberdade de imprensa no Brasil. Na verdade, o caso Richthofen não sai de evidência, devido não apenas à comoção popular desencadeada pela brutalidade do ato, mas porque a personalidade midiática de Suzane sempre encontra lugar de destaque nos noticiários. O cotidiano da condenada significa um aumento nos números de audiência e de vendagem: o caso dos Richthofen inspira a produção de entrevistas, livros e filmes a respeito daquele crime.

Entretanto, não se pode esquecer que o irmão de Suzane, Andreas Von Richthofen também carrega o estigma do seu sobrenome, mesmo não havendo participado ou sequer tivesse conhecimento sobre o crime premeditado contra seus pais. Andreas, adolescente de apenas 15 anos na época do assassinato dos pais, também possui o direito ao esquecimento. (ISTO É, 2017)

O irmão de Suzane passou a ser alvo de especulações e matérias jornalísticas desde o crime que tornou famoso o sobrenome de sua família. O rapaz tímido, que conta atualmente 32 anos, também estampa as páginas de revistas, as quais noticiam seu estilo de vida errático, definitivamente moldado após o brutal homicídio de Manfred e Marísia Von Richthofen. (ISTO É, 2017)

Admirado por seus antigos professores, Andreas é descrito por estes como um aluno "brilhante, competente e que não hesitava em ajudar os outros". Apesar do episódio dramático do brutal homicídio dos seus pais em circunstância tão covarde, o rapaz conseguiu consolidar um notável currículo acadêmico no departamento de Química da Universidade de São Paulo. (FANTÁSTICO e G1, 2017)

Acometido por problemas de ordem psiquiátrica, Andreas chegou a ser flagrado na região popularmente conhecida como Cracolândia e detido em 2017 após uma tentativa de invasão de domicílio em um bairro nobre da capital paulista. Devido a este acontecimento, o irmão de Suzane foi internado em um hospital psiquiátrico, tendo sido conduzido pelos próprios policiais que atenderam ao chamado desta ocorrência. (FANTÁSTICO e G1, 2017)

O boletim médico redigido naquela ocasião ressaltou que o rapaz possuía ferimentos pelo corpo e vestia roupas rasgadas, além apresentar "higiene precária" e "olhos vidrados". Andreas foi capturado neste estado deplorável enquanto dormia no quintal da residência invadida. Em um episódio de delírio, o acusado contou aos funcionários do hospital psiquiátrico que a invasão havia sido "ordem do imperador". (FANTÁSTICO e G1, 2017)

Os vizinhos do casal falecido consideram Andreas um indivíduo discreto e sem histórico de comportamentos problemáticos. A condição de vítima do rapaz foi atestada pelo psicólogo e criminólogo Alvino Augusto de Sá, que acompanhou profissionalmente o caso Richthofen. Alvino definiu o irmão de Suzane como alguém que não encontra forças devido à violência, à privação e à frustração que sofreu quando do homicídio do casal Von Richthofen. (FANTÁSTICO e G1, 2017)

Apesar da gravidade da ação penal pública movida contra si, Suzane Von Richthofen costuma pleitear legalmente a proteção conferida pelo direito ao esquecimento, conforme demonstrado a seguir. Matérias jornalísticas noticiam que a apenada tem recorrido ao Poder Judiciário a fim de tentar impedir a veiculação de materiais biográficos não autorizados, como livro e filmes que retratam o homicídio de seus pais.

Em 2019, a condenada tentou impedir o lançamento do livro "Suzane – assassina e manipuladora", escrito pelo jornalista brasileiro Ulisses Campbell. A defesa de Richthofen alega que esta biografia expõe dados que tramitam em segredo de justiça, além de informações constantes em laudos psicológicos e psiquiátricos, que deveriam ser mantidas sob sigilo profissional. Suzane afirma ainda não haver concedido autorização para a produção do livro e que jamais manteve qualquer contato com Campbell (VEJA, 2019).

A juíza Sueli Zeraik de Oliveira Armani, da comarca de São José dos Campos,

acatou a tese da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e decidiu favoravelmente a Suzane. Em sua sentença, a magistrada ressalta, dentre outros, o artigo 5º, LX da Constituição Federal de 1988, o qual determina que a publicidade de atos processuais pode ser restrita se a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem. (BRASIL, 1988)

A magistrada afirma que sua decisão não fere o interesse público, além de apontar uma possível motivação sensacionalista para a publicação do livro "Suzane – assassina e manipuladora":

> Não se evidencia qualquer prejuízo ao interesse público a preservação do sigilo que aqui se busca, até porque sequer se vislumbra público interesse na publicação ou veiculação da obra ora em comento, que em seu contexto traz ao que parece - nada mais do que mero sensacionalismo. (Processo judicial nº 1000475-67.2019.8.26.0520 - p. 3 – Comarca de São José dos Campos, 2019)

No desenvolvimento de sua argumentação, Armani alega ainda que o interesse pela publicação desta obra "surge de uma certa postura utilizada para comunicação em massa, sem qualquer exatidão factual ou relevância de informação" e que os eventos narrados são "exibidos de maneira exasperada, tendenciosa, apelativa, falsa ou deturpada, táticas utilizadas como forma de obter forte atenção popular." (Processo judicial nº 1000475-67.2019.8.26.0520 - p. 4 – Comarca de São José dos Campos, 2019)

Esta biografia teve sua publicação suspensa após esta decisão em tribunal de primeira instância, entretanto o Supremo Tribunal Federal negou o recurso da defesa de Suzane. Na ocasião, o Ministro Luiz Fux não apenas manteve a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, que liberou o lançamento da obra, como determinou ainda a extinção desta ação. Com a permissão do STF, a biografia não autorizada denominada "Suzane – assassina e manipuladora" foi oficialmente disponibilizada ao público no dia 23 de janeiro de 2020.

Suzane ainda entrou com um processo contra a produtora responsável por dois filmes – a serem lançados simultaneamente – sobre o crime que dizimou o casal Richthofen: "A menina que matou os pais" e "O menino que matou meus pais". Em sua defesa, a detenta argumenta não haver concedido autorização para a produção deste conteúdo. Apesar das alegações, a justiça considerou improcedentes os pedidos formulados pela condenada, de modo que o material dirigido por Maurício Eça continuou com seu lançamento previsto para o ano de 2020.

A respeito do caso Richthofen, pode-se afirmar indubitavelmente que Andreas possui o direito de ser beneficiado pelo instituto do esquecimento. O rapaz não tem a imagem pessoal tão reconhecidamente famosa quanto a de sua irmã, entretanto, passou a ser facilmente identificado por seu sobrenome, o qual permanece vinculado indefinidamente ao crime brutal que vitimou seus pais, Manfred e Marísia Von Richthofen.

Importa ressaltar que cada publicação jornalística, livro e filme lançados a respeito deste lamentável episódio, possuem a capacidade de causar mais sofrimento na vida de Andreas, que apesar de não ter participação neste crime, segue estigmatizado pela sociedade pelo simples fato de ser irmão de Suzane Von Richthofen. A este respeito, o advogado Roberto Algranti Filho (OAB/RJ) pronunciou-se em audiência pública que tinha como tema o direito ao esquecimento na esfera cível, no Supremo Tribunal Federal em junho de 2017.

Em sua sustentação oral, Algranti Filho destacou que havia voltado há pouco à imprensa um caso e que este não seria citado por ele como exemplo de direito ao esquecimento, mas como uma questão de saúde das vítimas de crimes. O caso dos Von Richthofen mostra-se sobremaneira notório no país, que o jurista sequer necessitou citar o sobrenome dos envolvidos a fim de situar seus ouvintes naquela audiência pública:

> Vou evitar falar o nome, mas é um caso em que uma irmã matou os pais e o irmão tem aparecido na mídia por circunstâncias de ter sido achado desorientado, na rua e etc. Ele falou, em uma entrevista, uma coisa muito interessante, que ele se sentia ferido – ferido –, quando a imprensa tratava do tema ou dos assassinos do seu pai, e menciona também que ele gostaria de mudar de país, para que ninguém o reconhecesse, dado o peso do seu sobrenome; o seu sobrenome carrega a questão da tragédia. (BRASIL, 2017, p. 23)

A situação de Suzane em relação ao direito ao esquecimento representa um cenário complexo, pois de um lado há o direito de ressocialização da apenada, prejudicado pela exposição midiática à qual a condenada encontra-se constantemente exposta. Por outro lado, existe o relevante peso moral da condenação pela participação em um crime de enorme repercussão social que representa o homicídio dos Richthofen.

É interessante ressaltar que a motivação para o enorme quantitativo de publicações sobre a família Richthofen até os dias atuais reside na curiosidade pública sobre a vida de Suzane ou mesmo de seu irmão, Andreas Von Richthofen. Por representarem garantia de recordes de audiência e vendas, tais publicações sobre os Richthofen não raramente beiram o sensacionalismo e a especulação infrutífera sobre a conduta moral e a intimidade de terceiros, o que pode atingir, inclusive, a honra e a imagem de Manfred e Marísia, mesmo depois de falecidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução nos meios de comunicação ocorrida no século XX possibilitou a discussão sobre o direito ao esquecimento, pois a veiculação de notícias em meios de comunicação em massa, como revistas e programas televisivos, possui a capacidade de dificultar o esquecimento de certos acontecimentos ou crimes cometidos, em especial os causadores de maior comoção popular.

No primeiro tópico do presente trabalho, buscou-se justamente tratar acerca do surgimento do direito ao esquecimento. Viu-se que a popularização do uso da *internet* trouxe uma nova perspectiva para a discussão sobre o esquecimento, que se tornou mais questionável na era da informação. O universo de bancos de dados virtuais facilmente reaviva informações que anteriormente seriam fatalmente esquecidas com o simples decurso do tempo, fossem estas impressas em papel ou gravadas em fitas magnéticas, por exemplo.

A exaustiva utilização da *internet* observada na sociedade contemporânea facilita a rememoração de determinados fatos passados, a exemplo de crimes outrora cometidos. Dentre as consequências da exposição midiática de determinados indivíduos, destaca-se a dificuldade de ressocialização no caso de condenados judiciais. Esta exposição social pode causar ainda sofrimentos desnecessários a pessoas que seriam naturalmente esquecidas pela sociedade com o decurso do tempo.

Devido a isto, o segundo tópico dedicou-se a analisar como a legislação brasileira vem tratando essa matéria. A fim de preservar elementos como a honra e a boa imagem dos indivíduos, a legislação nacional intenta resguardar uma gama de direitos fundamentais, como privacidade e intimidade. Assim, diplomas legais como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, a Lei de Execução Penal ou mesmo o enunciado nº 531 do Conselho da Justiça Federal buscam tutelar tais direitos citados, dentre outros.

Tendo como base as análises realizadas nos tópicos anteriores, o terceiro tópico dedicou-se a estudar de forma mais aprofundada o direito ao esquecimento no caso Richthofen. Viu-se que, ciente da necessidade de proteção destas garantias legais, o Congresso Nacional aprovou recentemente o Marco civil da *internet* e a Lei Geral da Proteção de Dados, os quais buscam regulamentar o tratamento de dados pessoais e corporativos no âmbito cibernético. No entanto, apesar de tais iniciativas por parte do Poder Legislativo, o Brasil não possui ainda um órgão ou comitê designado para tratar de assuntos cibernéticos, como crimes ou golpes aplicados em ambientes virtuais.

Observou-se que até o presente, o ordenamento jurídico pátrio não trata de maneira específica sobre o direito ao esquecimento, o que certamente resulta em uma sensação coletiva de vulnerabilidade e insegurança jurídica. Para que se evite isto, a doutrina e a jurisprudência possuem a incumbência de delimitar critérios mais rígidos na definição e na aplicabilidade do direito ao esquecimento na legislação brasileira.

O esquecimento no caso Richthofen mostra-se especialmente delicado. A comoção popular em torno deste crime implica que Suzane não seja perdoada socialmente pelo crime de parricídio e matricídio pelo qual cumpre pena. Por outro lado, Andreas, o sobrevivente inocente deste caso, não está livre de ser associado à irmã e ter seu sobrenome indefinidamente estigmatizado por um crime que abalou a opinião pública há quase duas décadas.

A popularização do uso da *internet* no Brasil aconteceu somente após o homicídio do casal Von Richthofen, mas sempre se observou uma verdadeira obsessão midiática acerca da figura de Suzane. Por sua beleza e personalidade carismática, a

jovem cativou uma legião de fãs em redes sociais, os quais acompanham suas saídas temporárias do presídio em busca de autógrafos e fotografias ao lado da criminosa. Alguns admiradores da condenada referem-se a esta com apelidos carinhosos e mantêm páginas virtuais repletas de comentários elogiosos à sua aparência física.

Por outro lado, pode-se observar ainda uma espécie de linchamento virtual direcionado a Suzane, o qual representa um desejo tácito de que houvesse uma punição mais severa pelo crime outrora cometido. Este fenômeno social pode ser considerado como reflexo do sentimento de indignação coletiva desencadeado por sua participação no brutal e covarde homicídio dos próprios pais.

Um fator a ser considerado acerca desta sensação de impunidade em torno da figura de Suzane remete ao próprio código penal brasileiro em sua antiguidade. Publicado no ano de 1940, este documento parece não acompanhar a dinâmica dos crimes cometidos mais de meio século depois e, provavelmente, não é capaz de satisfazer o senso de justiça coletivo almejado pela sociedade contemporânea.

Outra consideração importante a respeito do código penal vigente no Brasil é que a condenação máxima de trinta anos de reclusão no caso dos crimes de homicídio parece não ser suficiente para punir adequadamente os apenados condenados por condutas mais socialmente reprováveis. É indubitável que, quando de sua publicação, esta penalidade máxima representava uma fração bem maior da vida do condenado – isto sugere que a pena atribuída ao condenado correspondia ao ideal social de justiça mais adequadamente.

Sabe-se que determinados crimes que desencadeiam grande comoção popular naturalmente costumam despertar interesse e curiosidade também entre gerações futuras. Por alcançarem altos índices de audiência e vendagem, conteúdos produzidos sobre acontecimentos polêmicos continuam a ser produzidos por tempo indefinido. Eis o perigo da autorização indiscriminada para a publicação de material a respeito de conteúdos sensíveis, como crimes considerados bárbaros ou de grande repercussão social.

Assim, se faz necessário que publicações midiáticas a respeito de temas delicados sejam capazes de agregar conteúdo construtivo para quem consome o material publicado, com informações novas ou ao menos colhidas de forma responsável, oriundas de fontes oficiais, como relatórios e pareceres produzidos no próprio âmbito judiciário. Este cuidado deveria ser maior quando da publicação de materiais que podem ser consumidos de maneira coletiva ou difusa, como filmes, livros e entrevistas, principalmente aquelas televisionadas.

Respondendo ao problema de pesquisa levantado, qual seja: se o instituto do esquecimento teve aplicabilidade no caso Von Richthofen, verificou-se que esta temática aplicada ao caso em questão representa uma complexa discussão, sobre a qual frequentemente são escritos novos capítulos. Assim, Suzane dificilmente será esquecida: nenhuma decisão judicial seria capaz de garantir-lhe o esquecimento ou apagar da memória coletiva a indignação e o horror causados pelo brutal homicídio do casal Von Richthofen. A gravidade desta ação civil pública movida pelo Estado

contra a condenada evidenciam a relevância do caso em áreas do conhecimento como psicologia e criminologia, por exemplo.

A sociedade do espetáculo, por sua vez, necessita ser retroalimentada pelo sensacionalismo para continuar a existir. Assim nascem os inúmeros julgamentos morais por parte da população. Estes pareceres extraoficiais e inconsequentes buscam satisfazer o desejo pessoal de se fazer justiça com as próprias mãos, além de sustentarem-se sobre notícias frequentemente apelativas e sem real credibilidade.

Não raramente, os juízos proferidos pela sociedade carregam sobretudo valores de mundo individuais e podem ainda refletir informações de origem duvidosa ou mesmo distorcidas, seja por má-fé ou por simples confusão de percepções. Na sanha animalesca pelo exercício das próprias razões, é comum que a coletividade condene o réu indefinidamente com julgamentos morais, mesmo que este haja cumprido sua pena judicial de forma regular e satisfatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONI, Felipe Faoro. DE LIMA, César. *Caso Richthofen.* Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323442322/caso-richthofen Acesso em 05 de mar. de 2020.

BERTRAM, Theo. *et al. Three years of the right to be forgotten.* Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1H4MKNwf5MgeztG7OnJRnl3ym3gIT3HUK/view. Acesso em 23 de abr. de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral.* 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em 11 de mar. de 2020.

BRASIL. *Decreto-lei N º 2.848, de 07 de dezembro de 1940.* Brasília, DF: Presidência da República, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm Acesso em 20 de mar. de 2020.

BRASIL. *Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 de mar. de 2020.

BRASIL. *Decreto N° 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. Disponível em: http://www.tjrr.jus.br/cij/arquivospdf/ConvencaoAmericana-pacjose-1969.pdf Acesso em 09 de abr. de 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Código Civil de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

leis/2002/l10406.htm. Acesso em 08 de abr. de 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.* Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 13 de abr. de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.* Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em 08 de abr. de 2020.

BRASIL. *Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.* Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 13 de abr. de 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil:* enunciado nº 531, Brasília, 180 p. 2013. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142. Acesso em 13 de abr. de 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antônio Cardinali. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e do STJ comentados*. Manaus: Dizer o Direito, 2014. ISBN: 978-85-67168-04-3.

FANTÁSTICO E G1 SP. *'Episódio isolado de descontrole', diz tio de Andreas Richthofen após surto.* Disponível em: https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/episodio-isolado-de-descontrole-diz-tio-de-andreas-richthofen-apos-surto.ghtml. Acesso em 14 de abr. de 2020.

F. FILHO, Eduardo. *Justiça suspende publicação de livro sobre Suzane Von Richthofen.* Disponível em: https://veja.abril.com.br/entretenimento/justica-suspende-publicacao-de-livro-sobre-suzane-von-richthofen/.Acesso em 15 de abr. de 2020.

FRAJHOF, Isabella Zalcberg. *As consequências do "Direito ao esquecimento" para a liberdade de expressão.* Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015.

GALLI, Marcelo. *Igualar direito ao esquecimento à censura é "cortina de fumaça", diz Salomão.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-nov-08/colar-direito-esquecimento-censura-diversionismo-salomao Acesso em 05 de abr. de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. ALMEIDA, Débora de Souza de. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.* São Paulo: Saraiva. 2013.

ISTO É. *O Drama de Andreas Von Richthofen.* Disponível em: https://istoe.com.br/o--drama-de-andreas-von-richthofen/ Acesso em 05 de mar. de 2020.

ISTO É GENTE. *Filmes sobre Suzane von Richtofen têm estreias suspensas por coronavírus.* Disponível em: https://istoe.com.br/filmes-sobre-suzane-von-richtofen-tem-estreias-suspensas-por-coronavirus/ Acesso em 25 de mar. de 2020.

MASTRODI, Josué. *Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais.* Revista Direito GV São Paulo. Jul. – Dez., 2014.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP,* tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

MORAES, Melina Ferracini de. *O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil* / Melina Ferracini de Moraes. – 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Código Civil Comentado.* Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. *O direito ao esquecimento no mundo virtual: uma análise constitucional.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb70ab375662576b Acesso em 05 de abr. de 2020.

PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento* / Denise Pinheiro; Orientador: João dos Passos Martins Neto – Florianópolis, SC, 2016. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades comunicativas e "direito ao esquecimento" na ordem constitucional brasileira.* Parecer. Instituto brasileiro de Direito Civil. Revista brasileira de Direito Civil. Volume 7. Jan-mar 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Fundación Konrand Adenauer, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Boletim de Jurisprudência Internacional:* direito ao esquecimento. 5ª edição. Dezembro de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI5DIREITOAOESQUECIMENTO.pdf Acesso em 15 de mar. de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Direito ao esquecimento na esfera cível.* Audiência pública. RE 1.010.606. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/AUDINCIAPBLICASOBREODIREITOAOESQUECIMENTO_Transcries.pdf Acesso em 23 de abr. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Decisão judicial do Processo nº 1000475-67.2019.8.26.0520. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/11/a4db65491136c5d9aaff4be738aa3c94.pdf Acesso em 15 de abr. de 2020.

O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E A (DES)PROTEÇÃO DAS MULHERES ENCARCERADAS FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

Anayara Fantinel Pedroso*
Júlia Sleifer Alonso**

Resumo: O presente estudo trata sobre as mulheres encarceradas no Brasil, por meio de uma pesquisa analítica, bibliográfica e com método dedutivo. Tem como problemática analisar o contexto prisional brasileiro especialmente no que se refere aos direitos das mulheres e a (des)proteção que lhes é destinada no contexto da pandemia da Covid-19. Como objetivo principal, o estudo se propõe a investigar de que forma as políticas públicas relacionadas ao gênero e ao cárcere são desenvolvidas, e se há, de fato, resultados positivos em relação ao que as políticas se propõem, especialmente no que tange à pandemia. Para isso, faz-se necessário analisar as questões relacionadas à diferenciação de gênero dentro das unidades prisionais, os crimes que levam o país a atingir a marca de um dos países que mais encarceram mulheres no mundo, assim como a relação intrínseca existente entre a realidade das mulheres brasileiras e o crime de tráfico de drogas, além de examinar as leis relacionadas à maternidade no cárcere, à atual pandemia da Covid-19 e ao superencarceramento brasileiro. O estudo é desenvolvido e pautado por uma perspectiva da criminologia crítica, que tem como objetivo de transformação social em relação à gênero, classe e raça. Nesse sentido, foi possível constatar um frequente desrespeito aos direitos já conquistados pelas mulheres brasileiras assim como um descaso por parte do Estado brasileiro quanto à situação das penitenciárias no país, como a falta de consideração em relação às necessidades que a população carcerária em análise necessita, deixando de considerar suas peculiaridades. De tal modo, também foi possível verificar estruturas patriarcais consolidadas as quais ainda no ano de 2020 as informações à respeito das mulheres privadas de liberdade são escassas, principalmente em relação à situação diante da pandemia.

Palavras-chave: Mulheres. Maternidade. Cárcere. Gênero. Pandemia covid-19.

Abstract: *This study deals with women imprisoned in Brazil, by means of an analytical and bibliographic research and as a dedicatory method. I fear as problematic to analyze the Brazilian prison context, especially not that it refers to the directives of women and to (des) protection that is destined not to the context of the Covid-19 pandemic. As a main objective, or study it is proposed to investigate how public policies related to gen-*

* Estudante do 10º período do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. anayarafantinelpedroso@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4931636737843628

** Estudante do 9º período do curso de Direito na Universidade Federal do Pampa (Unipampa), Campus Santana do Livramento. juliasleiferalonso@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5003074767427641

der and prison are developed, and there have been, indeed, positive results in relation to the policies proposed, especially not that it is related to a pandemic. In order to do this, it is necessary to analyze the questions related to gender differentiation within the prison units, the crimes that lead or country to reach the mark of a two countries that most imprison women in the world, as well as the intrinsic relationship existing between reality. The Brazilian women and the crime of drug trafficking, in addition to examining the laws related to maternity leave, to the current Covid-19 pandemic, and to the Brazilian supercarceration. Or it was studied and developed and guided by a critical criminology perspective, which was aimed at social transformation in relation to gender, class and race. In this sense, it is possible to verify a frequent disrespect for the years that have already been conquered by Brazilian women, as well as a disregard on the part of the Brazilian State regarding the situation of penitentiaries in the country, as in the absence of consideration in relation to the needs that the population of the population requires analysis, ceasing to consider its peculiarities. In this way, it was also possible to verify consolidated patriarchal structures as of the year 2020 and as information to the private women of their limited freedom, mainly in relation to the situation during the pandemic.

Keywords: *Women. Maternity. Prison. Genre. Pandemic covid-19.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo consolidou-se através de interesse mútuo das pesquisadoras em relação a situação do cárcere feminino a partir de pesquisas desenvolvidas acerca do sistema carcerário do Rio Grande do Sul, observando-se a primordialidade em abordar as questões inerentes ao sistema prisional feminino e as condições enfrentadas pelas mulheres, principalmente mães, gestantes, lactantes e pertencentes ao grupo de risco em tempos de pandemia, momento em que são exigidos cuidados especiais em relação à higiene devido o alto risco de contágio. Por essa órbita, sabendo o estado de coisa inconstitucional dos presídios, principalmente os femininos, que não foram pensados para atender as especificidades das mulheres, e que não possuem as condições necessárias para o enfrentamento desta situação, buscou-se aprofundar os estudos levando em consideração a atual conjuntura.

Nesse sentido, surge o questionamento se o sistema prisional feminino, no qual a população cresce rapidamente e que não foi pensado para atender as necessidades básicas femininas, teria condições de protegê-las da pandemia em um momento em que são necessários cuidados redobrados. Assim, objetiva-se analisar o contexto do cárcere feminino e as peculiaridades deste sistema desde o surgimento, tracejado pelo vírus de uma sociedade machista, até a atualidade, pautada ainda por ele mas, também, pelo vírus *sars-cov-2* (covid-19) e as (im)providências que estão sendo adotadas em relação à população carcerária feminina, sobretudo pelo viés da criminologia crítica. A presente pesquisa analítica, desenvolve-se a partir de buscas bibliográficas e pelo método dedutivo.

Em um primeiro momento, é feito um aparato histórico desde o surgimento dos presídios femininos até a consolidação, como hoje é conhecido, pautado pela questão de gênero a partir da criminologia crítica feminista que parte de bases epistemo-

lógicas tratando o gênero como ontologia, enquanto resultado de uma construção cultural, fugindo assim, dos paradigmas biológicos. Nesse sentido, as maneiras de pensar, agir e falar de uma sociedade e as instituições que fazem parte desta estão calcadas em pensamentos que partam de uma dicotomia de gênero. Por consequência, a divisão de poder e recurso para o masculino e o feminino são diretamente proporcionais às qualidades atribuídas a cada um. Assim, traz-se à baila, a posição de neutralidade frente a essa perspectiva de gênero adotada pelas instituições de direito e carcerárias, proporcionando o aporte necessário para a propagação de um androcentrismo, travestido de um direito "unissex" (CAMPOS et al., 1999). E, no caso dos presídios, travestidos de "mistos".

Conhecendo as perspectivas do Direito e do cárcere, parte-se para uma abordagem das características das mulheres encarceradas, sendo na grande maioria negras e pardas, pobres, jovens, ensino fundamental incompleto, solteiras e detidas pelo delito de tráfico de drogas, sem violência ou grave ameaça (Infopen Mulheres 2017). O que demonstra que mesmo passados muitos anos desde o surgimento dos presídios femininos, a punição das mulheres ainda está diretamente relacionada com um punitivismo estatal exacerbado, utilizado sobretudo para fins controle social. Além disso, pauta-se a questão de gênero, tanto no cometimento dos delitos, quanto a partir do momento em que as mulheres gestantes e lactantes são presas, passando por inúmeras dificuldades em não ter com quem deixar a criança a partir do momento em que faz seis meses, pois muitas vezes o pai já encontrava-se preso e pelo fato dos presídios não possuírem estruturas necessárias para que as crianças permaneçam ali até os sete anos de idade.

Por fim, é feita uma análise sobre o estado de calamidade que o Brasil se encontra e as recomendações necessárias para evitar a propagação do vírus, o que de fato é impossível ser colocado em prática dentro do sistema prisional superlotado e sem as mínimas condições de higiene. Analisa-se também a recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que orientou os magistrados a revisarem a necessidade das prisões, principalmente das pessoas pertencentes ao grupo de risco, o que na grande maioria não foi atendido. Além disso, denuncia-se a subnotificação, uma vez que não se tem informações precisas acerca dos números de presas suspeitas ou com a covid-19.

1. DIFERENCIAÇÃO DE GÊNERO DENTRO DAS UNIDADES PRISIONAIS BRASILEIRAS

A desigualdade social relacionada ao masculino e feminino não está relacionada com a natureza biológica, do sexo, mas com a construção social de gênero. Pois, trata-se de um aspecto social, uma valoração construída por meio de questões culturais inerentes a uma sociedade. A própria diferenciação sexual, biológica está diretamente relacionada com as qualidades atribuídas às mulheres e aos homens, o que por si só, perpetua a desigualdade de gênero, tornando um subordinado ao outro; um incapaz em relação ao outro, pois possui certas qualidades; atribuindo a um deveres que não são atribuídos ao outro. Há certas qualidades que não são atribuídas às mulheres. Nesse sentido, o discurso travestido de um naturalismo biológico, visa manter o gênero feminino sempre em desvantagem, quando relacionado ao masculino, perpetrando assim, a desigualdade. Por essa órbita, a luta por condições mais

favoráveis às mulheres não deve partir de uma busca pela igualdade, mas de uma desconstrução ideológica, pautada pelo viés de gênero (CAMPOS et al., 1999).

Devido os mais diversos contextos históricos, a mulher foi considerada como alguém diferente do homem pelas características biológicas e portanto, com necessidades diferentes. Nesse sentido, foram atribuídas qualidades aos homens e às mulheres, diferenciando-os e desvalorizando a figura feminina, na qual foram relacionadas atributos unicamente físicos, levando em consideração a beleza, a função reprodutiva, dentre outras situações que as relacionava às responsabilidades para com os filhos. A partir de então, a mulher é caracterizada enquanto mãe, esposa, responsável por cuidar do lar, sendo destinadas exclusivamente às funções privadas e ao trabalho doméstico; enquanto ao homem, eram destinadas funções públicas, voltadas ao trabalho intelectual. Nessa sequência, o direito é pautado, refletindo não apenas no ordenamento jurídico penal, como também, nas fases de execução da pena, como o próprio cárcere -destinado para homens-, visando atender apenas às necessidades masculinas (BUGLIONE, 2000).

Diante dessa carga patriarcal imposta à mulher por parte da sociedade e encabeçada pela Igreja Católica, aquelas que não seguissem os padrões morais, costumeiros, éticos e principalmente, religiosos, eram consideradas delinquentes que necessitavam de tratamento. Ou seja, as referidas condenações reforçaram o papel da mulher dentro de uma sociedade machista, devendo ser fiel, pura e voltada unicamente para os cuidados do lar e da família. Nesse sentido, os primeiros crimes a serem "cometidos" pelas mulheres que não se adequassem nesse estereótipo, foram a prostituição e a bruxaria. Assim, percebe-se que diferentemente dos homens, a função da pena para as mulheres está relacionada principalmente com alternativas de controle da sociedade. Diante deste ângulo, além forma de aplicação da pena, a maneira como o cárcere se apresentou às mulheres também foi diferente em relação aos homens (FRANÇA, 2013).

Apenas entre os séculos XVIII e XIX, as prisões começaram a levar em consideração novos parâmetros para a aplicação da pena. As pessoas consideradas criminosas passaram a ser classificadas conforme gênero, idade, tipo penal cometido, pena aplicada e conduta dentro cárcere. Essa diferente forma de qualificar, visou distinguir às mulheres dos homens, buscando dar um tratamento específico a partir da perspectiva de gênero e consequentemente, a partir da conduta feminina também. Ou seja, dentro deste grande grupo de mulheres encarcerada, foram divididos subgrupos, onde pertenciam mulheres que haviam cometidos crimes de cunho sexual, como prostitutas de um lado; de outro demais mulheres que eram difamadas dentro da sociedade e em um terceiro grupo, aquelas que houvessem cometido crimes diversificados (FRANÇA, 2013).

Nesse sentido, os primeiros presídios femininos a serem instalados no Brasil, foram no Rio Grande do Sul (1937), São Paulo (1941) e Distrito Federal (1942). Cabe ressaltar que o único que foi construído com a finalidade de tornar-se um presídio feminino foi o do Distrito Federal, todos os outros, foram fruto de locais públicos readaptados. Por essa órbita, como estava-se em meio a discussões acerca da função das penalidades e da reforma dos presídios masculinos, que haviam tornado-se

"mistos", surgiram inúmeras discussões e interesses quanto às estruturas dos ambientes prisionais femininos, uma vez que deveriam superar essa estigmatização dos estabelecimentos penais, até porque a finalidade era a ressocialização. Começou então, a ser defendida a ideia de que deveriam ser locais higienizados, salubres e com as condições mínimas de sobrevivência, atendendo às necessidades das mulheres encarceradas (ANGOTTI, 2012).

Todos os presídios femininos da América Latina foram administrados inicialmente por freiras católicas. No Brasil, o período de administração pelas irmãs foi de 1942 a 1946 e estas tinham como principal atribuição, instruir domesticamente as mulheres encarceradas. Este cenário surgiu sob o viés dos discursos de modernização das formas de punição e da prisão como um todo. Contudo, essa modernização deu-se de maneira diferente para os presídios masculinos, o que de fato, demonstra que todos foram atingidos pela mudança, mas as mulheres em especial, tiveram seus lugares definidos através da religião (ARTUR, 2011).

O motivo pelo qual os presídios latino-americanos foram administrados por freiras católicas, está diretamente relacionado com a sociedade patriarcal existente na época, uma vez que as irmãs possuíam votos de castidade, representando a figura da mulher ideal na sociedade da época. Situação que segundo as crenças, seria capaz de transformar as mulheres que estivessem cumprindo a pena, a fim de reeducá-las de maneira que pudessem reintegrar-se a sociedade, cumprindo os padrões que lhe eram impostos, sendo pura, crente, submissa, fiel e maternal. Caso essas mulheres não quisessem ser reintegradas na sociedade, seguindo os padrões supracitados, deveriam ser iniciadas na religião (FRANÇA, 2013).

De fato é, que durante muito tempo buscou-se, principalmente por parte das irmãs, dar a aparência aos presídios femininos de uma grande casa, tanto que muitos, realmente traziam o aspecto de casas. Essa situação justifica-se através da necessidade de inserir a mulher na estrutura de um lar, a fim de que ela se adapte e consiga viver ali dentro, fazendo as atividades que são exigidas, pois o local de reeducação ideal para a mulher era dentro de casa. Assim, quando estivessem recuperadas, desejariam construir um novo lar e estariam aptas para viver nele e consequentemente, reintegrar-se na sociedade, assumindo o verdadeiro lugar da mulher. Por isso, muitos presídios foram realocados em locais que antes remetiam um lugar privado, ou em locais que funcionavam como casas ou abrigos, pois o principal motivo era redirecionar a mulher para o âmbito privado. Essas situações foram por muito tempo, travestidas pelo discurso humanizador das prisões, que acreditava fielmente que não deveriam haver grades nem muros altos por causa da estigmatização, devendo ser deixado de lado o velho estereótipo das masmorras (ANGOTTI, 2012).

Atualmente, o artigo 77 § 2º da Lei de Execução Penal (LEP) estabelece que nos sistemas prisionais femininos, o quadro de servidores deverá ser composto exclusivamente por mulheres, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado. Contudo, ao considerar que a cadeia não foi pensada para as mulheres e que a maioria dos sistemas prisionais femininos foram readaptados em lugares públicos que já existiam ou até em presídios masculinos desativados e que mulheres foram inseridas em estabelecimentos prisionais "mistos", percebe-se que muitos dos funcionários e carcereiros dos estabelecimentos masculinos, ali permaneceram. O que representa,

de fato, um gritante descumprimento da legislação, além de um local propício para a perpetração da violência de gênero. Uma vez que são homens, que ao natural já possuem consigo o senso de superioridade, dotados de autoridade, o que corrobora para a reprodução de comportamentos patriarcais, machistas e dominadores, além de, sobrecarregar o trabalho das poucas mulheres que fazem parte da equipe (SILVA, 2015).

Segundo o Infopen Mulheres (2017) cerca de 74% dos estabelecimentos prisionais no Brasil são destinados aos homens, apenas 7% destinado às mulheres, 17% misto e 2% sem informação. Nesse sentido, observa-se que cerca de 91% dos presídios no Brasil não estão preparados estruturalmente para receber mulheres, sendo projetados única e exclusivamente para o gênero masculino, desde a arquitetura até o fornecimento de serviços. Mesmo quando se denomina misto, caracterizado pela destinação de algumas celas para as mulheres, estes estabelecimentos não são pensados para elas. São feitas transformações para que venha a atender parte das necessidades, mas não são ideais para suprir as especificidades femininas, pois não possuem espaços especiais para gestantes, lactantes, crianças, dentre outras necessidades básicas das mulheres.

A superlotação dos presídios femininos dá-se pelos mais variados motivos. Pelo aumento do encarceramento feminino e pela falta de alas apropriadas, pois na maioria das vezes, eles estão dispostos em prédios que não foram pensados inicialmente para constituir o sistema penitenciário, passando por readaptações para esta função. Por isso, dispõem de uma estrutura diferenciada do masculino, como área de lazer reduzida e número reduzido de alas e celas (LIMA, 2006). Por essa órbita, percebe-se uma desigualdade latente entre o tratamento destinado a homens e a mulheres dentro dos sistemas prisionais.

2. ENCARCERAMENTO FEMININO

O superencarceramento é um fenômeno mundial principalmente nas últimas décadas, como afirma a pesquisadora Luciana Boiteux "redemocratizou e aumentou a população carcerária" (BOITEUX, 2020) no "XI Ciclo de Debates Antiproibicionistas" promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. O Brasil é um dos países com maior população carcerária do mundo, ocupando atualmente a terceira posição no ranking mundial em números absolutos (WPB, 2020), ficando atrás do Estados Unidos e China, respectivamente como primeiro e segundo colocado no ranking. Entre pesquisadores têm sido repensado medidas que consiga reduzir os números de encarceramento assim como maneiras alternativas ao cárcere, levando em consideração as situações desumanas, insalubres e perigosas nas quais se encontram, especialmente as penitenciárias brasileiras.

O Brasil conta com pouco mais de 748 mil pessoas privadas de liberdade conforme mostram os últimos dados levantados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2019), através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2019. E a situação do cárcere feminino no país encontra-se na mesma direção, o país ocupa a quarta posição no ranking mundial de superencarceramento, contabilizando mais de 37 mil mulheres encarceradas. Dentre as razões que podem

explicar esse crescimento exponencial, encontra-se: a prisão baseada essencialmente no flagrante - reforçando o caráter racista encontrado nos dados; o alto uso da prisão provisória; e o baixo acesso à defesa técnica de qualidade, como aponta o relatório "MulhereSemPrisão" realizado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania em 2017 (ITTC, 2017), assim como a atual política proibicionista de drogas arbitrariamente consideradas ilícitas.

A situação que o país encontra-se atualmente, tanto na esfera masculina quanto feminina, decorre principalmente da atual política de drogas que o Brasil adota, o proibicionismo. A atual Lei de Drogas nº 11.343 de 2006 apresenta-se no ordenamento jurídico brasileiro como uma norma subjetiva, no sentido de que não estipula quantidades para poder tipificar o crime de tráfico de drogas, como por exemplo outros países assim o fazem. Abarrotando o sistema carcerário de presos nos quais, se aplicar leis estrangeiras que diferenciam por meio da quantidade, seriam considerados usuários, assim mostram-se diversas pesquisas na área. Tal subjetividade trazida pela política adotada acarreta uma série de prisões que lotam os presídios brasileiros, pois é possível notar desde a entrada em vigor da referida Lei, um aumento exponencial no número de pessoas encarceradas, especialmente mulheres, como mostra a figura disponibilizada pelo Relatório do DEPEN, 2019:



Fonte: DEPEN, 2019.

Segundo dados do DEPEN, em dezembro de 2019 havia cerca de 37.200 mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 664% em relação à quantidade de mulheres encarceradas no ano 2000, no qual eram cerca de 5.600. Tal estatística representa uma média de 34,9% no aumento do número de mulheres encarceradas por ano. O mesmo relatório revela o número alarmante de presos provisórios que existe no país, representando cerca de 30% do total de 748 mil pessoas, ultrapassando 200 mil pessoas em situação de cárcere e que ainda não tiveram condenação transitada em julgado.

Em linhas gerais, o perfil da mulher encarcerada é jovem, parda/negra, ensino

fundamental incompleto, solteira, presa pelo delito de tráfico de drogas, conforme comprovam as pesquisas do Infopen Mulheres (INFOPEN, 2017) demonstrando estatisticamente que a grande maioria das mulheres encarceradas no Brasil, são jovens. Cerca de 25,22% possuem entre 18 e 24 anos, 22,66% possuem de 35 a 49 anos, seguido de 22,11% entre 25 a 29 anos. Quanto a cor, a grande maioria da população encarcerada feminina é parda, chegando a 48,04%, cerca de 35,59% são brancas e 15,51% negras. Quanto ao grau de escolaridade, observa-se que 44,42% não concluíram o ensino fundamental, 15,27% não concluíram o ensino médio, 14,48% concluíram o ensino médio e apenas 1,46% possui ensino superior completo. Quanto ao estado civil, cerca de 58,4% são solteiras, 24,44% em união estável e 8,24% casadas. 28,9% das mulheres possuem 1 filho, 28,7% possuem dois, 21,7% possuem três, as que possuem mais de 4 filhos é de 11,01%. Quanto aos crimes praticados, observa-se que a maior parte das mulheres encarceradas é pelo delito de tráfico de drogas, totalizando cerca de 59,9%, seguindo de 12,9% de roubo e 7,80% furto.

> A presença feminina cada vez mais significativa no processo de criminalização [...] comprova as constatações de crescente envolvimento de mulheres no fenômeno social do tráfico de drogas. Com efeito, são inúmeros os relatos que indicam a participação de mulheres como agentes do tráfico. Os processos judiciais apenas refletem estatisticamente esses aspectos, trazendo notícias de esposas, de companheiras ou de familiares de integrantes de organizações que, na maioria das vezes, foram compelidas a participar desse fenômeno, principalmente transportando drogas para o interior de estabelecimentos prisionais, onde se encontram seus esposos, companheiros e outros (BOITEUX, 2009).

Dados do DEPEN de dezembro de 2019 mostram que mais de 50% das mulheres presas respondem por tráfico, 26% crimes contra o patrimônio e 13% crimes contra a pessoa. O tráfico lidera as tipificações para o encarceramento, estando as questões de gênero intrinsecamente ligadas ao proibicionismo e punitivismo, 54% dessas mulheres presas por tal tipificação penal, cumprem penas de até oito anos, números que revelam que o aprisionamento tem sido a única decisão diante de pequenos delitos (BORGES, 2018).

Levando em consideração que as mulheres representam a chefia das famílias, assim como a realidade brasileira é assumirem e criarem seus filhos sozinhas, como mostra os dados trazidos anteriormente do Infopen, quase 60% dessas mulheres encarceradas são solteiras, é considerável o cruzamento de dados em relação aos crimes cometidos, mostrando-se principalmente como complemento de renda na vida e família dessas mulheres. Como em um dos trechos da obra "Presos que Menstruam", retratando o segundo crime mais praticado pelas mulheres brasileiras: "ela respirou fundo, pensou no leite e foi assaltar" (QUEIROZ, 2015). Assim como também deve-se considerar o fato do Brasil ainda não ter uma equiparação em relação aos salários femininos e masculinos, o que pode ser um dos fatores, se não o principal, à levar as mulheres ao crime.

Os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos, mas é mais violenta a realidade que as leva até eles. São na maioria, negras e pardas, mães solo, e com ensino fundamental incompleto (QUEIROZ, 2015).

> Esta associação entre pobreza e criminalidade foi a forma encontrada pelo Estado para compelir a população a adequar-se aos preceitos do sistema capitalista-neoliberal, os quais prezam a busca desenfreada pelo lucro por meio da supremacia da individualidade sobre a coletividade, fazendo-se valer a meritocracia como garantia de condições mínimas de subsistência (SILVA, 2015, p.57).

Seguindo o mesmo raciocínio da criminalização da pobreza, no qual tal perspectiva sustenta-se nos dados penitenciários onde a maioria dos presos, tanto em unidades prisionais masculinas quanto femininas, respondem pelo crime de tráfico de drogas assim como em sua grande maioria são usuárias em que foram apreendidos com pequenas quantidades, como também negras e de baixa escolaridade. Além dessa população ser a mais suscetível para o comércio por questões de desigualdade social, falta de equidade salarial, também é a população mais carente e excluída que estão em maior contato com as drogas como mostra a pesquisa de doutorado realizada pela Luciana Boiteux (BOITEUX, 2006), os jovens favelados pertencentes às classes mais baixas que são hoje a mão-de-obra mais utilizada pela indústria da droga.

Pode-se dizer que a política de drogas adotada pelo Brasil cumpre sim os seus objetivos intrínsecos, aqueles nos quais não são declarados, porém encontrados nos dados, no qual é a marginalização dessa população mais vulnerável. Na qual pode-se considerar a continuação de uma neo-escravidão, na medida em que o Estado não se responsabiliza pelo comércio das drogas que circula milhões de reais anualmente. O Estado brasileiro adotando a política do proibicionismo enquanto política pública para determinadas substâncias arbitrariamente tornadas ilícitas, se abstem totalmente da responsabilidade da saúde, segurança pública, educação e informação de qualidade, além de representar uma política completamente invasora na vida privada das pessoas.

3. MATERNIDADE NO SISTEMA PRISIONAL

A partir de uma sociedade conservadora no que diz respeito aos direitos das mulheres, principalmente relacionado aos direitos sexuais e reprodutivos, na qual a questão da criminalização do aborto está diretamente interligada com a moral religiosa presente, de forma ativa, na sociedade brasileira, como também é a principal influenciadora nos rumos do direito e das leis (SAMPAIO, 2015), mesmo o Brasil sendo um país autodeterminado laico, as políticas que continuam em vigor permanecem carregando uma ideologia patriarcal altamente misógina (TIBURI, 2015). Então, é preciso compreender toda a função fundamentalista imposta pelos ideais religiosos acerca do "ser mulher" na sociedade, designadamente, na brasileira. Porém, o Estado impõe tal subjetividade na vida de todas as mulheres brasileiras, mas não concede subsídios e carece de direitos na esfera de mães privativas de liberdade. "De que

maneira conciliar o cárcere – local que abriga pessoas que transgrediram leis – com a infância?" (ANGOTTI, 2018).

> No caso específico das mulheres os papéis de gênero a elas impostos fazem com que a maternidade venha à tona como elemento central da experiência com o sistema prisional, na medida em que o cárcere institui uma normatização sobre seu exercício. Sendo socialmente atribuída às mulheres a responsabilidade prioritária pelos cuidados domésticos e familiares, sua privação de liberdade gera efeitos sobre toda a estrutura familiar e comunitária na qual estão inseridas (ITTC, 2019).

Os últimos relatórios disponibilizado pelos meios de informações oficiais do Estado brasileiro, tais usados durante esse estudo, não especificam a quantidade de mulheres encarceradas atualmente no país que são mães e quantos filhos elas têm. Porém, os pesquisadores estimam que 85% das mulheres em situação de cárcere sejam mães e assim que detidas seus filhos são distribuídos entre familiares e/ou instituições, sendo um parâmetro brasileiro como um todo. Desse percentual apresentado, apenas 19,5% dos pais assumem a guarda das crianças. Os avós maternos cuidam dos filhos em 39,9% dos casos, e 2,2% deles vão para orfanatos, desses, 1,6% acabam presos e 0,9% internos de reformatórios juvenis (QUEIROZ, 2015).

Foi durante a presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, em 28 de maio de 2009 que a Lei nº 11.942 foi sancionada. Apresentando mudanças nos artigos 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal (LEP, 1984), onde assegura às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Dentre as mudanças, garantiu às presidiárias o direito de um período de amamentação de no mínimo seis meses e cuidados médicos tanto à elas quanto aos recém-nascidos. "A Lei não foi, no entanto, acompanhada de meios para seu cumprimento. Existem apenas cerca de sessenta berçários e creches em todo o sistema carcerário feminino brasileiro" (QUEIROZ, 2015).

Já em 2010 a Organização das Nações Unidas (ONU) tornou pública a elaboração da chamada "Regras de Bangkok", a qual trata-se de uma série de normas internacionais para "o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras". Tal documento apresentou-se como um significativo avanço nas discussões a respeito do encarceramento feminino visando a garantia de condições dignas ao cárcere feminino.

> Este cenário de horrores vivenciado pelas encarceradas passou a chamar atenção dos organismos internacionais, requerendo atitudes governamentais de contenção deste desrespeito à dignidade da pessoa humana, principalmente porque nas prisões de mulheres, a quase totalidade da violação de direitos está relacionada ao não atendimento das especificidades do sexo feminino. Dentre os pontos abordados no documento, a maternidade ganha expressivo destaque, tanto no que diz respeito à gestação e parto atrás das grades, quanto à situação dos filhos das mulheres presas. Na lista de países que contribuíram para a elaboração

> desta normatização, encontra-se o Brasil, contudo, ainda não se constatou um esforço público para a adequação da realidade brasileira a estas normas (SILVA, 2015).

Como apresenta a realidade do cárcere feminino no Brasil, desde a sua criação até o momento atual, não é visibilizado por parte do poder público questões de gênero onde as necessidades divergem do cárcere masculino. Sendo a desigualdade de gênero uma afronta à igualização proposta pelos Direitos Humanos desde a sua fundação no século XVIII, os três principais documentos sobre, são um reflexo do social e da estreiteza em relação às diferenças de gênero (COLLING, 2015). Dentro desse contexto, destacam-se: mulheres grávidas, lactantes, com filhos até 6 meses dentro do cárcere, mães de filhos com até 12 anos, mulheres transsexuais, estrangeiras e mulheres com deficiência física. Apesar de nos últimos anos medidas internacionais têm sido criadas assim como entidades da população civil brasileira, como citadas nesse estudo, intensificaram o debate e pesquisas acadêmicas a fim de denunciar a atual situação do cárcere feminino no Brasil.

Porém o cenário do cárcere feminino brasileiro ainda não teve significativas mudanças. Tal afirmativa pode ser notada na prática desde que a pandemia da covid-19 instalou-se no Brasil, direitos que deveriam ser garantidos para essa população, carecem na efetivação. Assim como a situação precária de informações oficiais diferenciando as questões de gênero no país. Um dos pontos que podem ser explicados através da análise que o presente estudo se propõe a fazer, é o fato do punitivismo como é conhecido no Brasil ser utilizado para marginalização de pessoas pobres, negras e com baixa escolaridade, como representam os dados.

> Quando consideramos o aprisionamento como uma construção social conjunta, não o fazemos com o intuito de isentar os indivíduos de suas responsabilidades e deveres para com a coletividade, mas com a intenção de demonstrar o quanto a contrapartida da sociedade e, especificamente, do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos se faz ausente em inúmeras situações, resultando na substituição de políticas sociais por políticas policiais, ou seja, há a criminalização da pobreza, a culpabilização da condição social em que vivem milhares de brasileiros espalhados por todo território nacional (SILVA, 2015).

Durante o governo de Dilma Rousseff, foi sancionado a Lei nº 13.257 em 8 de março de 2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, alterando dentre outros dispositivos legais, a Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e o Código de Processo Penal. "A alteração legislativa mais sensível em relação à problemática das mulheres encarceradas se refere à expansão das hipóteses que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, constantes no artigo 318 do Código de Processo Penal" (ITTC, 2017).

O artigo 318 do Código de Processo Penal, após a Lei nº 13.257/16 passou a ser:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
> I - maior de 80 (oitenta) anos;
> II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;
> III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
> IV - gestante;
> V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
> VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Como mencionado anteriormente, é um avanço nas questões de discussão de necessidades referentes ao diferenciamento no tocante a problemática gênero existente no Brasil, assim como a evolução de direitos reconhecidos para essa população. Porém, o desafio que o país encontra atualmente, além de uma mudança sistemática no punitivismo de mulheres mães, as quais já por garantia legal deveriam responder processos em liberdade, ou ainda em prisão domiciliar, é a efetivação de tais direitos em políticas sociais.

> É positiva a garantia do direito de responder ao procedimento criminal em liberdade provisória, ainda que com a necessidade de obediência a medidas cautelares [...] considerar alternativas à prisão deve ser, cada vez mais, um dos principais objetivos da realização das audiências de custódia e da atuação dos atores institucionais que delas participam, levando sempre em consideração a maternidade e outras circunstâncias pessoais em busca da redução do encarceramento de mulheres (ITTC, 2019).

A realidade brasileira continua sendo ultrapassada, na medida em que estudos e pesquisas revelam que mães continuam sendo encarceradas enquanto grávidas; filhos continuam nascendo enquanto as mulheres respondem por pequenos delitos em penas privativas de liberdade; crianças têm início de suas vidas dentro do cárcere, onde subjetivamente respondem por penas nas quais não cometeram, ou seja, iniciam suas vidas sendo punidos; assim como centenas de mulheres perdem seus filhos após completar o tempo que a Lei consegue garantir a união, na qual é de 06 meses de vida.

> Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital, já que provavelmente não acreditou - ou não se importou - que ela estava com as dores de parto. Aconteceu, em alguns casos, conta Heidi, de as próprias presas fazerem o parto, ou a enfermeira do presídio (QUEIROZ, 2015).

O que é possível notar na realidade brasileira é um imenso descaso e não cumpri-

mento da lei pelos agentes penitenciários, tanto no que se refere à cuidados básicos como o direito ao acesso à saúde, quanto de fato conseguirem fazer funcionar o mínimo já garantido. Assim como pode-se perceber uma contradição no sistema Judiciário brasileiro quanto aos direitos das mulheres, onde o estado impõe a condição de mulheres precisarem obrigatoriamente serem mães, mas não garantirem nenhuma condição para essa efetivação. Além do aborto ainda ser crime, sendo uma política completamente invasora na vida das mulheres desrespeitando-as como seres que deveriam ter o livre arbítrio de decidir sobre suas vidas e seus corpos, o Estado também não tem políticas públicas de igualdade salarial, de equiparação de gênero, deixando as mulheres, especialmente pobres e com baixa escolaridade, tendo que recorrer à crimes não violentos como mostram os dados, para conseguirem sustentar suas famílias sozinhas.

Somado a essa contradição enquanto política, (falsa) moral e de direitos, o Estado não consegue colocar em prática os direitos mínimos conquistados pelas mulheres como a efetivação da prisão domiciliar. Porém, deve-se ter especial cuidado quanto essa alternativa da prisão domiciliar enquanto um substitutivo da prisão preventiva, seu uso também deve ser excepcional, de tal forma que a regra na fase pré-processual segue sendo a liberdade (ITTC, 2017).

Como a autora Nana Queiroz retrata: "A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas já no fim da gestação"[...] "Também é comum que não recebam tratamento pré-natal"(QUEIROZ, 2015). Direitos básicos são negados para essas mulheres, nas quais pagam por diversas penas além da qual deveria ser "apenas" de privação de liberdade.

> Outra discussão legal acerca da realidade das mulheres aprisionadas que tem ganhado destaque é a proibição do uso de algemas durante o parto. Em junho de 2016, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, por unanimidade, aprovou em decisão terminativa o projeto que proíbe a colocação de algemas em presas durante o trabalho de parto. O relatório favorável da senadora ngela Portela (PT-RR) salientou que o uso de algemas pode acarretar riscos à mãe e ao bebê e, inclusive, provocar a antecipação do parto. Ressaltou, ainda, que a proteção à maternidade e à infância é um direito social atribuído a todo cidadão, sem distinção de qualquer natureza. O projeto agora tramita na Câmara como PL nº. 5.654/16 (ITTC, 2017).

A LEP, nos artigos 88 e 89, incluído pela Lei nº 11.942/2009, estabelecem condições mínimas que devam ser atendidas nos presídios femininos, dentre elas, frisa-se a necessidade de alas específicas para as gestantes, onde a criança pode ficar até os seis meses de idade. A partir daí, a permanência das crianças no sistema prisional depende da existência de creche para abrigar os menores de sete anos, permitindo que a presa que não possui com quem deixar a criança, siga amparando-a. Para que a creche funcione, é necessário a existência de profissionais especializados, seguindo as diretrizes impostas pelas legislações referentes ao sistema educacional, além de

haver horários específicos de funcionamento, de maneira que atenda as necessidades da criança e da responsável (BRASIL, 1984).

Contudo, nas situações onde a mãe não pode permanecer com a criança, por não haver espaço físico ou por circunstâncias alheias a vontade da presa, as crianças são entregues aos familiares, sendo este, o grande responsável pela regularização de guardas provisórias ou até mesmo definitivas, preferindo-se sempre os consanguíneos de grau mais próximo. Vale ressaltar, que sempre é buscada a indicação da mãe da criança no que tange às pessoas que podem permanecer como tutores dos menores. Porém, quando nenhum familiar se manifesta em relação a guarda da criança e a mãe também não faz nenhuma indicação, ou faz e a pessoa afirma não poder cuidar, a criança é encaminhada ao abrigo e funcionários do Judiciário e responsáveis pelo serviço social fazem estudos sociais no círculo familiar, visando encaminhar o menor para a tutela de algum membro da família (SILVA, 2015).

> Quando não há vagas nesses locais, o procedimento é enviar as lactantes para berçários improvisados nas penitenciárias, onde elas podem ficar com o filho e amamentá-lo, mas não têm acesso a cuidados médicos específicos. O benefício não é estendido a todas as mulheres, sobretudo não às que cumprem pena em locais impróprios e precisam sujeitar os recém-nascidos às mesmas condições subumanas em que vivem (QUEIROZ, 2015).

Diante dessa situação de lactantes que há pouco deram a vida e seguem encarceradas, há a possibilidade de serem realocadas em outros presídios nos quais comportam condições melhores para seus recém-nascidos. Porém, a mãe precisa fazer a escolha entre os filhos que já tinha antes, fora da cadeia, no qual ficaram na cidade em que ela havia sido presa, com o recém-nascido. A autora Nana Queiroz alude ao filme "A escolha de Sofia" de 1982, que se passa durante a Segunda Guerra Mundial, em que a presa em um campo de concentração, é forçada por um soldado nazista a escolher um de seus dois filhos para ser morto, e se não escolhesse um, ambos morreriam (QUEIROZ, 2015). Assim também é na realidade dessas mães nas quais escolhem então entregar para adoção seus filhos que nasceram no cárcere, para que ela possa ficar mais próxima e continuar recebendo visitas dos outros que encontram-se fora dele.

Além de todo o desgaste físico por estar privada de liberdade, as mulheres também sofrem de diversas outras penas não previstas no Direito Penal, como são os casos aqui comentados. "A população carcerária, além de apresentar as características referidas, pode apresentar uma saúde mental mais suscetíveis ao agravamento e aumento de casos [...] evidencia-se que os aspectos biopsicossociais podem estar associados à conduta criminosa" (MELLO, 2008).

> O papel da justiça penal termina com o encarceramento e o cumprimento da pena, conforme perspectiva do senso comum. Mas ao contrário do que se pensa, o término do cumprimento de uma pena privativa de liberdade não encerra a questão. Fora das gra-

> des, os ex-detentos tentam resgatar relações sociais e prover a própria subsistência (REIF, 2016).

Assim a violência também segue após terminar de cumprir suas penas diante do Judiciário, elas precisam então pedir a guarda dos filhos de volta à Justiça, mas para isso vir a acontecer, é necessário comprovar endereço de residência e emprego. O que na realidade brasileira é um grande empecilho a questão da reinserção social. Se para os homens essa inserção é difícil, para as mulheres por carregarem todo o estigma de que uma sociedade machista e patriarcal impõe sobre elas, se torna quase impossível. "Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo" (QUEIROZ, 2015).

E a história acaba se repetindo na maioria da vida dessas mulheres, "uma vez liberta, voltava a traficar. Era o que sabia fazer" (QUEIROZ, 2015). Essa realidade explicita uma das maiores críticas quanto ao sistema punitivista, o qual segrega pessoas pobres, negras e pardas, com baixa escolaridade, e não conseguem colocar em prática a questão de reinserir essas pessoas, dando condições de trabalhos dignos para que possam sair de tal situação e não mais voltarem a estar em conflito com a lei.

4. PANDEMIA E PRISÕES

De acordo com os dados oficiais do Ministério da Saúde, no dia 26 de fevereiro de 2020 o Brasil registrou o primeiro caso da covid-19 no país (Ministério da Saúde, 2020). E desde então, até o momento de escrita do presente estudo (julho de 2020), o país conta com mais de dois milhões de brasileiros infectados pelo coronavírus, e ultrapassa as 80 mil mortes (não estando contabilizado pessoas que morreram com sintomas da doença mas que não chegaram a ser testadas). Desde o mês de maio, o Brasil é o epicentro da doença, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, por número de habitantes e a proporção de contágio. Ou seja, o momento atual pelo qual o país passa, é de calamidade pública em relação à saúde. Ainda não tendo sido desenvolvida vacinas contra a doença, a principal maneira de prevenção, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é através do distanciamento social, uso de máscaras e constante higienização das mãos com água e sabão, além do uso de álcool 70% para higienização de objetos e demais locais.

A partir desse cenário de calamidade na saúde pública do país, a situação chega ser pior nas unidades prisionais brasileiras. Tais medidas adotadas pela OMS, se tornam impossíveis de serem aplicadas nas prisões brasileiras, haja vista o superencarceramento (aglomeração de pessoas), condições insalubres das unidades e de higiene (ambiente propício a proliferação de doenças), água não potável, racionamento de água, alimentação precária, falta de cuidados médicos, proibição da entrada de álcool nas prisões brasileiras, assim como grande parte da população carcerária pertencer aos grupos de risco para infecção, compreendendo: pessoas idosas, gestantes, com doenças crônicas, diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV... dentre outras condições já mencionadas na presente pesquisa. Características inerentes ao "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro, reconhecido

pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, assim como, denunciada em relatórios oficiais como o Relatório de Inspeções desenvolvido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura disponibilizado em maio de 2020.

Diante da pandemia da covid-19, as medidas tomadas por parte do Estado brasileiro enquanto responsável pela integridade física das pessoas privadas de liberdade, foi a partir da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, de 17 de março de 2020. Onde prevê Recomendar aos Tribunais e magistrados a **adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo (art 1º)**. Dentre os principais tópicos encontram-se: a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, em relação a adolescentes, gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos de idade ou por pessoa com deficiência (art 2º inciso I); A reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão (art 3º inciso I); A reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, priorizando-se as mulheres gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, idosos, indígenas, pessoas que se enquadram no grupo de risco, pessoas com deficiência, pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade [...] estabelecimentos que estejam sob ordem de interdição [...] prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 dias (art. 4º inciso I, alíneas a, b, c); dentre outras medidas (BRASIL, 2020)

Apesar da necessidade de haver um desencarceramento no Brasil desde antes da pandemia da covid-19, desde que o vírus chegou ao país, se tornou de extrema necessidade a efetivação do direito à vida dos custodiados, tendo as condições mencionadas durante o presente estudo. Porém, pesquisas apontam que desde o início da pandemia no país, os magistrados não estão seguindo as recomendações do Conselho Nacional de Justiça, como a notícia divulgada pela Folha de São Paulo, "STF resiste a pressões para soltar presos durante a pandemia". Dos 1377 Habeas Corpus analisado pelo Supremo, 1261 foram denegados, representando 91,6% do total. Apenas 87 concedidos (6,3%) e 29 foram descartados por "razões processuais" (2,1%). No estado de São Paulo, o TJSP negou 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da pandemia, realidade que não diverge dos outros estados do país (INFOVÍRUS, 2020).

Assim como a Portaria Interministerial nº 07/2020 de 18 de março, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, que "dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional", as quais são completamente ineficientes no que propõe indicar em relação à contenção do vírus. Assim apresenta-se o art. 3º parágrafo 1º no qual estabelece:

> Art. 3º Na hipótese de identificação de casos suspeitos ou confirmados entre os custodiados, os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deverão seguir as orientações previstas nesta Portaria e em atos do Ministério da Saúde,

> inclusive quanto ao uso de máscara e isolamento individual.
> § 1º Caso não seja possível o isolamento em cela individual dos casos suspeitos ou confirmados, recomenda-se à Administração Penitenciária adotar o isolamento por coorte e o uso de cortinas ou marcações no chão para a delimitação de distância mínima de dois metros entre os custodiados (Portaria Interministerial nº 07/2020).

A partir da situação já apresentada nesse estudo, fica nítido a precariedade de conhecimento no que tange à realidade do sistema carcerário brasileiro assim como um total descaso quanto às medidas apresentadas, tais soluções são completamente inviáveis além de serem desrespeitosas em relação à vida dessas pessoas que encontram-se privadas de liberdade. Nitidamente a falta de efetividade de políticas ao combate do coronavírus nas prisões brasileiras não surtiu efeito assim como continua havendo grande resistência por parte do Judiciário em conceder prisões domiciliares.

> A entrada do novo coronavírus no sistema prisional feminino já foi confirmada, mas ainda é difícil de dimensionar. Reportagens indicam que dezenas de mulheres já foram infectadas, e foi identificada ao menos uma morte em consequência da doença. Essas informações, no entanto, são inexatas. O painel nacional oficial de divulgação de casos, do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), não apresenta números desagregados por gênero. Segundo atualização de 23 de junho, no total, 59 pessoas presas tinham morrido no sistema penitenciário do Brasil em decorrência da covid-19. O número de casos confirmados era de 3.735 (TINOCO, 2020).

Só foi possível o início da coleta e divulgação de dados oficiais em relação às mulheres encarceradas e aos presídios femininos na última década no Brasil, durante a pandemia também está havendo completo desrespeito no que tange aos direitos das mulheres e à violência de gênero em relação à divulgação de dados do sistema carcerário no país. Como um todo, falta informação e é recorrente as denúncias que os parentes de pessoas privadas de liberdade estão desenvolvendo durante a pandemia, como analisa as notícias do Infovírus, tais como: “Entidades e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia”; “Sistema penitenciário do Ceará tem denúncias de tortura e violações de direitos”; “Famílias denunciam a falta de informações em Roraima: a gente não sabe de absolutamente nada do que acontece lá”. Os dados divulgados sobre como a pandemia afetou presídios são insuficientes, não há transparência sobre como estão lidando com a doença. Porém a situação é pior em relação às mulheres privadas de liberdade, pois as raras informações prestadas pelo Poder Público em relação às unidades prisionais do país durante a pandemia, assim como não tendo a credibilidade que deveria em um país democrático, também não diferem em relação à gênero e à unidades prisionais femininas.

> Cerca de 25% das mulheres estão presas em unidades prisionais

> sem módulo de saúde. Os dados iniciais sobre a entrada do coronavírus no sistema penitenciário feminino demonstram que é necessário um aprimoramento na coleta e apresentação de dados relacionados ao tema, de maneira a não invisibilizar, mais uma vez, a situação das mulheres. Uma melhor compreensão sobre o número de presas atingidas pela doença é essencial para um planejamento de políticas públicas que considerem as especificidades desse público (TINOCO, 2020).

Se torna de extrema necessidade que o Estado brasileiro se responsabilize de forma ética quanto à saúde das (e dos) custodiadas, uma vez que como os dados apresentam, grande parte da população carcerária atual é composta por pessoas que praticaram o crime de tráfico, porém as mesmas pesquisas apontam a relação de usuários, poucas quantidades, baixa escolaridade, população periférica. Assim como o Judiciário brasileiro ainda não tomou pra si a responsabilidade do desencarceramento que, desde antes da pandemia precisa ser urgente, para que se possa de maneira concreta salvar vidas que enquanto encarceradas estão sem a dignidade que lhes é de direito, sofrendo penas além da privativa de liberdade na qual foram sentenciadas. Como também o Brasil precisa, de maneira urgente, implementar políticas públicas estatais questões relacionadas ao gênero e não mais invisibilizar as mulheres e mães presidiárias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, percebe-se a importância da construção do pensamento, debate e mudança nas leis a respeito dos direitos das mulheres, assim como o reconhecimento e as tentativas de mudança em relação às violências de gênero que permeiam o mundo do cárcere. Porém, como apresentado, apesar de importante a garantia de tais direitos, precisa-se criar subsídios para de fato virem a ser aplicadas tais políticas. Se faz necessário políticas públicas que consigam alcançar na prática a efetivação dos direitos das mulheres em especial as que estão sob situação de cárcere, dependendo especificamente do Estado para que tenham dignidade como pessoas de direitos e deveres independente de suas penas privativas de liberdade.

É interessante observar que o presente estudo abre caminhos para várias abordagens sobre a temática de mulheres e mães encarceradas, haja vista a necessidade de desenvolver pesquisas a respeito das populações ainda constantemente invisibilizadas pelo Estado brasileiro no contexto prisional, como por exemplo: as mulheres em situação de cárcere idosas (com mais de 60 anos) em que nessas situações acabam dificultando a garantia de seus direitos, principalmente aqueles previstos no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741 de 2003); as mulheres estrangeiras (migrantes em conflito com a lei), na qual representa um grupo com especificidades próprias, como por exemplo diferenças etnoculturais e de idioma; mulheres transsexuais que por vezes sofrem violências nas mais diversas esferas do seu ser, como o Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2020) apresenta em relação às galerias de pessoas LGBTI nos presídios brasileiros; mulheres indígenas em conflito com a lei; assim como pessoas com deficiência aprisionadas comumente

não são alvo de estudos acadêmicos ou monitoramento da implantação de políticas públicas de desencarceramento.

A situação do cárcere feminino no Brasil se mostra caótica tanto no que se refere às suas condições básicas de funcionamento assim como também em relação à disponibilidade de dados oficiais em relação à esses espaços e essa população. Em relação à falta de dados, destaca-se a questão da falta de informações em relação às mulheres encarceradas enquanto grávidas nas prisões brasileiras, como apresentado no presente estudo, carecem de higiene básica assim como relatos denunciam que falta alimentação, chegando por vezes a passar fome, podendo a vir ocorrer abortos espontâneos (aborto que não é consequência de nenhuma ação/decisão tomada com essa finalidade, ocasionado na grande maioria das vezes por problemas relacionado à saúde da mulher ou feto) pelas faltas de condições apresentadas. Falta informação por parte do poder público brasileiro, carece de pesquisas assim como de meios para se chegar à resultados concretos da realidade brasileira, mostrando-se como um desafio para as pesquisas em relação à temática no país. Abrindo oportunidade para que pesquisas acadêmicas nessa área da criminologia crítica avance seus estudos para que seja possível uma melhor análise da realidade brasileira como também propostas para a mudança do sistema prisional, como penas alternativas à privação de liberdade das mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do Estado e de deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil.* 2ª edição. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

ARTUR, Angela Teixeira. *As origens do "Presídio de mulheres" do estado de São Paulo.* 2011. Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.8.2011.tde-31052012-163121. Acesso em: 17 jul. 2020.

BALTHAZAR, Ricardo; MARIANI, Daniel. *STF resiste a pressões para soltar presos durante pandemia.* Folha de São Paulo, São Paulo, 25 de maio de 2020. Seção Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/stf-resiste-a-pressoes-para-soltar-presos-durante-pandemia.shtml>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.* Brasília, 2015 (Série Pensando o Direito, 51), 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro 2019.* Brasília, 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 1º de outubro de 2003.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 23 de agosto de 2006.

BRASIL. Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 28 de maio de 2009.

BRASIL. Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 08 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2020.

BRASIL. *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT),* 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Portaria Interministerial nº 7 de 18 de março de 2020.* Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão.* Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.654, de 22 de junho de 2016. Câmara dos Deputados. *Atividade Legislativa, Projetos de Lei e outras disposições.* Brasília, DF, 22 de junho de 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Brasil confirma primeiro caso da doença.* Brasília: Ministério da Saúde, 26 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BOITEUX, Luciana. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.* Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BOITEUX, Luciana, et al. (Coord.). *Tráfico de Drogas e Constituição.* Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BOITEUX, Luciana. XI Ciclo de *Debates Antiproibicionistas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.* Facebook Rede Nacional de Feministas Antiproibicio-

nistas - RENFA. Disponível em: <https://www.facebook.com/renfantiproibicionistas/videos/574747816543739/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte - MG: Letramento: Justificando, 2018.

BUGLIONE, Samantha. *A mulher enquanto metáfora do Direito Penal.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/946/a-mulher-enquanto-metafora-do-direito-penal> Acesso em: 25 jun. 2020.

COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro (Orgs.). *Dicionário crítico de gênero.* Dourados - MS: UFGD, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.* Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020.* Brasília: CNJ, 2020.

CAMPOS, Carmen Hein et al. *Criminologia e feminismo.* Porto Alegre: Sulina, 1999.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. *Prisão, tráfico e maternidade: um estudo sobre mulheres encarceradas.* Tese (Doutorado: Programa de Pós Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, 2013.

INFOVÍRUS. *Entidades e famílias denunciam falta de notícias e agressões e apenados na Bahia.* Covid nas prisões, 21 de julho de 2020. Seção de olho no painel. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/blog/entidades-e-familias-denunciam-falta-de-noticias-e-agressoes-a-apenados-na-bahia>. Acesso em: 22 jul. 2020.

INFOVÍRUS. *Familiares denunciam a falta de informações em Roraima: "a gente não sabe de absolutamente nada do que acontece lá".* Covid nas prisões, 24 de junho de 2020. Seção de olho no painel. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/blog/familiares-denunciam-a-falta-de-informacoes-em-roraima-a-gente-nao-sabe-de>. Acesso em: 10 jul. 2020.

INFOVÍRUS. *Sistema prisional do Ceará tem denúncias de tortura e violações de direitos.* Covid nas prisões, 30 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/blog/sistema-prisional-do-ceara-tem-denuncias-de-tortura-e-violacoes-de-direitos>. Acesso em: 10 jul. 2020.

INFOVÍRUS. *Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da COVID-19.* Covid nas prisões, 17 de junho de 2020. Seção Extras. Disponível em: <https://www.covidnasprisoes.com/blog/tribunal-de-justica-de-sao-paulo-nega-88-dos-habeas-corpus-pedidos-em-razao>. Acesso em: 10 jul. 2020

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MaternidadeSemPrisão: aplicação do*

Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres. São Paulo, ITTC, 2019. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/09/maternidadesemprisao-aplicacao-marco-legal.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MulhereSemPrisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres.* São Paulo, ITTC, 2017. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. *MulhereSemPrisão: enfrentando a (in) visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal.* São Paulo, ITTC, 2019. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020.

LIMA, Marcia de. *Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional.* 2006. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. doi:10.11606/D.6.2006.tde-24032008-085201. Acesso em: 01 jul. 2020.

MELLO, Daniela Canazaro De. *Quem são as mulheres encarceradas?* Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

Ministério de Justiça. INFOPEN *Mulheres – junho de 2017*. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília. <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

Ministério de Justiça. INFOPEN *Mulheres – junho de 2018.* Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Brasília. <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres (tratadas como homens) nas prisões brasileiras.* 1ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2015.

REIF, Karina Schuh. *Em liberdade: narrativas biográficas de mulheres com experiências de encarceramento.* Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

SAMPAIO, Paula Faustino. In: *Dicionário crítico de gênero.* COLLING, Ana; TEDESCHI, Losandro (Orgs.). Dourados - MS: UFGD, 2015.

SILVA, Amanda Daniele. *Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina [online].* São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

TIBURI, Márcia. In: *Dicionário crítico de gênero.* COLLING, Ana; TEDESCHI, Losandro (Orgs.). Dourados - MS: UFGD, 2015.

TINOCO, Dandara. *Impactos evidentes em uma população tornada invisível: os efeitos do coronavírus na vida de mulheres presas e egressas.* Instituto Igarapé: Nota estratégica 34, Julho 2020.

WORLD PRISON BRIEF. *Highest to Lowest - Prison Population Total.* Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em: 13 jul. 2020.

Artigo Científico

O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO A PARTIR DA ADPF 347

THE STATE OF PERMANENT EXCEPTION IN PANDEMIC TIMES: AN ANALYSIS OF THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS OF THE PENITENTIARY SYSTEM FROM ADPF 347

Arlete Leite Sousa Neta*
Daniel Alves Alvarenga**
Karla Vitória Silva de Santana***

Resumo: O presente trabalho busca investigar a figura do Estado de exceção dentro das penitenciárias brasileiras a partir da análise da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 347 que decretou o Estado de coisas inconstitucional na realidade prisional do Brasil no ano de 2015. Utilizando-se de um método indutivo de pesquisa foi possível observar o claro distanciamento do texto constitucional solene com a realidade prisional, em que os indivíduos supridos de liberdade também acabam por ter outros direitos a eles inerentes, suprimidos, criando- se assim dentro do sistema carcerário brasileiro um polo da exceção já existente no Estado democrático de direito. A ADPF 347 esclareceu a existência de uma falha conjuntural dos três poderes estatais e funcionou como um remédio para sanar a realidade calamitante do sistema prisional, no entanto, não foi um meio eficazmente suficiente para combater a ampla e generalizada violação de direitos que existe no sistema carcerário, tal problemática se mostrou perceptível com a chegada da pandemia do novo corona vírus, pois o Estado de exceção nas penitenciárias frente ao Covid-19 encontra empecilhos estruturais e de grande complexidade no que tange a propositura de uma medida prática, realista e contínua que cause efeitos no cenário carcerário assolado com a dispersão do vírus.

Palavras-chave: Estado de exceção. Sistema penitenciário. Estado de coisas inconstitucional. Direitos humanos. Covid-19.

Abstract: *The present work/article seeks to investigate the figure of the State of exception inside Brazilian prisons based on the analysis of the ADPF (Argument for Non-Com-*

* Arlete Leite Sousa Neta. Acadêmica de Direito no Centro Universitário Uninovafapi.
Currículo lates: http://lattes.cnpq.br/5693049700267626
** Daniel Alves Alvarenga. Acadêmico de Direito no Centro Universitário Uninovafapi.
Currículo lates: http://lattes.cnpq.br/8059016260429279
***Karla Vitória Silva de Santana. Acadêmica de Direito no Centro Universitário Uninovafapi.
Currículo lates: http://lattes.cnpq.br/2444586816434368

pliance with Fundamental Precept) 347 decreed the State of unconstitutional affair in the Brazilian prison reality in 2015. Using an inductive research method it was possible to observe the clear distancing of the solemn constitutional text compared to the prison reality, in which the individuals supplied without freedom also end up having other rights inherent to them, suppressed, thus creating within the Brazilian prison system a pole of the exception already existing in the Democratic State of Law. ADPF 347 clarified the existence of a conjunctural error of the three state powers and worked like a remedy to solve the calamitous reality of the prison system, however, was not an effective enough means to combat the wide and widespread violation of rights that exists in the prison system, this problem was noticeable with the arrival of the pandemic of the new corona virus, because the State of exception in penitentiaries in front of Covid-19, find structural and highly complex obstacles in terms of proposition of a practical, realistic and continuous measure that causes effects in the prison scenario plagued with the spread of the virus.

Keywords: *State of exception. Penitentiary system. Unconstitutional state of affairs. Human rights. Covid 19.*

INTRODUÇÃO

O breve distanciamento das atitudes ativas do Estado propiciam uma espécie de lacuna no que consiste o Estado democrático de direito, tais omissões colocam em xeque os direitos fundamentais garantidos na vigente Constituição de 1988. Nesse sentido, abarcado de uma inércia estrutural dos três poderes no que se refere a uma violação contínua, sistemática, massiva e ampla de diversos direitos constitucionais, dentro das penitenciárias brasileiras, se propicia um atingimento indeterminado e significativo de pessoas aliado a uma omissão das autoridades públicas. Assim, o presente trabalho analisa frente a tal postura do Estado a calamidade das penitenciárias brasileiras, o claro descumprimento dos direitos fundamentais, a notoriedade da proposição da tese do Estado de coisas inconstitucional a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, tendo como proposta de remédio constitucional aproximar o Estado em meio a essa ausência, e a construção de um Estado de exceção em meio à realidade prisional brasileira.

Por conseguinte, a primeira parte traz colocações sobre a definição do Estado de exceção abarcado desde a sua origem ideológica e em meio as suas diferentes conceituações a partir de cada interpretação, seja pelo contexto histórico, seja pelo contexto ideológico. Outrossim, seguindo a proposta de clarear e explicar o processo de formação deste Estado de exceção e o seu distanciamento de proposições democráticas, trazemos à tona a germinação deste Estado exclusivo frente a sua instauração no contexto brasileiro. Visto que, no que se refere a seletividade prisional e a colocação de prisões como masmorras sociais condiciona uma realidade de desigualdade que acaba por constrói uma espécie de rotulagem, designando estes como a margem das garantias constitucionais, desta maneira o distanciamento das ideias democráticas no tocante a realidade prisional colocam em xeque os tais direitos fundamentais fixados.

No segundo e terceiro momento, examina-se às claras violações de direitos e

garantias fundamentais no tocante a realidade carcerária, evidenciando o quadro de superlotação e suas consequências para a convivência dos detentos, bem como as fragilidades estruturais das prisões, em que diante de uma ausência de políticas públicas direcionadas ao saneamento de tal problemática o rompimento do princípio da dignidade da pessoa humana se torna palpável nesta realidade de Estado democrático de direito. Desse modo, a iminência de um quadro caótico das prisões brasileiras e um claro descrédito a esta pauta que se destaca por ser amplamente impopular mobilizam o judiciário a agir a partir de uma interposição de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, a decisão arguida a partir dessa ADPF 347 veio a impulsionar o STF a desempenhar um papel significativo apesar de seus dilemas e controvérsias no que tange a problemática massiva e generalizada do sistema prisional.

Por fim, no quarto momento a problemática estará direcionada para os efeitos das medidas cautelares deferidas e sua clara ausência de continuidade em meio a uma condição excepcional que é a disseminação do vírus covid-19 numa presente pandemia, que acaba por proporcionar ainda mais um abismo no que tange ao Estado democrático de direito e suas garantias fundamentais. Destarte dizer, que o imbróglio do Estado de exceção no sistema prisional tende a produzir efeitos ainda mais drásticos frente a pandemia, em que atinge gravemente até mesmo os sistemas penitenciários mais estruturados, haja vista que as prisões acabam por desencadear um cenário extremamente adequado para a proliferação deste vírus, até mesmo para outros tipos de doenças, e acabam por funcionar como uma espécie de necrotério social da parte populacional que se encontra neste quadro e tampouco possuem amparo estatal.

Neste artigo foi utilizado o método indutivo mediante uma realização de pesquisas documentais e bibliográficas, em que a justificativa para tal elaboração deste trabalho dar-se em razão das graves violações dos direitos fundamentais dos presos e a consistência cada vez mais fixa do Estado de exceção frente ao quadro prisional. Assim, o tema é extremamente atual e complexo, mais cabível de debates e produções doutrinárias, o papel não é o esgotamento do tema, mas sim refletir sobre o mantimento e a continuidade deste estado que assola a realidade prisional e os mecanismos de atenuação de tal problemática como o remédio constitucional ADPF 347 que coloca em voga a tese do Estado de coisas inconstitucional em meio a proporcionar e viabilizar mecanismos jurídicos- políticos de aproximação do Estado no presente tema.

2. DA DEFINIÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO À SUA INSTAURAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

A vida em sociedade acompanhada de aglomerados de pessoas tentando viver em harmonia e estabilidade força a própria sociedade a construir mecanismos para assegurar essa estabilidade e disciplina, as prisões fazem parte desses mecanismos desempenhando um papel importante no controle social. O Estado é o único que pode exercer o poder de punir, e além de codificar aquilo que pode ou não ser punido deve desenvolver meios para validar tais codificações, isto é feito através das penalidades, como exemplo principal, as penas privativas de liberdade, que são executadas

nas penitenciárias. Nesse contexto, Michel Foucault (1987, p.246) apontou como se dar o funcionamento destas prisões e de como eles se estruturam:

> A prisão com toda a tecnologia corretiva de que se acompanha deve ser recolocada aí: no ponto em que se faz a torsão do poder codificado de punir em um poder disciplinar de vigiar; no ponto em que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos; no ponto em que a requalificação do sujeito de direito pela pena se torna treinamento útil ao criminoso; no ponto em que o direito se inverte e passa para fora de si mesmo, e em que o contradireito se torna o conteúdo efetivo e institucionalizado das formas jurídicas.

Seguindo esse raciocínio, o Estado como um todo, abarcado por uma visão democrática, dispõe de seus deveres e direitos para com a massa, em que o seu distanciamento social previsível provoca lesões nas estruturas sociais basilares, capaz a ponto de ser perceptível uma lacuna neste Estado democrático, e ainda mais, tem-se que diante de um Estado democrático de direito ilusoriamente pleno, a estruturação deste acaba por ser acompanhada de pequenos polos de Estado de exceção. Ademais, mediante a estrutura de pensamento na qual o próprio Estado de exceção germina em suas aberturas nas ideologias nazifascistas, é notório um contraponto a tal conceito técnico, que se descreve na facilitação de um Estado de direito ilusório banhado de dogmas ideológicos autoritários.

Nesse interim, é fundamental observar o instante do indivíduo como fruto social deste poder público, ora, o Estado de exceção não se caracteriza apenas numa lacuna de ausência de direitos e inoperância estatal, mas também, na transitoriedade de um momento de gozo social semelhante aos caracteres democráticos para um regime de abuso e *fratura social,* este coloca em xeque uma região cinzenta em que o individuo social comum vive a deriva de um sistema pleno e fundamentado numa ilusão de direitos.

Nesse sentido, os poderes tripartidos buscam garantir a plenitude do Estado democrático de direito no exercício de suas funções, no entanto, as técnicas de controle social desenvolvidas por esses se mostram enfraquecidas e ineficazes. Logo, se o sistema desenvolvido para garantir o direito e a ordem não consegue atender a tal finalidade, uma realidade moldada na exceção é uma consequência inevitável. Teixeira (2006) narra em seu artigo um acontecimento bastante relevante para a compreensão desta linha de raciocínio, ao relatar um fato de claro distanciamento dos direitos fundamentais básicos de uma figura estatal democrática. A narrativa é referente ao Massacre na Casa de Detenção do Carandiru que ocorreu em 2 de outubro de 1992 em que claramente presenciou-se uma violação dos direitos humanos e das garantias que tais violados eram possuidores. Sendo assim, uma grave lacuna neste Estado de direito mediante ao cenário de propositura de um poder público supridor de direitos. (TEIXEIRA, 2006)

A cerca de tal narrativa, a autora do artigo apontou de forma critica o posiciona-

mento de cada poder nos limites de sua competência, em relação ao caso, demostrando assim que o próprio sistema jurídico que foi feito para assegurar e garantir a eficácia do Estado democrático de direito, fraqueja em suas atribuições, gerando cada vez mais uma "ordem" jurídica seletiva. Tal ponto funciona como o ápice da lógica de que o Estado de exceção de fato vigora na realidade penitenciária brasileira.

Portanto, diante da forma garantidora do Estado, mas também cobradora almeja-se numa situação de privação de liberdade apenas o suprimento desse direito, todavia numa estrutura de Estado de exceção penitenciária observa-se uma fratura social de direitos sequenciais, estruturais e sobre camadas, oriundas de uma seletividade sendo germinada de forma direta pelos três poderes no exercício desregular de suas funções.

Para concluir o presente raciocínio, temos que num cenário de formação das grandes cidades, os satélites que eram compostos pelo proletário e logicamente pelas camadas mais pobres desenvolveu por fatores históricos e internos uma rivalidade com a classe burguesa, naturalmente dominante. Neste despeito de crescimento populacional a imoralidade, as infrações e os delitos eram taxativos à classe inferior (proletariado) como uma espécie de relegação social sendo estruturada e desenvolvida nos primórdios das penitenciárias. Andrade (2003, p.54) em sua obra especifica o funcionamento originário da exceção nas penitenciárias: "A clientela do sistema penal é constituída de pobres (minoria criminal) não porque tenha uma maior tendência a delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes".

Segundo a narrativa, conclui-se que há a formação de uma camada social intrínseca ao sistema penitenciário que naturalmente é colocada nesse sistema que dispõem de regras especificas e autoritárias a essa classe. Contudo, a lei no geral aplica-se a todos, o que é inegável discutir que neste jogo a classe dominante cria as regras, ora, quem é o dono do jogo e fundador das regras naturalmente é o próprio sistema e logicamente propõem a exceção. O que se pode concluir é que o Estado de exceção que aqui se discute, é constantemente alimentado por um sistema jurídico em que as funções são bem divididas, no entanto não são devidamente executadas. Além disso, é possível perceber que a exceção no meio penitenciário possui uma raiz histórica muito forte em relação a sua composição, pois o nosso sistema penitenciário conta com uma clientela exclusiva, que na sua maioria é composta pelas pessoas que ocupam as classes inferiores.

3. DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS À INTERPOSIÇÃO DA ADPF 347

O Brasil durante os anos de 1964 a 1985 vivenciou um período ditatorial em que os direitos constitucionais basilares e dignos foram drasticamente suprimidos. Neste contexto, a prática da tortura era sistematicamente aplicada, as prisões eram arbitrárias, os desaparecimentos forjados, a censura impiedosamente repressiva e havia uma intensa perseguição político-ideológica (PIOVESAN, 2008). Como corolário dessa realidade, a constituição republicana posterior a esse momento firmou suas bases em ideais garantidores e de valorização a dignidade da pessoa humana, a

importância desse princípio é perceptível e inequívoca, conforme Sarlet (2002, p. 87) "por via de consequência e, ao menos um princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa humana", ou seja, esse princípio fundamenta os demais direitos e juntamente com os demais dispositivos previstos no Art. 1º da constituição federal de 1988 compõe os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, sendo denominado uma cláusula pétrea, um instituto constitucional inalterável.

Nesse processo estrutural de violações, esclarece um quadro de subcamadas da tal precariedade do sistema penitenciário, que se evidencia pelos rompimentos de direitos constitucionais: o art. 5, inciso XLIX versa sobre a proteção a integridade física e moral do preso, além disso, o inciso III desse mesmo artigo assegura que ninguém deve ser submetido a tratamento desumano ou degradante, em relação a esses dois direitos apresentados, o que se percebe dentro da realidade penitenciária brasileira é uma violação em massa dos mesmos, pois os presos que possuem sua liberdade suprimida, acabam por ter outros direitos garantidos a eles, também suprimidos, pois são constantemente expostos a torturas, violências sexuais e psicológicas e a tratamentos degradantes e desumanos, ou seja, nega totalmente tudo aquilo que está disposto na constituição. (Comissão IDH, 1997). Nesse contexto, segundo o ensejo do advogado do PSOL, Daniel Sarmento, exclama: "inferno dantesco", é essa a realidade que se constrói o sistema carcerário brasileiro, demarcado de maneira análoga como prescreve Dante Alighieri na sua obra A divina comédia, com uma espécie de subdivisão de violações de fragilidades retratadas em camadas nesse tal "inferno". (ALIGHIERI, 2016)

Nessa perspectiva, por volta da década de 90 houve o surgimento de um instituto reconhecido como Estado de coisas inconstitucional, presente na Corte Constitucional Colombiana, tal situação adveio do contexto de 45 professores dos municípios de Maria la baja e Zambrano, em que estes tiveram negados os seus direitos previdenciários pelas autoridades locais, assim, diante desse ocorrido a Corte Colombiana voltou-se a apurar as falhas estatais por detrás das claras violações de direitos, observando o presente descumprimento de uma obrigação que advinha de forma generalizada e ampla, alcançando um número indeterminado de professores, constatando a estática estatal e a ausência de uma invocação dos demais órgãos, nesse interim a Corte Constitucional Colombiana declara o Estado de coisas inconstitucional, mediante um cenário de ampla falha estrutural, generalização de violações de direito e de um sequencial e contínuo processo de inércia das autoridades públicas, ou seja, uma situação sistêmica de erros e fragilidades constitucionais. (CAMPOS, 2016; CAIXETA, 2018)

Ademais, a Corte Colombiana expressou alguns fatores importantes para se estabelecer um cenário que resulte numa declaração de Estado de coisas inconstitucional, dentre eles: uma violação contínua, massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais, propiciando um atingimento indeterminado e significativo de pessoas; uma presente omissão das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações úteis para o mantimento dos direitos fundamentais; a clara prática de atos inconstitucionais contínuos que levem a uma tutela jurisdicional para manter esse direito suprimido; uma omissão de propostas e decisões legislativas, administrativas

e orçamentárias para se propor um cessamento de tais violações; a existência de uma situação problemática em que a solução necessita de um clara intervenção de várias entidades, evidenciando a correlação de ações e propostas para superar esse cenário; e a possibilidade de um fatídico congestionamento judicial caso se evidencie com a procura descontrolada de uma proteção jurídica, haja vista que se trata de um problema conjuntural e generalizado. (CAIXETA, 2018)

Diante do supracitado, um longo e objetivo estudo realizado pela Clínica de Direitos de Fundamentais da Faculdade de Direito da UFRJ, propôs um reconhecimento desse tal instituto, no cenário calamitante do sistema carcerário brasileiro. Nesse sentido, houve em 2015 o julgamento da Arguição de Preceito Fundamental 347 com relatoria do ministro Marco Aurélio em que houve o claro reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional fato que se corrobora a partir de um conjunto de inconstitucionalidades que afetavam e afeta os indivíduos presentes no sistema carcerário brasileiro que lidam diariamente com uma crise sem precedentes. De acordo com a propositura da Arguição de Preceito Fundamental violado, há nesse cenário uma vinculação da dogmática constitucional da tese do Estado de coisas inconstitucional.

Sendo assim, o legitimado, partido PSOL, reconheceu tal instituto e por conseguinte requereu com a finalidade de constatar o quadro fracassado de politicas públicas, legislativas, administrativas e obviamente orçamentárias, em relação ao sistema carcerário nacional. Fica notório, uma clara leniência dos órgãos em almejar superar ou até mesmo reduzir uma situação de clara violação constitucional, se tratando de uma matéria profundamente complexa e amplamente impopular, que evidencia de forma concreta o desejo de contentamento da sociedade com o quadro carcerário. Tal sistemática se estende a uma problemática conjuntural que agrega os três poderes que serão brevemente analisados. (ADPF 347, 2015)

Diante desse fato, o poder executivo que é o responsável por direcionar os subsídios responsáveis pela manutenção e estruturação das prisões brasileiras tem sido omisso no exercício de suas funções, haja vista que o fundo penitenciário nacional de acordo com uma auditoria feita em julho de 2019 pelo Tribunal de Contas da União, não repassa de forma eficiente os recursos necessários para as redes do sistema penitenciário, tendo como resultado uma clara insalubridade das celas, uma má estrutura física das penitenciárias, uma evidente despreocupação com a reeducação do preso e a posterior inserção dele na sociedade e um ausência de políticas de preparo aos indivíduos que compõem a segurança e o funcionamento da rede penitenciária. (TCU, 2019; BRASIL, 2015). O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público cientes dessa problemática se uniram em uma nota técnica assinada em abril de 2020, para cobrar o repasse correto do FUPEN com o objetivo de impedir o avanço da pandemia do novo corona vírus nas penitenciárias brasileiras. (CNJ, 2020)

Desse modo, o poder legislativo composto por indivíduos altamente influenciados pela opinião pública, estabelecem políticas sócio criminais inadequadas ao quadro carcerário brasileiro, em que os indivíduos que compõem o legislativo guiam-se pela sistemática semelhante ao executivo no tocante a agradar o seu eleitorado, colocando em pauta, nas próprias proposituras de leis e propostas legislativas temas

baseados no senso comum a despeito da calamidade prisional se estruturando em grande parte no pensamento ainda midiático e utilitarista, haja vista que a pauta do sistema prisional brasileiro é pouco discutida na câmara dos deputados e dos senadores. Esse ponto corrobora na superlotação nos presídios que alavanca outros índices já discutidos, sem ressaltar que a partir dessas politicas ineficientes propiciam uma taxa de reincidência bem alta mediante a ineficácia do sistema prisional, fato que contribui para outra problemática que é a falta de segurança na sociedade. Outrora, dizer que a sociedade é amplamente utilitarista significa evidenciar a partir da opinião pública uma situação de consentimento à fatídica carcerária, em que boa parte da população acredita que os meios insalubres e a fragilidade penitenciária é uma forma de o criminoso pagar por seus delitos, rejeitando assim a presença de direitos fundamentais a esses indivíduos. (CAIXETA, 2018)

Nessa perspectiva, diante da fragilidade conjuntural dos três poderes, o poder judiciário se cerca de uma leniência processual em que promove um inchaço da máquina jurídica, haja vista que o poder judiciário, sublima o cenário promovido pelos acordos constituídos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em que preveem o direito propriamente dito da audiência de custódia. (ADPF 347, 2015). Esse procedimento reduziria a superlotação das prisões, todavia, apresenta-se uma insistência de pensamento no Brasil que de uma forma sistemática a superlotação das residências penais tanto no tocante aos presos provisórios quanto a aqueles condenados a regimes fechados se direcionam a responsabilizar de forma exclusiva ao próprio poder judiciário pela própria situação calamitante, exclamando de forma geral que os magistrados apresentam uma postura em demasia a ação de prender e acabam soltando menos, estampando um alvo nas costas do judiciário. (NUCCI, 2018)

Nesse sentido, há de se ressalvar os números superestimados de indivíduos presos em sistema fechado, outro ponto também são os cálculos de indivíduos detidos que envolvem de forma errônea os registros desses em relação aos regimes de semiaberto e aberto, que contraria o próprio cálculo matemático. Ora, nesse sentido, quem se encontra num possível regime semiaberto como uma colônia penal agrícola ou industrial, de certa forma não está sujeito nesses parâmetros a nenhuma espécie de insalubridade ou superlotação. Outrora, destaca-se a própria inércia do poder executivo que é o responsável pela administração desses setores penais em que diversas colônias não há se quer uma didática de estudo, trabalho ou ressocialização, fato que as ditas colônias acabam por si transformar em casas de albergados que se qualificaria em um típico regime aberto. Desse modo, conclui-se que há a presença de um cálculo equivocado em que não transmuta na prática a contagem desses indivíduos que num cenário real por forças do sistema são deslocados do regime semiaberto para o aberto sem qualquer força judicial envolvida, assim ao juntar os sentenciados desses três tipos de regimes (fechado, semiaberto e aberto) como condenados ou presos no tipo de contagem analisada acaba por se tornar incoerente com propositura matemática. (NUCCI, 2018)

Nesse contexto, o quadro calamitante do sistema penitenciário não exclui a conduta de culpa do poder judiciário, mas o ponto em destaque é que no quesito de superlotação apontam uma espécie de alvo para o judiciário pela conduta inquisitória

de prisão. No entanto, há de se ressalvar que a administração e a qualificação de leis penais garantidoras são de responsabilidade do poder executivo e legislativo que se ausentam por razões já ditas. Portanto, compreende-se que o poder judiciário, mas propriamente os juízes que o compõe diante de um sistema processual penal ainda inquisitório se incrementam numa postura salvacionista no tocante a combater a segurança pública, em que juiz é responsável por julgar, sendo assim há uma postura por parte do poder judiciário que fomenta com o poder legislativo e executivo na construção de uma mentalidade contrária da lei de execução penal vigente, fragilizam a estrutura penitenciária e trabalham a personificação da calamidade prisional como uma vitória popular diante do descrédito que a sociedade construiu ao longo dos anos a despeito desse assunto. (NUCCI, 2014)

A cerca disso, a ADPF 347 buscou a decretação do Estado de coisas inconstitucional nas penitenciárias brasileiras, de forma a preencher a lacuna que o estado de exceção provoca na realidade das prisões brasileiras. Desta maneira, quando se decreta um Estado de coisas inconstitucional em uma nação o Estado é forçado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais violadas por suas constantes omissões. Além disso, a finalidade principal dessa decretação é a construção de soluções estruturais voltadas à superação desse quadro de violações, visto que, há um iminente distanciamento do texto constitucional solene e o efetivo gozo desses direitos no plano social. Desta forma, a arguição propõe uma série de medidas em seu provimento final e em sede de cautelar possuindo um efeito vinculante, pois cria um compromisso com todos os demais poderes públicos na busca de solucionar esse problema que assola o sistema prisional. (MELO, 2016)

Todavia, nem todas as medidas cautelares foram aprovadas pelo plenário em sede de julgamento, ou porque eram muito abrangentes ou muito difíceis de serem aplicadas, mas de forma geral as medidas cautelares propostas na arguição buscavam: a melhoria do sistema penitenciário, em que se desenvolvessem políticas públicas que diminuíssem a superlotação, que oferecesse condições de higiene, conforto, salubridade, assistência médica, segurança e alimentação adequada, eliminação de torturas e maus-tratos, entre outros pontos; o efetivo compromisso dos entes estatais na busca de solucionar tais problemas, em que os Estados e o Distrito Federal formulassem e apresentassem ao supremo planos próprios e em harmonia com o plano nacional, contendo metas específicas para a superação desse Estado de Coisas Inconstitucional; que as verbas do fundo penitenciário fossem liberadas, e que não houvesse nenhum contingenciamento; que o juiz de execução penal abrandasse os requisitos temporais para fruição de benefícios e direitos do preso, como progressão de regime e livramento condicional, e o tempo de prisão se constatado que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica. (ADPF 347, 2015)

Para finalizar o presente raciocínio, o que se constata é que diante de uma lacuna no quadro penitenciário presencia- se como supracitado uma problemática claramente conjuntural que se expande a partir dos três poderes e evidencia de maneira objetiva os argumentos que elaboram a necessidade de uma promoção da tese do Estado de Coisas Inconstitucional. Desse modo, se observa diante de uma fragilidade conjuntural do sistema penitenciário a necessidade de um mecanismo jurídico que

abrace essa tese e esteja disposto a preencher essas tais lacunas que o sistema caótico das prisões brasileiras está submetido, assim a partir de uma arguição que se direcionava a sanar os direitos violados, obteve-se com a propositura da ADPF 347 um possível caminho para que se rompesse o claro Estado de exceção nesse sistema carcerário e disponibilizasse a partir desse mecanismo jurídico um saneamento desse vício conjuntural e uma possível promoção de se tornar palpável o Estado democrático de direito na realidade prisional brasileira.

4. AS MEDIDAS CAUTELARES DEFERIDAS NA ADPF 347 FRENTE AO ESTADO DE EXCEÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

De certa forma, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional teve seu devido reconhecimento expresso pela sistemática constitucional brasileira durante a sessão que julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, realizada em setembro de 2015, em que o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente as medidas cautelares pelo autor da ação: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face a extrema crise prisional do país, tratando-se de uma problemática conjuntural dando teor fatídico as violações de direitos fundamentais no tocante a população carcerária. O autor da ação requereu variadas medidas cautelares, no entanto, se atentando à abrangência e à baixa aplicabilidade da maioria das medidas cautelares pleiteadas, o STF deferiu apenas três dessas, como consta abaixo:

Figura 1- Medidas cautelares requeridas e deferidas na ADPF 347

MEDIDAS CAUTELARES REQUERIDAS	MEDIDAS CAUTELARES DEFERIDAS
A) AOS JUIZES E TRIBUNAIS – MOTIVAÇAO EXPRESSA PELA NAO APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. B) AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – QUE REALIZEM, EM ATÉ 90 DIAS, AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.	B) QUE REALIZEM, EM ATE 90 DIAS, AUDIENCIAS DE CUSTODIA.
B) QUE REALIZEM, EM ATÉ 90 DIAS, AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.	H) À UNIÃO – QUE LIBERE AS VERBAS DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL.
C) QUE CONSIDEREM O QUADRO DRAMÁTICO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO MOMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS, NA APLICAÇÃO DA PENA E DURANTE A EXECUÇÃO PENAL.	C) *CAUTELAR* EX OFFICIO – DETERMINE À UNIÃO E AOS ESTADOS, E ESPECIFICAMENTE AO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE ENCAMINHEM AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INFORMAÇÕES SOBRE A SITUAÇÃO PRISIONAL.
D) QUE ESTABELEÇAM, QUANDO POSSÍVEL, PENAS ALTERNATIVAS À PRISÃO.	
E) QUE ABRANDEM OS REQUISITOS TEMPORAIS PARA A FRUIÇÃO DE BENEFÍCIOS DOS PRESOS, QUANDO AS CONDIÇÕES DE CUMPRIMENTO DA PENA FOREM SEVERAS.	
F) AO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL – QUE ABATA, DA PENA, O TEMPO DE PRISÃO, SE AS CONDIÇÕES DE CUMPRIMENTO FOREM MAIS SEVERAS DAQUELAS INICIALMENTE FIXADAS.	
G) AO CNJ – QUE COORDENE MUTIRÃO CARCERÁRIO.	
H) À UNIÃO – QUE LIBERE AS VERBAS DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL.	

Fonte: ADPF 347 (2015)

Nesse contexto, as ações requeridas pelo autor em sua grande maioria se dirigiam ao poder judiciário e aos seus órgãos, fato que levou o tribunal a rejeitar grande parte delas em virtude do temor a intervenção em assuntos ou temáticas dirigidas ao legislativo e ao executivo. (MAGALHÃES, 2019). Ora, neste caso apresenta-se um respeito ao princípio da tripartição dos poderes apesar de se tratar de uma problemática conjuntural que coloca em voga a tese da judicialização do supremo, em que se promove um impasse, haja vista que a solução no campo das ideias da problemática referida depende de uma concordância dos três poderes, contudo, o grande atuante responsável pela condução dessa harmonia, que é o poder judiciário, acaba por se colocar em uma posição de mandante de funções sujeita a opiniões politicas, que

se revigora numa caricatura salvacionista, distanciando a ideia de harmonia entre os poderes e alimentando o debate das intervenções entre poderes. (SUNDFELD, 2010)

Nesse sentido, o deferimento da medida cautelar que estipulava a prévia realização de audiência de custódia proporcionou um respectivo avanço em relação à proteção dos direitos obtidos aos indivíduos detidos em flagrante, porém é de se ressalvar que a medida cautelar proposta na ADPF 347 não foi a primeira a revelar interesse no tribunal sobre a temática em que já se havia manifestada a sua constitucionalidade e de certa forma sua obrigatoriedade na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.240 (20/08/2015), apontando a clara necessidade de uma adoção da audiência de apresentação direcionada aos tribunais do país em sua totalidade, assim, de certa forma essa medida cautelar sobre as audiências de custódia não promoveu uma espécie de inovação dentro da realidade prisional e do ordenamento jurídico. Em razão dessa medida, é notório que as audiências de custódia possuem um papel essencial na busca de garantir os direitos básicos de todo cidadão, no entanto a realização de audiências de custódia não surtirá efeitos em relação aos indivíduos já instalados na exceção vigente na realidade prisional, ou seja, elas funcionariam como uma forma de se prevenir à entrada de novas vítimas à população carcerária que sofre violações constantes e amplamente generalizadas. (MAGALHÃES, 2019)

Prosseguindo na análise das medidas cautelares deferidas em sede de julgamento da ADPF 347 temos a medida cautelar dirigida ao poder executivo visando o descontigenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Fupen), em relação a isso, os estados de Mato Grosso do Sul, Piauí, Alagoas, Goiás, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Ceará apresentaram petição afirmando não terem notícia da liberação de recursos do Fupen, em resposta a isto o poder executivo editou a medida provisória nº 755 (2016) que buscava a alteração da lei complementar que criou o Fupen (LC nº79/94) almejando a melhoria do sistema penitenciário brasileiro ao prever uma desburocratização do repasse dos recursos do Fupen aos Estados, visto que anteriormente as verbas eram repassadas através de convênios em que com a edição passaram a ser repassadas aos Estados, ao Distrito federal e aos municípios. Após a perda de eficácia da medida provisória nº 755 foi editada a medida provisória nº781 que possuía os mesmos paradigmas da MP passada, sendo convertida posteriormente na Lei nº 13.500/2017. (MAGALHÃES, 2019; BRASIL, 2016).

Desse modo, se observa como enfoque do fundo penitenciário uma execução, a partir dos anos de 2016 aos atuais, direcionada quase que exclusiva à atuação de criação de novas vagas em que se apresenta uma política que visa superar a crise de superlotação dos presídios tendo-se fundado numa transferência obrigatória desses fundos aos Estados, Distrito federal e municípios, como novos percentuais orçamentários, contudo é notório um mal conduzimento dessa verba, haja vista que tal verba ainda sofre de um déficit de repasse, em que os responsáveis pela administração dessa não se atentam a direcionar parte desses subsídios a outros meios que compõem essa crise prisional como: a manutenção estrutural das penitenciárias, a criação de políticas ressocializadoras aos detentos, e assim melhoramentos das condições de vida dos detentos, em que o executivo acaba se portando como um mal condutor dessa verba no tocante a solucionar a crise de superlotação exclusivamente com ação de criação de novos presídios e novas vagas, alimentando uma

sistemática de prisão compulsória que corrobora no fortalecimento do Estado de exceção que já reside na realidade penitenciária brasileira. (TCU, 2019)

Nessa perspectiva, no que concede a pragmática decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, teria como proposta de medida cautelar a determinação à União, por conseguinte os Estados, mas especificadamente o Estado de São Paulo devido as condições físicas, estruturais e de superlotação que afetam as penitenciárias paulistas, bem como a influência que as organizações criminosas possuem dentro desse Estado, em que nesse cenário é de suma importância para a própria conclusão dos autos o encaminhamento dos dados sobre a situação prisional ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, ficou incumbido ao poder executivo como um todo a destinar ao STF informações detalhadas sobre o sistema carcerário, em que com base na data em que foi expedida tal medida a União até os dias atuais se ausentou de seu cumprimento, em que tal descumprimento gera um bloqueio da liberação de recursos do Fupen ao Estado necessitado, haja vista que com a ausência de informações torna-se controverso a liberação de tal subsídio, tal imbróglio causou a necessidade do ministro Marco Aurélio a intimar a União para que informasse as devidas razões do descumprimento da medida supracitada. (MAGALHÃES, 2019)

Por fim, com a decisão arguida na ADPF 347 o STF veio a desempenhar um papel importante apesar de suas controvérsias, em que através de suas medidas almejaram no campo das ideias uma vazão ao tal litígio estrutural provocado no Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) cuja sua demonstração problemática se dar em três pressupostos: Uma situação de violação generalizada; uma incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas no tocante a fragilidade identificada das prisões; e uma superação das transgressões de forma a pressionar a atuação das autoridades politicas. Diante disso, apesar das medidas deferidas a de se analisar alguns bloqueios institucionais presentes nessa pauta como é o caso da impopularidade da temática que coloca em voga a não prioridade politica dos gastos públicos ao sistema prisional, visto que constituem socialmente uma minoria desprezada, outro ponto a se analisar seria os impasses parlamentares no que tange a esses indivíduos representarem uma camada significativa do senso comum assim como o executivo que vivem na sua trajetória política um impasse de decisão, haja vista que o plano de saneamento da crise prisional possui um amplo apelo negativo aos eleitores fato que impede a construção política de indivíduos que lutem pela causa e colocam em xeque não somente bloqueios institucionais, mas como também bloqueios políticos, facilitando a anomia e a inércia dos três poderes frente a calamidade carcerária. . (MAGALHÃES, 2019)

5. O IMBRÓGLIO DO ESTADO DE EXCEÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À PANDEMIA DO COVID-19.

A clara calamidade do sistema prisional brasileiro em suas bases estruturais e ideais acaba por se tornar uma espécie de projeto de exclusão de uma significativa parcela da sociedade considerada minoria, através de um sistema de abandono sistemático por parte do Estado. Outrossim, a condição de superlotação aliada as condições insalubres de higiene e porventura a circulação de ar propiciam dentro do sistema carcerário uma concentração altíssima das taxas de infecção e mortalidade

devido à contaminação da covid-19 no cenário nacional, haja vista que no que se refere ao cenário nacional o Estado continua com uma espécie de inércia mediante aos milhares casos de contaminação e óbitos no sistema prisional. (CORTEZ, 2020)

Diante disso, percebe-se que a problemática não se consiste somente no novo coronavírus dentro das penitenciárias, mas seu grau de potencialidade de proliferação em que no meio insalubre das penitenciárias consiste na existência de diversas outras doenças contagiosas que a bastante tempo fragilizam a população carcerária e por consequência os responsáveis pela gestão e estruturação das unidades prisionais, é cabível ressaltar os principais procedimentos que venham de certa forma a atenuar o grave risco da proliferação do novo coronavírus como: evitar aglomerações e o claro contato pessoal, higienização das mãos e dos espaços as quais as pessoas em volta possuem acesso, uma manutenção da ventilação do ambiente, um claro atendimento eficaz e imediato àqueles que possuem sintomas e obviamente o isolamento social, outrora dizer, que as orientações supracitadas representam um cenário quase que utópico no que se refere a população carcerária. (MELLO, 2020)

Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça em março de 2020 aprovou a recomendação nº 62 que busca dar orientações ao poder judiciário com o objetivo de evitar contaminações massivas do covid-19 dentro do sistema prisional brasileiro, a recomendação se estende aos indivíduos encarcerados que pertencem ao grupo de risco, que estejam em final de pena, que não tenham cometido crimes com violência ou grave ameaça e que não pertençam a organizações criminosas. (RECOMENDAÇÃO CNJ, 2020). Em contra partida, a recomendação não foi eficazmente seguida, pois segundo balanço divulgado pelo CNJ as prisões brasileiras registraram no início de junho de 2020 um aumento de 800% nos casos de infecção pelo novo coronavírus em relação a maio do mesmo ano, a cerca disso Shimizu defensor público do Estado de São Paulo e vice-presidente do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) em debate virtual em junho de 2020 informou que a defensoria havia identificado 35 mil casos de presos em São Paulo que se enquadrariam nos moldes sugeridos pela recomendação do CNJ, todavia apenas 700 desses foram atendidos, ou seja, apenas 2% dos presos que poderiam ir para prisão domiciliar em meio à pandemia se beneficiaram da medida. (BERTONI, 2020)

Nesse contexto, os pesquisadores do Centro de Estudos sobre Criminalidade e Segurança Pública (Crisp), da UFMG (2020), afirmam que o problema do sistema prisional do Brasil frente à pandemia do covid-19 poderia ser eufemizado se as prisões deixassem de abrigar presos provisórios, ou seja, aqueles que aguardam o julgamento, visto que, que as recomendações de combate ao covid-19 evidenciam a importância de se conter as superlotações, no entanto, a superlotação no sistema penitenciário é recorrente e estrutural, além disso, as pessoas suspeitas e confirmadas da contaminação do vírus devem fazer um isolamento ainda mais restrito e rigoroso, contudo exigir que presos suspeitos de ter o vírus sejam isolados, ou que mantenham distância de dois metros dos outros presos dentro da cela é claramente inconcebível, pois a realidade prisional conta com uma iminente e recorrente má estruturação, impossibilitando que sejam adotadas as medidas preventivas e de tratamento sugeridas pela Organização Mundial da Saúde. (RIGUEIRA, 2020)

Desse modo, no que se refere à fragilidade do sistema penitenciário, é necessário que se compreenda a seletividade penal que o Estado brasileiro, em meio a ausência de suas políticas legislativas e públicas, propiciam para a lacuna do Estado democrático de direito no tocante a população jovem, negra e pobre, que em sua maioria contribuem largamente para composição da estrutura prisional brasileira. Assim, é notório a percepção de um Estado de exceção alocado na população carcerária brasileira, em que por uma lógica social citada ao longo do artigo determinam uma espécie de rotulagem, visto que, a sociedade e o próprio sistema penal inquisidor aliam-se com a inércia estrutural dos três poderes e acabam por decretar ao indivíduo preso uma determinada pena de morte que se substancia numa omissão do estado garantidor deste, fato que em meio a uma pandemia da covid-19, doença viral contagiosa, evidencia ainda mais o abismo do Estado democrático de direito no tocante ao sistema prisional. (MELLO, 2020). Outrossim, politicas públicas que adentram essa temática encontram desafios, como é o caso de subsídios, que venham neste estado de emergência a atenuar uma crise prisional que é construída em cima do escopo da seletividade penal aliada a uma omissão massiva de seletividade sanitária.

Nesse interim, a situação pandêmica nos coloca em meio a um cenário inescapável, em que práticas de seletividade penal e sanitária podem corroborar numa ação genocida da população carcerária, sendo necessário a provocação de um debate no contexto político brasileiro a despeito de medidas que venham a viabilizar o desencarceramento ou até mesmo prevenir a estrutura prisional da contaminação, como: realizar a aproximação das secretárias de administração penitenciária para os gabinetes de crises sanitárias, comportando uma gestão do sistema prisional como serviço obrigatório, essencial e prioritário durante a pandemia; realizar a destinação imediata de recursos adicionais seja da FUPEN ou até mesmo de fonte estadual que irá propiciar a viabilização da compra de materiais de proteção individual, de limpeza e higiene pessoal, também se atentando a uma espécie de garantia da segurança alimentar; realizar um investimento na estrutura de saúde das unidades penitenciárias distribuindo por conseguinte insumos médicos, farmacêuticos e de mão de obra, ademais trazendo uma politica de capacitação aos próprios presos para que de certa forma atuem dentro do presídio como agentes de prevenção, tais termos se encontram alocados na politica nacional de atenção integral à saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP); disponibilizar meios de comunicação diverso entre os presos e seus familiares/advogados, seja por telefone público ou videoconferência; intensificar a política educativa dos familiares de indivíduos presos e sobretudo aqueles que venham a adentrar ao sistema prisional neste período. Dessa forma, é necessário que haja um critério por partes dos juízes que componham as varas de execução criminais ou por governos estaduais ou municipais a fim de que com algumas medidas pontuais, algumas já citadas, venham a reduzir os possíveis riscos de contaminação na seara prisional. (CORTEZ, 2020).

Em virtude dos fatos supracitados, é necessária a compreensão da extrema dificuldade de saneamento das condições estruturais e de superlotação das carceragens brasileiras, ao ponto que se alarga com as taxas de contaminação viral. A ideia de exclusão a esta minoria (população carcerária) tornou-se mais evidente e caótica nesta crise sanitária ao fato que as visões políticas de atenuação ao quadro prisional, que já eram reduzidas, perderam enfoque frente a uma campanha quase que exclu-

siva contra a disseminação do vírus, nos trazendo a falsa percepção que somente os indivíduos que não se encontram entre celas merecem atenção e cuidados. Tal direcionamento evidencia uma espécie de julgamento sanitário, em que somente alguns privilegiados merecem a empatia do Estado e o seu cuidado frente à pandemia, haja vista que essa postura coloca em xeque a eventual responsabilidade do Estado brasileiro frente à função de calamidade e desrespeito ao sistema interamericano de proteção aos Direitos humanos.

Nesse sentido, tal desrespeito provoca dentro das celas brasileiras rebeliões, ao ponto que segundo os levantamentos do Conselho Nacional do Ministério Público em média 31% das unidades penitenciárias não possuem nenhuma cobertura de saúde, e tudo isso se agrava quando que para 1 médico existem 687 presos, fato inferior a população que vive fora das celas que possuem 1 médico para 460 indivíduos, não por acaso que determinada situação tem gerado revoltas nos principais presídios do Brasil, tendo como enfoque nos estados de São Paulo, Pernambuco, Goiás e Amazonas que acabam por provocar outro imbróglio, o da segurança pública (CHADE, 2020). Neste caso, o Estado de exceção que afronta conjunturalmente as bases do sistema penal e prisional se estende devido à pandemia a um quadro de seletividade sanitária no tocante a empatia do Estado, e como toda ação gera uma reação, as rebeliões se comportam como um antígeno (agravante) frente a insegurança pública causada, em que nos parâmetros de políticas públicas atenuadoras tal corpo estranho de nada desencadeia aos olhos dos três poderes possíveis anticorpos (soluções) em meio ao cenário.

Por fim, é de suma importância compreender os impasses e as dificuldades de se propiciar uma solução para tal problemática, ao fato que não se trata somente em idealizar medidas atenuadoras, mas sim em tornar prático tal pensamento. Desse modo, é notório a taxatividade de irresponsabilidade aos três poderes frente ao quadro prisional, e em meio à pandemia a de se responsabilizar a crise regional de contaminação das celas aos chefes de governo ou do próprio poder executivo, porém como já discutido a clara pauta impopular aliada a uma ausência de representantes engajados nesta temática colocam em voga a cautelosa situação dos presídios. Destarte, a tomada de decisão dos representantes do poder executivo encontra outro empecilho, como é o caso dos governadores que enfrentam um dilema, visto que a calamidade do sistema penitenciário se alia ao vírus, este que vem a afetar a sociedade como um todo, necessitando uma qualificação das áreas médicas e uma distribuição dos aparelhos, sem ressaltar da necessidade de aumento de subsídios. Logo, o impasse paira na realidade, haja vista que escolher como direcionamento prioritário a qualificação dos presídios frente a esta crise pandêmica, além de arrancar descrédito popular, coloca ainda mais em xeque um sentimento de ódio por parte da população alimentando o poder da mídia de descontentamento, assim o imbróglio que o Estado de exceção se depara nas penitenciárias frente ao Covid-19 encontra empecilhos estruturais e de grande complexidade para se propor uma medida prática, realista e contínua que cause efeitos no cenário carcerário assolado com a dispersão do vírus.

5. CONCLUSÃO

Neste trabalho, objetivou-se primeiramente abordar a definição do Estado de ex-

ceção e sua presença no Estado Democrático de Direito e como este se apresenta na realidade do sistema penitenciário brasileiro. Seguindo o raciocínio, tratamos sobre as constantes violações aos direitos e garantias fundamentais dos privados de liberdade e a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, proposta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, ratificando desse modo, o nosso argumento de que a população carcerária vive em uma constante exceção. No mesmo capítulo, falamos sobre as funções desempenhadas pelos poderes tripartidos (executivo, legislativo e judiciário) e os efeitos do mau exercício dessas funções nas penitenciárias brasileiras. Em um terceiro momento, analisamos como as medidas cautelares propostas pela ADPF 347 vêm intervindo na crise que se configura nos presídios do Brasil. Nessa perspectiva, exemplificamos a clara omissão do poder público com a pandemia do novo corona vírus, a consequente calamidade vivenciada na atualidade pelos detentos e a presença de um sistema penal dotado de seletividade.

Tendo em vista o exposto, compreende-se que a realidade apresentada está relacionada ao Estado de exceção permanente que se agrava em virtude de um cenário pandêmico, sendo assim a partir de uma ineficácia de gestão do poder executivo é fundamental um comprometimento com a pauta de alocação de recursos públicos direcionada à estruturação dos presídios brasileiros e um planejamento de ressocialização que dever ser seguido de forma obrigatória e contínua pelas penitenciárias do Brasil, seguindo o raciocínio, a partir de um iminente afastamento da problemática carcerária como pauta de discussão nas câmaras legislativas, acaba por fomentar a criação de leis ineficazes com forte influência popular, desse modo, torna-se necessário uma provocação por parte dos legisladores em relação a discussão desta temática, tida como impopular, através de uma análise técnica e especializada da problemática, por último, o poder judiciário se enquadra em um cenário de leniência processual e partícipe da superlotação dos presídios, com o inchaço da máquina jurídica, em que se deve reservar a prisão para quem fundamentalmente a mereça, tendo como propósito a diminuição da superpopulação carcerária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. A Divina Comédia. Tradução: Eugênio Vinci De Moraes. Porto Alegre: L&pm Editores, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERTONI, Estevão. *O avanço da covid-19 nas prisões*. E a subnotificação de casos. Nexo jornaL 2020. Disponível em:<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/06/17/O-avan%C3%A7o-da-covid-19-nas-pris%C3%B5es.-E-a-subnotifica%C3%A7%C3%A3o-de-casos>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública. 243. ed. Brasília, DF, 20 dez. 2016.

BRASIL. Recomendação nº 62, de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Brasília, DF, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf.> Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665.> Acesso em: 5 de maio. 2020.

CAIXETA, Isadora Cronemberger. *Estado de Coisas Inconstitucional:* análise da ADPF 347 em face ao caos do sistema carcerário brasileiro. 2018. 49 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em:< https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12868.> Acesso em: 20 abr. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2019. 368 p.

CHADE, JAMIL. *Denúncia na ONU:* Pandemia aprofunda política genocida do governo em prisões. Noticias Uol, 2020. Disponível em:< https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/06/23/denuncia-na-onu-pandemia-aprofunda-politica-genocida-do-governo-em-prisoes.htm.> Acesso em: 17 jun. 2020.

CNJ e CNMP cobram uso correto do Funpen para conter epidemia em presídios. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/cnj-cnmp-cobram-uso-correto-funpen-conter-epidemia.> Acesso em: 23 maio 2020.
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Aprovado pela Comissão em 29 de setembro de 1997, durante o 97º Período Ordinário de Sessões [online]. Disponível em: < https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm.> Acesso em: 9 de maio de 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Controle de constitucionalidade e judicialização:* o STF frente à sociedade e aos Poderes/ Carlos Ari Sundfeld et al - Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Disponível em:<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/05-controle_de_constitucionalidade_e_judicializacao.pdf.> Acesso em: 13 jun.2020.

CORTEZ, Ana. *O colapso pela morte: o sistema prisional na pandemia*. Estadão, 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/o-colapso-pela-morte-o-sistema-prisional-na-pandemia/.> Acesso em: 15 jun.2020.

NUCCI, Guilherme. *De quem é a responsabilidade pela superlotação dos presídios brasileiros?*. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2018-mar-23/nucci-quem-responsabilidade-superlotacao-prisoes2.> Acesso em: 2 jun 2020

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

RIGUEIRA JR, Itamar. *Combate à pandemia nas penitenciárias depende de medidas que reduzam a superpopulação.* UFMG, 2020. Disponível em:< https://ufmg.br/comunicacao/noticias/combate-a-pandemia-nas-penitenciarias-depende-de-medidas-que-reduzam-a-superpopulacao.> Acesso em: 16 jun. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. Revista Direito GV, São Paulo, v.15, 2019.

MELLO, Kátia Sento Sé. *O sistema prisional brasileiro no contexto da pandemia de COVID-19.* UFRJ. br, 2020. Disponível em: <https://ufrj.br/noticia/2020/04/01/o-sistema-prisional-brasileiro-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19.> Acesso em: 15 jun. 2020.

MELO, Lianne Dantas de. *O Estado de coisas inconstitucional na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana no sistema prisional do Estado de Roraima.* 2016. 66 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2016. Disponível em: < http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=193:o-estado-de-coisas-inconstitucional-na-busca-da-efetivacao-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-sistema-prisional-do-estado-de-roraima-autora-lianne-dantas-de-melo-orientador-prof-msc-luiz-bruno-lisboa-de-braganca-ferro&id=18:2016-2&Itemid=314.> Acesso em: 15 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 446 p.

PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a Constituição Brasileira de 1988. In: ANDRADE, Jair; REDIN, Giuliana. Múltiplos Olhares sobre os Direitos Humanos. Passo Fundo: Editora IMED, 2008.

Repasses do fundo penitenciário são utilizados de forma ineficiente pelo sistema prisional. Tribunal de Contas da União, 2019. Disponível em:< https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/repasses-do-fundo-penitenciario-sao-utilizados-de-forma-ineficiente-pelo-sistema-prisional.htm.> Acesso em: 14 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao Estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro.* 2006. 174 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas- USP, São Paulo, 2007.

Artigo Científico

O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL E AS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DO SEU ABUSO

THE REGULAR EXERCISE OF THE RIGHT TO STRIKE IN BRAZIL AND THE RESPONSIBILITIES ARISING FROM ITS ABUSE

Milka Myrelle Vieira Ramos*
Beatriz Siqueira Coutinho Suassuna**

Resumo: O direito de greve, após percorrer um longo percurso histórico de freios, recuos e até criminalizações durante o período civil-ditatorial brasileiro, finalmente foi positivado pela Constituição Federal de 1988, sendo alçado à categoria de direito fundamental. Ainda que também previsto em legislação infraconstitucional, o direito de greve não é absoluto, sendo essencial, portanto, a análise de como este instituto deve ser exercido para que configure-se legítimo e regular e, consequentemente, não incorra em um abuso de direito. Com este propósito, o presente artigo também examinará, por conseguinte, as hipóteses em que seu exercício abusivo adentra nas responsabilidades cíveis, penais e trabalhistas.

Palavras-chave: Direito de greve. Exercício regular. Abuso de direito.

Abstract: *The right to strike, after going through a long historical course of brakes, setbacks and even criminalizations during the Brazilian civil-dictatorial period, was finally made positive by the Federal Constitution of 1988, being raised to the category of fundamental right. Although also provided in infraconstitutional legislation, the right to strike is not absolute, therefore it is essential to analyze how this institute should be exercised so that it is legitimate and regular and, consequently, does not incur an abuse of rights. For this purpose, this article will also examine, therefore, the hypotheses in which its abusive exercise enters civil, criminal and labor responsibilities.*

Keywords: *Right to strike. Regular exercise. Abuse of rights.*

* Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Estadual da Paraíba, PIBIC/UEPB/CNPq.
Email: milkamyrelle01@gmail.com;
** Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Bolsista de Iniciação Científica na Universidade Estadual da Paraíba, PIBIC/UEPB/CNPq.
Email: beatrizsiqueiracoutinho@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a doutrina, o vocábulo "greve" possui origem francesa e data do final do século XVIII, remetendo a uma praça parisiense, na qual os operários se reuniam para realizar manifestações quando paralisavam seus serviços (NASCIMENTO, 2014). Assim, segundo Nascimento, a greve consiste em "um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como autodefesa" (Ibidem, p. 1.075, 2014). O ordenamento jurídico brasileiro permite a autotutela como forma de solução de conflitos apenas excepcionalmente, entretanto, nas relações de emprego, a greve, como um de seus mecanismos, faz-se essencial, haja vista que o empregado detém poucos meios legítimos e eficazes para negociar com o empregador, por este último encontrar-se hierárquica e economicamente superior.

Conquistado e aprimorado gradualmente, o direito de greve passou por freios, recuos - e até criminalizações durante os períodos autoritários - e expansões durante as épocas democráticas da história. No Brasil, foi só a partir da Constituição Federal de 1988 que o instituto da greve passou a ser considerado um direito fundamental, pois, anteriormente, sempre foi tratado como ameaça à ordem econômica e social, sendo objeto de restrições e limitações.

O direito de greve encontra-se respaldado não somente pela Carta Magna, mas também em lei específica, a saber, a lei 7.783 de 1989 e em diplomas normativos, como a Consolidação de Leis Trabalhistas, de 1943. Entretanto, ainda que conte com garantias e previsões legais, o direito à greve, como qualquer outro, não é absoluto, encontrando limitações frente a outros direitos também protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, o presente artigo buscará analisar como o direito à greve deverá ser exercido pelos empregados para que seja considerado legítimo e regular. Em contrapartida, verificará as hipóteses em que, quando não observados os requisitos legais, o direito configura-se abusivo, adentrando, consequentemente, no campo das responsabilidades cíveis, penais e trabalhistas, as quais surgem no momento em que as greves tornam-se meios abusivos de obtenção de vantagens, lesando e violando outros direitos.

Em relação à metodologia, de acordo com Lehfeld (1991), a pesquisa trata do "procedimento sistemático e intensivo, que tem por objetivo descobrir e interpretar os fatos que estão inseridos em uma determinada realidade" (*apud* GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 31). Assim, a metodologia científica empregada no presente estudo, quanto ao seu objetivo, foi a da pesquisa exploratória, que busca familiarizar o pesquisador com o problema, a fim de explicitá-lo ou de possibilitar a construção de hipóteses (GIL, 2007), através, principalmente, do levantamento bibliográfico dos posicionamentos doutrinários mais relevantes no âmbito jurídico-trabalhista.

Em relação ao procedimento, adotou-se a pesquisa bibliográfica, que, segundo Fonseca (2002, p. 32), objetiva "recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta". Deste modo, foi imprescindível a análise de referências teóricas já existentes acerca da temática do direito de greve, sua importância e desdobramentos no direito brasileiro, a partir de livros,

artigos científicos, etc., seja por meios escritos, seja por meios eletrônicos.

2. O DIREITO DE GREVE NA LEI BRASILEIRA

Em todos os períodos da história, observou-se a presença de movimentos de reivindicações sociais, ainda que com diferentes finalidades, fosse de caráter político ou profissional. Quanto ao fenômeno da greve, em si, há certa discordância na doutrina em relação às suas primeiras ocorrências. Por um lado, há quem argumente que a greve remonta à diversos episódios da Antiguidade, perpassando desde o Egito e a Roma Antiga, até ganhar importante significado a partir da Revolução Industrial, contribuindo, inclusive, para a construção da base do Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2014). Em contrapartida, há doutrina que entende que as revoltas existentes nos primórdios não referem-se à greve como entendemos hoje, "porque ausente a liberdade de trabalho e por vezes sequer reconhecida a qualidade de pessoa ao trabalhador, não há como se cogitar do direito de greve." (SOUSA, 2012, p. 315).

À vista da grande repercussão que as reações dos trabalhadores causavam, fosse às precárias condições de trabalho ou também por influência das novas ideologias políticas que ganhavam força à época, as greves passaram a ser criminalizadas por alguns ordenamentos jurídicos. Em outros, por sua vez, e aos poucos, foram reconhecidas como um direito do trabalhador. Nesse sentido, descreve Alice Monteiro de Barros:

> Pelo que se pode constatar, a greve passou pela fase da proibição, com uma dupla qualificação: ilícito civil, cuja consequência era a resolução contratual, e ilícito penal, reprimida como delito. Numa etapa seguinte, a greve deixa de constituir ilícito penal e continua como ilícito civil; é a fase da tolerância. Finalmente, a greve passa a ser reconhecida como um direito, inclusive no plano constitucional, vista como forma de legítima defesa dos trabalhadores, visando a constranger o empregador a acatar suas reivindicações (BARROS, 2008, p. 1.294).

No Brasil, a greve, da mesma forma que o Direito do Trabalho, está associada ao momento em que reconheceu-se a relação de emprego como um vínculo jurídico essencial no sistema econômico-social do país, isto é, a partir da extinção da escravatura, em 1888 (DELGADO, 2019). Consequentemente, foi possível que o ramo trabalhista germinasse juntamente com seus institutos. A temática foi trazida pela primeira vez no Código Penal de 1890, como um ilícito criminal, e, na Carta Magna, apenas a partir da Constituição Federal de 1937, sendo considerada uma conduta antissocial, prejudicial ao trabalho e incompatível com os interesses do capital nacional (BRASIL, 1937). Essa criminalização se estendeu por vários outros diplomas legais, à exemplo da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 431/38), do Código Penal de 1940 e até da própria CLT, de 1943, no seu art. 723, o qual foi posteriormente revogado.

O movimento paredista, como também é denominado pela doutrina, só foi reconhecido como um direito, efetivamente, com a Constituição Federal de 1946, que

admitiu seu exercício apenas em atividades acessórias. Da mesma forma, a Constituição de 1967, da época da ditadura militar, reconheceu o direito, proibindo-o, porém, nos serviços públicos e atividades essenciais. Segundo Melo (2016, p. 4), havia tantas restrições que, "na prática, tornava-se impossível o seu exercício ser considerado legal", havendo, ainda, intervenção do governo em aproximadamente 2.000 sindicatos, além de cassações, prisões e exílios (MELO, 2016).

Torna-se evidente, ao fim desta breve retrospectiva que, até então, o direito de greve não era plenamente assegurado e sua proibição ainda menos obedecida pela classe sindical, haja vista as inúmeras e expressivas greves observadas a partir da década de 70 no país. Destarte, foi só a partir da Constituição de 1988 que a situação mudou. Trata-se, de acordo com Delgado (2019, p. 1.728), "do primeiro e único instante no Brasil em que o instituto da greve ganhou o status jurídico de direito constitucional fundamental de caráter coletivo".

Assim, a greve passou a ser permitida em sentido amplo, no art. 9ª - "é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender" (BRASIL, 1988) -, apenas com exceção dos militares. No mesmo sentido, o direito de greve também é assegurado pelo art. 37, inc. VII, que dispôs que "[...] será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica" (Ibidem, 1988). Porém, a devida regulamentação da matéria apenas se deu com a Lei n. 7.783/89, conhecida como a Lei de Greve, que disciplinou seu exercício nas atividades privadas e essenciais e que definiu-lhe, no art. 2º, como a "suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador" (BRASIL, 1989).

Finalmente, o direito de greve estabeleceu-se, portanto, como um direito fundamental de caráter coletivo, fruto da autonomia privada coletiva característica de uma democracia e como um mecanismo essencial na defesa da parte hipossuficiente da relação empregatícia. Nessa perspectiva, estabeleceu José Afonso da Silva:

> A greve não é um simples direito fundamental dos trabalhadores, mas um direito fundamental de natureza instrumental e desse modo se insere no conceito de garantia constitucional, porque funciona como meio posto pela Constituição à disposição dos trabalhadores, não como bem aferível em si, mas como um recurso de última instância para a concretização de seus direitos e interesses (SILVA, 1989, p. 269).

Hoje, os movimentos paredistas continuam sendo fortemente utilizados como instrumento de reivindicação por melhorias trabalhistas, de contestação em casos de impasses em negociações e acordos coletivos e, principalmente pela manutenção de direitos conquistados no passado, os quais vêm sendo intensamente ameaçados nos últimos tempos.

2.1 O EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE GREVE

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito de greve obteve uma extensão e um respaldo nunca tido antes, garantindo maior liberdade aos empregados. Preleciona, assim, o art. 9º da Carta Magna que:

> Art. 9º - É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.
> § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (BRASIL, 1988).

Neste diapasão, o direito de greve conquistou o patamar de direito fundamental, decorrente da liberdade de trabalho (art. 5º, XIII, CF), da liberdade associativa e sindical (art. 5º, XVII a XXI e art. 8º, *caput* e V, CF) e da autonomia dos sindicatos (art. 8º, I, CF). Ademais, deriva também da desigualdade na relação entre empregador e empregado, por este encontrar-se em uma posição inferior, já que apresenta-se como a parte hipossuficiente nas relações de emprego. Ainda que este conceito tenha sido mitigado pela Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), impossível é de negarem-se os fatos.

Entretanto, apesar de ser um direito garantido constitucionalmente, e fundamental quanto à sua matéria, não é absoluto, como mencionado anteriormente, não podendo, assim, sobressair-se em relação aos demais direitos também assegurados pelo diploma constitucional. Por estas razões, a Lei de Greve dispõe sobre o seu exercício, estabelecendo determinados requisitos que devem ser observados pelos grevistas e pelos respectivos sindicatos quando na formação de uma greve. A observância de tais requisitos garante o exercício regular, ao passo que, obviamente, sua inobservância caracteriza a irregularidade do exercício do direito de greve no Brasil.

Segundo Nascimento (2014), o direito de greve encontra limitações no que diz respeito às pessoas, aos fins, ao momento e a forma da greve. Em primeiro lugar, as pessoas que estão impedidas de realizarem greve são os servidores públicos militares. Quanto aos servidores públicos civis, em contrapartida, não há vedação, mas aqueles que prestam serviços ou atividades essenciais, estabelecidas no art. 10 da Lei 7.783/89, exercem o direito de greve sob condição. Em relação à limitação quanto aos fins, preceitua Nascimento (2014, p. 1081) que "a motivação da greve é confiada aos próprios trabalhadores, cabendo-lhes definir a oportunidade e os interesses a defender pelo exercício do direito de greve". Já a limitação quanto ao momento, diz respeito ao fato de que não poderá ser deflagrada a greve na vigência de acordo ou convenção coletiva. Por fim, a limitação quanto à forma, trata-se de que, por ser a greve um ato jurídico, e não apenas um fato, deverá submeter-se, como já dito anteriormente, à observância dos requisitos legais.

Neste liame, do art. 14, *caput*, da Lei 7.783/89, depreende-se que o descumprimento dos requisitos legais não legitima o exercício do direito de greve, configurando, então, seu abuso. Preleciona o referido dispositivo que:

> Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho (BRASIL, 1989).

Inicialmente, o primeiro requisito legal tratado pela lei consiste na tentativa de negociação anterior à greve entre o empregado e o empregador, a qual trata-se de ato obrigatório nos moldes do art. 3° da Lei de Greve, que determina que "frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho" (BRASIL, 1989). Deste modo, não é permitido o início de qualquer greve se não constatada a frustração da negociação. Isto, pois a greve não representa um fim em si mesmo, mas um meio utilizado pelos empregados para obtenção de melhorias trabalhistas e cumprimento do contrato de trabalho por parte do empregador, assim, servirá a greve para reabrir uma negociação coletiva que já esteja impossibilitada.

Outro requisito legal disposto na referida lei, refere-se à deliberação em Assembleia, prevista em seu art. 4°: "Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços" (BRASIL, 1989). Portanto, somente se frustrada a negociação é que deverá ser convocada a Assembleia Geral, a qual, por sua vez, necessitará ter sido convocada para este fim, e não qualquer outro. Segundo o art. 4, §1°, o estatuto da entidade sindical deverá atentar-se ao cumprimento de quórum mínimo para deliberação, tanto da deflagração, quanto da cessação da greve. Ainda prevê o §2°, que "na falta de entidade sindical, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no "*caput*", constituindo comissão de negociação" (BRASIL, 1989). Esta entidade sindical ou comissão eleita representará o interesse dos trabalhadores junto a Justiça do Trabalho, conforme prescrito pelo art. 5°.

Após a deliberação da assembleia geral sobre a deflagração da greve, um próximo passo deverá ser cumprido pelos trabalhadores para exercerem o direito de greve de forma regular. Consiste no aviso prévio, primeiramente preceituado pelo art. 3°, parágrafo único da supracitada lei: "a entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 horas, da paralisação" (BRASIL,1989). Dessa forma, antes de iniciada a greve, deverá esta ser devidamente comunicada ao empregador, para que este não seja surpreendido e possa tomar as providências que entender necessárias.

Por sua vez, o art. 13 prescreve que "na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 horas da paralisação" (BRASIL, 1989). Neste caso, trata-se de greve relacionada

a empregados que prestam serviços ou atividades essenciais, como, por exemplo, assistência médica e hospitalar, pois, devido às peculiaridades e necessidades dos serviços, deverá a comunicação ser feita com uma antecedência mínima maior que as atividades comuns. Em ambos os casos, a comunicação poderá ser feita através de qualquer meio legal, mas, como trata-se de um aviso prévio, recomenda-se que seja feito por escrito, para segurança dos interessados.

Ainda no constante aos serviços ou atividades essenciais, o art. 11 da lei em questão dispõe que "nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" (BRASIL, 1989). Outrossim, o parágrafo único do referido artigo conceitua serviços e atividades essenciais como sendo aqueles que, se não forem atendidos, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. Desta maneira, o direito de greve fica restrito às emergências da comunidade, por serem estas matérias de interesse público e essenciais à garantia de outros direitos difusos.

Nesse sentido caminha a jurisprudência:

> DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ENTIDADE SINDICAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA. Embora exista a possibilidade de se deferir à pessoa jurídica o benefício da Justiça gratuita, faz-se necessária a devida comprovação de incapacidade financeira. Ao contrário do que ocorre com a pessoa física, não é suficiente a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo. O impedimento de arcar com essas despesas deve ser cabalmente demonstrado, o que não ocorreu na hipótese *sub judice*. Indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita. Rejeita-se a preliminar. **GREVE . ATIVIDADES ESSENCIAIS. INOBSERVÂNCIA DA LEI 7.783/89. ABUSIVIDADE DA GREVE.** Greve é o instrumento de pressão, de natureza constitucional, exercida pela categoria profissional, a fim de obter da categoria econômica a satisfação dos interesses dos trabalhadores, aos quais compete "decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender" (art. 9º da CF/88). **Não obstante a amplitude constitucionalmente conferida ao direito de greve, a lei maior estabelece diretrizes limitadoras ao seu exercício, e remete à legislação infraconstitucional a definição dos serviços ou atividades essenciais, o disciplinamento sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, bem como a responsabilização pelos abusos cometidos. A lei define o exercício do direito de greve como a "suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador" (art. 2º da Lei nº 7.783/89) e estabelece, entre outros requisitos, que, em razão do caráter essencial da atividade do transporte**

coletivo (art. 10, V, da Lei nº 7.783/93), os atores sociais envolvidos no conflito - sindicatos, empregadores e trabalhadores - são obrigados, de mútuo consenso, "a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade." (art. 11 da Lei nº 7.783/93). Em outras oportunidades, esta SDC já se pronunciou no sentido de que o boletim de ocorrência policial, normalmente elaborado unilateralmente, é passível de rejeição como forma de comprovação da realização da greve e demais eventos relacionados ao movimento paredista. No entanto, no caso ora analisado, além do boletim de ocorrência, existem outros aspectos que devem ser considerados para firmar o entendimento com relação à existência ou não da paralisação. Constata-se que a ata da audiência de conciliação, datada de 23/5/2018, registra o ajuizamento de uma série de dissídios coletivos de greve contra o sindicato recorrente, todos em razão de suposto movimento paredista realizado no âmbito das diversas empresas de transporte urbano da cidade de Manaus. E, embora trate de dissídio coletivo de greve, observa-se que na citada ata de audiência não há registro de manifestação sobre a inexistência do movimento paredista. Na audiência de conciliação subsequente, realizada em 17/8/2018, houve a oitiva de testemunhas, cujos depoimentos corroboraram para o convencimento da Corte regional de que ocorreu a paralisação. No caso de dissídio coletivo de greve, esta SDC tem adotado posicionamento no sentido de prestigiar as decisões das Cortes regionais, mormente no que toca às questões probatórias, em razão da proximidade daqueles órgãos trabalhistas em relação ao cenário do conflito coletivo, o que, obviamente, permite a melhor compreensão da demanda e o aferimento dos atos e dos movimentos relacionados ao conflito coletivo. Por sua vez, o ordenamento processual vigente no país permite que o julgador reconheça os fatos notórios, sem a necessidade de prova. ("Não dependem de prova os fatos: I – notórios; (...)" – art. 374 do CPC). A lei adjetiva também autoriza que o julgador fundamente a sua decisão aplicando as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 375, CPC). Todo esse cenário conduz ao convencimento de que houve greve no dia 21/6/2017, embora parcial e de curta duração. **Acrescente-se que não há dúvida de que os trabalhadores da empresa de transporte coletivo Viação São Pedro Ltda. paralisaram as suas atividades sem a devida comunicação prévia aos empresários e à comunidade. Conforme estabelece a Lei de Greve, em atividades consideradas essenciais, como no caso em comento, é abusiva a greve que ocorre sem que tenha havido a prévia comunicação dos suscitantes e dos usuários do serviço, com antecedência de 72 horas. Ressalte-se que por mais justos que possam ser os motivos da paralisação, isso não retira a obrigatoriedade da observância da Lei de Greve. Nessa condição,**

> **forçoso reconhecer a abusividade da greve, ante a inobservância dos requisitos formais previstos na Lei nº 7.783/89. Portanto, nesse tema, deve ser mantida a decisão do regional. Recurso ordinário a que se nega provimento, nesse aspecto. IMPOSIÇÃO DE MULTA EM RAZÃO DO MERO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE. FALTA DE AMPARO LEGAL. NÃO CABIMENTO. No caso dos autos, a greve foi considerada abusiva, ante a inobservância de requisito formal previsto na Lei nº 7.783/89** (falta de aviso prévio). No que toca à multa imposta, constata-se que a Corte regional aplicou a sanção pecuniária ao suscitado (ora recorrente) em razão da abusividade do movimento. Destaque-se que, na decisão recorrida, não há alusão sobre o descumprimento de ordem liminar. Com efeito, não existe amparo legal para a cominação de multa em razão do mero exercício do direito de greve. Eventual responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, deve ser apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal (art. 15 da Lei de Greve). Efetivamente, viola o direito constitucional dos trabalhadores a aplicação de multa a título pedagógico apenas em razão da deflagração de greve. Portanto, deve ser reformada a decisão recorrida quanto à cominação da multa. Dá-se provimento parcial ao recurso ordinário, para excluir a condenação ao pagamento da multa. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Prevalece nesta Corte o entendimento de que no contexto do dissídio coletivo não cabe condenação em honorários advocatícios para nenhuma das partes (suscitante e suscitados). Dá-se provimento ao recurso ordinário para excluir da decisão a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (TST - RO: 2917620175110000, Relator: KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA, Data de Julgamento: 10/06/2019, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 18/06/2019) (grifos nossos)

O art. 9° da Lei de Greve, por seu turno, trata da hipótese em que a empresa, em virtude da atividade desenvolvida, não poderá ter suas atividades totalmente paralisadas:

> Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento (BRASIL, 1989).

Neste caso, como ressaltado por Romar (2018), há uma ponderação de interes-

ses: de um lado o direito à greve, do outro, o direito à propriedade, ambos fundamentais e resguardados pela Constituição. Neste sentido, o parágrafo único do mesmo artigo, prevê a possibilidade de, quando não houver acordo entre empregador e empregado ou entidade sindical, poderá o primeiro, enquanto perdurar a greve, contratar diretamente os serviços necessários.

Preceitua, ainda, o art. 2° da Lei 7.783/89 que "considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador" (BRASIL, 1989). Portanto, para a greve ser legítima, deverá ser temporária, levado apenas o tempo necessário para a solução do conflito entre empregado e empregador. Cessado este, deverá ser retomada às atividades pelos empregados. Deverá ainda ser pacífica, ou seja, não poderá haver depreciação de estabelecimento empresarial ou tampouco impedir terceiros, que não aderiram à greve, de desenvolverem suas atividades comuns, afinal, juntamente com os direitos, vêm os deveres.

É importante destacar, por fim, que, em contrapartida à série de deveres elencados na Lei de Greve, há também a previsão legal no tocante aos direitos que têm os grevistas, em complementação aos demais já postos pela Carta Magna. Neste sentido, o art. 6°, *caput* e *incisos* da referida lei, garantem, dentre outros direitos, "o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento" (BRASIL, 1989).

2.2 RESPONSABILIDADES ADVINDAS DO EXERCÍCIO IRREGULAR DO DIREITO DE GREVE

É cediço que o direito de greve, reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como uma das primeiras garantias fundamentais do trabalhador, representou uma importante conquista. Entretanto, não constitui-se como um direito absoluto, como já mencionado, pelo contrário, encontra limites no próprio ordenamento jurídico e, assim, dos excessos do seu exercício decorrem responsabilidades para o responsável, de acordo com o art. 9.º, § 2.º, CF/1988, podendo ser de natureza trabalhista, penal e/ou civil, a depender do caso concreto, como dispõe o art. 15 da Lei n. 7.783/89:

> Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.
> Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito (BRASIL, 1989).

Como exposto no tópico anterior, o exercício regular do direito é caracterizado a partir da observância de determinados requisitos legais, não configurando, por si só, motivo para punição, apesar de que "mesmo na greve lícita o trabalhador assume riscos, sendo o principal deles o corte do salário. O efeito normal da greve, repita-se, é a suspensão contratual" (RESENDE, 2014, p. 1368). O intuito de tal responsabiliza-

ção não é impossibilitar a greve, mas sim, estabelecer o devido equilíbrio entre seu exercício e a disciplina e pacificidade necessárias. Nesse sentido:

> **GREVE. NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A SUA REALIZAÇÃO.** AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PARALISAÇÃO. ABUSIVIDADE. A Constituição da República assegura o direito de greve, remetendo à legislação infraconstitucional a definição dos serviços ou atividades essenciais, bem como o disciplinamento sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (artigo 9º, § 1º, da CR/88), e ainda a forma de realização de greve nas atividades tidas como comuns, como no caso destes autos. **Vale dizer, mesmo que não se cuide de atividade essencial, é da essência do exercício do direito a observância dos requisitos que devem ser observados para sua realização.**Tem-se que o art. 14 da Lei de Greve estabelece, de forma categórica, que:"Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho". **É abusivo o direito de greve exercido sem a observância das normas inseridas na Lei 7.783/89, tanto em relação a seus requisitos formais quanto aos materiais.** No caso em exame, não houve justa causa para a realização do movimento paredista, e houve flagrante descumprimento da legislação de regência, que é de ordem imperativa, o que leva à declaração de abusividade do movimento para todos os fins efeitos de lei. (TRT-3 – DCG: 0011369-55.2018.5.03.0000, Relator: JOÃO BOSCO PINTO LARA, Seção de Dissídios Coletivos) (grifos nossos)

Dessa forma, e em primeiro lugar, a responsabilidade, no campo trabalhista, pela prática de atos ilícitos pode ocasionar punições aos trabalhadores, como advertências, dispensa por justa causa e suspensões disciplinares, sendo imprescindível para sua punição a "prática comprovada de ato individual do trabalhador, como ofensas físicas ou à honra do empregador ou de terceiros, danos dolosos causados ao empregador, mau procedimento" (MELO, 2016, p. 22), dentre outras condutas, assim como também deve-se observar o devido procedimento disposto no ordenamento. De acordo com o art. 853 da CLT, por exemplo, tratando-se de dirigente sindical, a sua dispensa só poderá ocorrer a partir da instauração de inquérito judicial para que apure-se a falta grave perante a Justiça do Trabalho. A respeito da responsabilização trabalhista decorrente de prática ilícita, colhe-se o seguinte aresto:

> JUSTA CAUSA. RECONHECIMENTO. ABUSO DO DIREITO DE GREVE. BLOQUEIO DAS VIAS DE ACESSO. INFRINGÊNCIA AO ART. 6º, § 3º, DA LEI Nº 7.783/1989.Provado nos autos que o empregado agiu de forma abusiva no exercício do direito de greve ao atravessar o carro forte que dirigia no portão da empresa, impedindo a saída dos demais, em ato isolado que não representava o

> interesse dos demais motoristas. Tal conduta causou transtorno ao serviço, colocando em risco a credibilidade da empresa perante os clientes e a segurança patrimonial destes que, por contrato, era obrigada a garantir. Além disso, violou o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 7.783/1989, que veda este tipo de ação. Em tais circunstâncias, o rompimento do contrato de trabalho por justa causa é autorizado ante a gravidade do ato faltoso. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT-11 – RO: 00014097020165110017, Relator: FRANCISCA RITA ALENCAR ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 22/01/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/01/2019) (grifos nossos)

Por outro lado, a responsabilidade civil, respaldada pelos arts. 186, 187, 188 e 927 do Código Civil, pode ser ocasionada, por exemplo, nos casos em que os trabalhadores, os sindicatos ou terceiros, no decorrer da paralisação, agirem de forma violenta a fim de constranger pessoas ou instigar outros trabalhadores para aderir à greve, ou provocarem danos à propriedade alheia, à população ou ainda quando agirem tentando impedir que os trabalhadores que não aderiram à greve exerçam seu labor, gerando, assim, a obrigação de indenização por danos materiais e/ou morais para com aqueles que forem lesionados. Deve-se observar, entretanto, a presença dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade subjetiva: ato ilícito, culpa, dano e nexo causal. Assim posiciona-se a jurisprudência:

> **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ABUSOS COMETIDOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE.** O direito de greve não é absoluto, encontrando limitações na Constituição da República. A propósito, o art. 5º, *caput*, assegura o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. **As manifestações e os atos de persuasão utilizados pelos grevistas não podem impedir o acesso ao local de trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa. Os abusos cometidos durante o movimento paredista promovido pelo sindicato, violando o direito de ir e vir ao local de trabalho, geram indenização por dano moral.** (TRT-12 – RO: 03317200803712857 SC 03317-2008-037-12-85-7, Relator: LOURDES DREYER, Data de Julgamento: 08/09/2010, 2ª Turma, Data de Publicação: 13/09/2010) (grifos nossos)

> RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EXPLOSÃO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO EM PESCOÇO DE CIDADÃO QUE SE ENCONTRAVA EM VIA PÚBLICA ENQUANTO OCORRIA MANIFESTAÇÃO GREVISTA DE SINDICATO. ARTEFATO EXPLOSIVO ORIGINÁRIO DO MOVIMENTO PAREDISTA. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS. **RESPONSABILIDADE CIVIL DE SINDICATO POR DANOS DECORRENTES DE MANIFESTAÇÕES EM VIAS PÚBLICAS.** PERDA PERMANENTE DE FUNÇÃO AUDITIVA DA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL DO ICRIM. **DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO.** PROVIMENTO. I - No dia do evento danoso

(26.05.2009), o sindicato realizou movimento grevista, o qual inclusive foi "marcado por confrontos entre grevistas e policiais militares", enquanto a vítima sofreu lesões permanentes decorrentes de explosão de rojão soltado na greve por quem dela participava sob a gestão do sindicato apelado, tanto que, conforme bem pontuado pelo juízo a quo, a prova testemunhal confirmou "ter havido a manifestação do sindicato, ora réu, e que o foguete teria vindo da direção da manifestação"; II - jurídico se afigura concluir que, **fazendo uso de artefatos explosivos em manifestação grevista, como inclusive sói ocorrer em greves (com vistas a chamar a atenção da sociedade), o sindicato que comanda o movimento paredista possui responsabilidade civil e obrigação de indenizar por omissão em caso de conduta comissiva culposa de seus participantes que, no uso indevido (por imprudência ou imperícia) de tais foguetes, cause danos efetivos a outrem, como in casu ocorreu com a vítima, pessoa idosa, que teve um rojão explodido em seu pescoço, causando-lhe debilidade permanente da função auditiva, perfurações na membrana timpânica, perda auditiva severa na orelha esquerda e rebaixamento auditivo na orelha direita;** III- para configuração da responsabilidade civil, a lei civil exige o ato, o dano e o nexo de causalidade, explicitando que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, assim como aquele que, no exercício de um direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou bons costumes (abusando do direito de que é titular); IV - não há dúvidas de que o fato jurídico da explosão de foguete no pescoço do apelante pode ser imputável ao sindicado de cuja manifestação grevista o rojão foi lançado, afinal, decorreu de atividade realizada no interesse da entidade; V - **diante da responsabilização, indiscutível é o cabimento da indenização pelos danos morais amargados pelo autor que, à época dos fatos (maio/2009), já idoso mas em plena atividade laborativa, sofreu, abrupta e violentamente, debilidade permanente da função auditiva, em decorrência da explosão do foguete advindo da manifestação grevista do sindicato/apelado,** donde se conclui serem re in ipsa dos danos extrapatrimoniais e desnecessária fundamentação extensiva a respeito; VI - apelação provida. (ApCiv 0059882019, Rel. Desembargador(a) CLEONES CARVALHO CUNHA, TERCEIRA C MARA CÍVEL, julgado em 22/08/2019 , DJe 03/09/2019) (grifos nossos)

Já no âmbito penal, como visto anteriormente, o exercício da greve, em si, não é mais tratado como ilícito penal no nosso ordenamento. A responsabilização só ocorre quando, como é da natureza dos delitos em sua totalidade, os grevistas - ou o sindicato - agirem de forma contrária às leis, agredindo os bens jurídicos por elas tutelados, a exemplo dos casos em que se observem agressões físicas e verbais

que lesionem a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou quando verificar-se crime de dano, incitação à violência, etc. A saber, o Código Penal, nos seus arts. 197 e seguintes, versa acerca dos crimes contra a organização do trabalho, incluindo, por exemplo, o atentado contra a liberdade de associação (art. 199), a paralisação do trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem (art. 200) e paralisação de trabalho de interesse coletivo (art. 201). Entretanto, no tocante à competência, o STF já decidiu liminarmente que cabe à Justiça Comum julgar os crimes decorrentes de relação trabalhista, vejamos:

> **COMPETÊNCIA CRIMINAL.** Justiça do Trabalho. Ações penais. Processo e julgamento. Jurisdição penal genérica. Inexistência. Interpretação conforme dada ao art. 114, incs. I, IV e IX, da CF, acrescidos pela EC nº 45/2004. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar deferida com efeito ex tunc. **O disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional nº 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.** (STF - ADI: 3684 DF, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 01/02/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/08/2007) (grifos nossos)

Cabe frisar que diferentemente da responsabilidade civil, as responsabilidades trabalhistas e penais possuem caráter individual, punindo apenas o autor ou os autores das condutas. Todas são, ainda, independentes entre si. Depreende-se, porém, que para que a responsabilidade se caracterize, independentemente desta ser trabalhista, penal ou civil, não é necessário que se declare o abuso da greve (NETO; FERREIRA, 2019), pois os atos ilícitos a serem apurados podem ocorrer no curso da greve exercida regularmente, preenchidos os requisitos abordados previamente neste artigo.

Portanto, é perceptível que, por um lado, nosso conjunto de leis assegura ao trabalhador o exercício do direito de greve, ao mesmo tempo em que estabelece determinados deveres que devem ser respeitados a fim de garantir a ordem e os interesses socioeconômicos, punindo aqueles que extrapolarem os limites impostos, porque, como argumentou Borba (2011, p. 530), "liberdade pressupõe responsabilidade, de sorte que, por mais relevante que seja a função desempenhada, se se evidenciar desvios no desenvolvimento da atividade, a conduta antijurídica sujeita-se [...] à correção e à responsabilidade".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, diante do exposto e analisado, não resta dúvidas de que o direito à greve é fruto de diversas e importantes lutas no decorrer da história, bem como de uma custosa construção social e jurídica, realizada por toda a classe operária, refletindo-se hoje em um direito fundamental garantido a todo trabalhador, após ter perpassado, por muito tempo, os campos da ilicitude.

Por meio do exercício regular de greve é que poderão os empregados resistir às arbitrariedades do empregador e contestar o não cumprimento do contrato de trabalho por parte deste, desde que tenham sido frustradas as negociações anteriores. Deste modo, conclui-se ser a greve um meio para a obtenção de determinado fim, estabelecido pelos próprios empregados que tenham seus direito lesados.

Contudo, para ser exercido de maneira plena, como aqui explanado, deverá ater-se aos requisitos estampados pela Lei 7.783/89, não podendo sobressair-se em detrimento de qualquer outro direito assegurado também constitucionalmente. De tal modo, o descumprimento e a inobservância dos requisitos legais previstos configuram, assim, o abuso de direito e a ilicitude da greve. Em virtude disso, podem ser geradas consequências diversas na vida laboral, como a ruptura do contrato de trabalho, ou simplesmente uma mera advertência. Entretanto, poderá, ainda, surtir efeitos em distintos ramos do Direito, como nas esferas cíveis e penais.

Por fim, faz-se necessário o entendimento de que as responsabilidades cíveis, penais e também trabalhistas, decorrem exclusivamente do exercício irregular do direito de greve, da greve abusiva, ilegítima e ilegal, que extrapolam seus limites causando prejuízos a terceiros, interessados ou não. Desta forma, as formas de responsabilização não configuram um mecanismo de impedimento da greve, mas sim uma garantia de que esta seja exercida conforme os ditames legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice M. *Curso de direito do trabalho.* 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Responsabilização pelos danos decorrentes de direito de greve. *Revista Legislação do Trabalho.* São Paulo, v. 75, n. 05, maio, 2011.

BRASIL. *Constituição (1937).* Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. *Diário Oficial da União:* Brasília, DF, 28 jun. 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a Lei da Reforma Trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FONSECA, J.J. *Metodologia da pesquisa científica.* Fortaleza: UEC, 2002.

GERHARDT, Tatiana E.; SILVEIRA, Denise, T. (Coord.). *Métodos de pesquisa.* Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UABFRGS e pelo Curso de Graduação Tec-

nológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural do SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GIL, Antônio C. *Como elaborar projetos de pesquisa.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Raimundo S. Alguns aspectos sobre a greve no Brasil. *RDRST*, Brasília, v. 2, n. 1, 2016, p 94-119, jan-jun/2016. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/mestradodireito/article/view/83/21>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de direito do trabalho:* história e teoria geral do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NETO, Jorge; FERREIRA, Francisco. *Direito do trabalho.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ROMAR, Carla T. M. *Direito do trabalho esquematizado.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUSA, Otávio A. *Direito do Trabalho.* 6.ed. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3684/2006. Relator: Cezar Peluso. Tribunal Pleno. DJ: 01/02/2007. *JusBrasil.* Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729916/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3684-df?ref=serp>. Acesso em: 08 de jul. de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Apelação Cível nº 005988/2019. Relator: Cleones Carvalho Cunha. DJ: 22/08/2019. *JusBrasil.* Disponível em: <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751873949/apelacao-civel-ac-154163520128100001-ma-0059882019/inteiro-teor-751873950?ref=serp>. Acesso em: 01 de jul. de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. *Dissídio Coletivo de Greve nº 0011369-55.2018.5.03.0000.* Relator: João Bosco Pinto Lara. DJ: 22/05/2019. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2847>. Acesso em: 01 de jul. de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO. Recurso Ordinário nº 0001409-70.2016.5.11.0017. Relator: Francisca Rita Alencar Albuquerque. DJ: 22/01/2019. *JusBrasil.* Disponível em: <https://trt-11.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849637557/recurso-ordinario-ro-14097020165110017/inteiro-teor-849637618?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 de jul. de 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO. Recurso Ordinário nº 03317-2008-037-12-85-7. Relator: Lourdes Dreyer. DJ: 08/09/2010. *JusBrasil.* Dis-

ponível em: < https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642057435/recurso=-ordinario-trabalhista-ro3317200803712857--sc03317-2008-037-12-85-7-?ref-serp>. Acesso em: 01 de jul. de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Recurso Ordinário nº 291-76.2017.5.11.0000.* Relatora: Kátia Magalhães Arruda. DJ: 10/06/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2422aa6366758c51e57be9bcf51bf19f>. Acesso em: 08 de jul. de 2020.

O FEMININO PROFANO: COMO A SOCIEDADE E A HISTÓRIA CONTRIBUÍRAM PARA A REPRESSÃO DOS DIREITOS SEXUAIS DAS MULHERES

THE PROFANE FEMALE: HOW SOCIETY AND HISTORY CONTRIBUTED TO THE REPRESSION OF WOMEN'S SEXUAL RIGHTS

Camila Pineze Martins*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo debater a relação entre o patriarcado e as violações aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres bem como traçar as evoluções trazidas pelo feminismo como, por exemplo, a positivação de tais direitos em mecanismos internacionais e nacionais e a luta por uma vida mais digna para as mulheres. A temática dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil ainda é incipiente, no entanto, são várias as situações de violações aos direitos humanos que demandam a atuação, tanto individual quanto estatal, para a promoção de tais direitos. O contexto no qual foram positivados tratados e leis que protegem as mulheres de violações é tardio, portanto, a demanda de atuação é urgente. Sendo assim, o estudo do movimento feminista e de sua luta para a libertação dos corpos femininos também é posta em pauta. Afim, então de solucionar o problema principal, que seria, de que modo o patriarcado e as instituições que o perpetuaram corroboraram com a repressão dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres? A hipótese do estudo pressupõe uma clarividente relação entre os mecanismos de opressão e a difícil aplicação e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos. Os objetivos específicos da pesquisa são conceitualizar e contextualizar historicamente os mecanismos de opressão dos corpos femininos; trazer à baila a teoria feminista e seus avanços na emancipação das mulheres e, por fim, abarcar os direitos sexuais e reprodutivos e analisá-los de maneira crítica quanto à sua efetividade num sistema que permanece opressor.

Palavras-chave: Direitos sexuais e reprodutivos. Patriarcado. Feminismo. Políticas públicas. Direitos humanos.

Abstract: *This paper aims to discuss the relationship between patriarchy and violations of women's sexual and reproductive rights, as well as to trace the evolution brought by feminism, such as the positivization of such rights in international and national mechanisms and the struggle for a more dignified life for women. The theme of women's sexual and reproductive rights in Brazil is still incipient, however, there are several situations of human rights violations that demand the action, both individual and state, to*

* Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados.
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1631652320409301

promote such rights. The context in which treaties and laws protect women from such violations have been favored is late, so the demand for action is urgent. Thus, the study of the feminist movement and its struggle for the liberation of female bodies is also on the agenda. So, to solve the main problem, which would be, how did patriarchy and the institutions that perpetuated it corroborate the repression of women's sexual and reproductive rights? The study's hypothesis presupposes a clairvoyant relationship between the mechanisms of oppression and the difficult application and enforcement of sexual and reproductive rights. The specific objectives of the research are to conceptualize and contextualize historically the mechanisms of oppression of female bodies; to bring up feminist theory and its advances in the emancipation of women and, finally, to embrace sexual and reproductive rights and critically analyze them as to their effectiveness in a system that remains oppressive.

Keywords: *Sexual and reproductive rights. Patriarchy. Feminism. Public policy. Human Rights.*

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais e reprodutivos são direitos humanos reconhecidos e positivados pelos dispositivos legais nacionais e internacionais. Os direitos sexuais, em foco no presente trabalho, consistem no direito de exercer a sexualidade desprendida de discriminação, coerção ou violência. Estes não possuem todo o reconhecimento necessário para serem tratados como ramo isolado do direito, sendo sempre estudados em conjunto com os direitos reprodutivos.

Nesse trabalho será estudado o contexto histórico que privou a mulher do conhecimento e livre exercício de sua sexualidade, analisando os aspectos religiosos, culturais e políticos que corroboraram para esse fator. Além disso, os direitos sexuais e reprodutivos serão tratados de maneira histórica e contextualizada, para que se possa visualizá-los sob a ótica dos direitos humanos.

Além disso, visando o desenvolvimento de uma perspectiva multidisciplinar sobre sexualidade, veremos, no primeiro item, a criação da ideia profana da mulher sexual por parte do patriarcado e das instituições que perpetuam esse modo de pensar; analisaremos a relação da sexualidade feminina com o movimento feminista e o papel deste na criação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e, por último, analisaremos as legislações internacionais e pátrias que dispõem sobre os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

O presente trabalho tem como seu problema, o questionamento sobre “de que modo o patriarcado e as instituições que o perpetuaram corroboraram com a repressão dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres?” A hipótese que se extrai da escolha da temática da pesquisa pressupõe uma nítida relação direta entre os mecanismos de opressão e a difícil aplicação e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Seu objetivo principal, portanto, é examinar a correlação entre a ascensão das ideologias patriarcais na sociedade ocidental e a supressão

dos direitos das mulheres à sexualidade e à reprodução saudáveis. Já os objetivos específicos são a conceitualização e contextualização histórica quanto aos mecanismos de opressão dos corpos femininos; a explanação da teoria feminista e de seus avanços na emancipação das mulheres e, por fim, abarcar os direitos sexuais e reprodutivos e analisá-los de maneira crítica quanto à sua efetividade num sistema que permanece opressor.

A metodologia necessária para que a pesquisa alcance seu objetivo principal ocorrerá de acordo com o método dedutivo, que parte de premissas gerais para afunilar-se e aplicar-se ao caso concreto e o método dialético, que consiste na contraposição de duas teorias distintas, no caso o feminismo e o patriarcado, objetivando alcançar uma conclusão. Como procedimentos metodológicos, serão utilizadas pesquisas bibliográficas e análise do conteúdo de documentos, como a legislação pátria e internacional.

2. O PATRIARCADO, SUAS INSTITUIÇÕES E A CRIAÇÃO DA IDEIA PROFANA DA MULHER SEXUAL

Inicialmente, para melhor elucidar o tema do presente trabalho, é imprescindível que sejam analisadas as estruturas responsáveis pela repressão, ao longo dos séculos, dos direitos da mulher à sexualidade positiva e livre de violência e coerção. Etimologicamente, patriarcado significa "a regra do pai", o que demonstra que, nesse sistema social, a dominação parte do macho e, consequentemente, subordina os que não o são.

Ademais, o patriarcado se sustenta na existência de outros sistemas de opressão, como o sistema econômico capitalista e, principalmente, o sistema de raças. Por meio desse entendimento, nota-se a interligação entre os sistemas de opressão e ratifica-se as profundas raízes destes na sociedade, tanto na perspectiva brasileira quanto na mundial. Superado esse entendimento, passaremos a analisar as instituições bem como os períodos marcantes da história que corroboraram para a perpetuação desse modelo injusto de sociedade.

2.1 AS RELIGIÕES

É inegável que a religião exerce influência sobre todos os povos, desde o início da história. Ela é vista como um meio de coerção social poderoso, por ligar a fé com a estipulação de dogmas e regras que controlam o modelo de sociedade. Algumas dessas religiões foram capazes de dar sustentação ao patriarcado ao subordinarem as mulheres e demonizarem a sexualidade delas por meio do discurso de bem e mal, pecado e santidade, céu e inferno, salvação e condenação.

De acordo com esse entendimento, nota-se o início dos ataques ao que viria a ser os direitos sexuais e reprodutivos. No Islamismo, o Corão ou Alcorão, em seu capítulo denominado "An Nissá" (as mulheres), no versículo 34 dispõe:

> Os homens são os protetores das mulheres, porque Deus dotou uns com mais força do que as outras, e pelo o seu sustento do

> seu pecúlio. As boas esposas são as devotas, que guardam, na ausência do marido, o segredo que Deus ordenou que fosse guardado. Quanto àquelas, de quem suspeitais deslealdade, admoestai-as na primeira vez, abandonai os seus leitos na segunda vez e castigai-as na terceira vez; porém, se vos obedecerem, não procureis meios contra elas (BROWN, s/d, p. 38).

Por meio desse entendimento, é possível constatar que o fundamentalismo religioso foi responsável por aniquilar uma possível espiritualidade progressiva bem como reprimir a sexualidade feminina através da culpabilização de natureza religiosa. Diante do exposto, portanto, constata-se que algumas das crenças religiosas tiveram ampla participação no que tange à sabotagem da sexualidade feminina por meio da vergonha e da depreciação.

2.1.1 *O CRISTIANISMO*

A ideologia cristã exerceu uma imensa, senão a maior, doutrinação patriarcal da história das religiões. Esse sistema opressor ocorreu inicialmente por haver, dentro da Bíblia, a ideia de que a mulher veio da costela do homem, sendo vista, portanto, como secundária e por esta ter também condenado a humanidade através da história da tentação sofrida por Eva nos Jardins do Éden.

A doutrina cristã tolerou, nos textos e na prática, o sexismo e a violência de gênero. Seguindo esse raciocínio, Simone de Beauvoir (2016, p. 134) diz que a ideologia cristã contribuiu consideravelmente para a opressão da mulher quando afirma que as mulheres eram relativamente honradas no início do cristianismo quando se submetiam ao jugo da clerical, tomando parte do culto apenas de maneira secundária como diaconisas, que promoviam trabalhos sociais em nome da Igreja, como cuidados com os doentes e indigentes.

No antigo testamento, a mulher é claramente tratada como ser inferior: “Mas quero que saibais que Cristo é a cabeça de todo o homem, e o homem a cabeça da mulher; e Deus a cabeça de Cristo.” (BIBLIA, Coríntios, 11, 3). Já no novo testamento, ela é subordinada à sujeição: “Vós, mulheres, sede sujeitas aos vossos próprios maridos.” (BIBLIA, Pedro, 3, 1).

Por meio da doutrina, a igreja promoveu o que Silvia Federici (2017, p. 81) chama de “catecismo sexual”, impondo regras de conduta sexual às mulheres para que estas fossem devidamente dignas de honra. Tornando a sexualidade uma questão de Estado e controle, o cristianismo declarou ódio à carne, devendo respeito às mulheres apenas quando virgens, dóceis e puras.

2.1.2 *A CAÇA ÀS BRUXAS*

A bíblia diz, no livro de Êxodo, capítulo 22, versículo 18, “A feiticeira não deixarás viver.” Essa premissa propiciou a visão errônea de que as mulheres que não se adequavam aos dogmas da igreja fossem vistas como seres demoníacos, e a bíblia, atra-

vés de sua linguagem violenta e machista, permitiu a interpretação de êxodo 12:18 como um dever de matar a todas as mulheres que escolhessem um modelo de vida alternativo ao cristão.

O fato histórico da inquisição cristã ocorreu na Europa, na Idade Média, no momento no qual o capitalismo avançava com o fim do feudalismo, a propriedade privada se instaurava, a colonização e o extermínio dos povos nativos do Novo Mundo ganhavam força. Por meio da perspectiva temporal, é notável a ideia de apropriação de corpos a qual a história passava, em que, ao mesmo tempo que mulheres eram queimadas na fogueira na Europa, corpos negros eram traficados para as colônias e o povo indígena era dizimado.

A inquisição cristã na Europa medieval se deu com base em uma campanha de terror promovida pela Igreja e ratificada pelo Estado. Sobre à condenação à fogueira das mulheres sexualmente ativas, Federici afirma:

> Uma acusação recorrente nos julgamentos por bruxaria era de que as bruxas estavam envolvidas em práticas sexuais degeneradas, essencialmente na cópula com o diabo e na participação em orgias que supostamente aconteciam no sabá. Mas as bruxas também eram acusadas de gerar uma excessiva paixão erótica nos homens, de modo que era fácil para aqueles que fossem pegos fazendo algo ilícito dizer que haviam sido enfeitiçados ou, para uma família que quisesse acabar com a relação do filho com uma mulher que desaprovavam, acusá-la de ser bruxa (FEDERICI, 2017, p. 341).

Esse terrorismo para com as mulheres que tivessem atribuições místicas e sexuais autônomas, as expôs a práticas humilhantes e tortuosas, transformando a psique coletiva das mulheres. A mulher que não abriu mão de sua natureza mística e selvagem foi queimada nas fogueiras e isso fez com que o medo da insubordinação causasse mudanças na vida das mulheres social, econômica, política e culturalmente, destruindo a história das mulheres, suas sabedorias ancestrais e suas práticas de curandeirismo e alquimia.

Essa campanha de terror contra a magia se deu por conta de incompatibilidade desta com a disciplina do trabalho capitalista e com a exigência de controle social (FEDERICI, 2017, p. 203). Por consequência desse episódio histórico, marcado pela racionalização científica e pelo surgimento da produção para acúmulo de capital, a supremacia masculina se consagrou, e foi instaurada uma era de repressão da sexualidade feminina, criminalizando toda atividade sexual alheia à procriação. Esse marco perpetuou a supremacia masculina até os tempos atuais, transformando as instituições e as relações entre homens e mulheres.

2.2 A DOMESTICIDADE

É inegável a importância do trabalho doméstico na vida em sociedade, no entan-

to, essa atribuição à mulher e a relação dessa atribuição às características de castidade, devoção e submissão ratificam o sistema social patriarcal.

Essa domesticação das mulheres se deve ao ideário de feminilidade projetado à psique coletiva de castidade, pureza, passividade, quietude e obediência como atributos necessários para toda e qualquer mulher. E essa ideia de mulher foi aceita sem mais discussões graças aos dois séculos de terrorismo promovido pelo Estado contra as mulheres na inquisição.

2.3 O CORPO

Há, certamente, outra explicação para a sexualidade feminina ainda ser tão desconhecida e essa se dá pela vivência do sexo forçado. "Em outras palavras, a nossa cultura está descrevendo o sexo como estupro para que os homens e as mulheres se interessem por ele." (WOLF, 2019, p. 202). Essa realidade faz toda uma sociedade disseminar a cultura da fantasia do estupro e isso é compreendido por Wolf num contexto de verdadeira violência sexual contra as mulheres.

Através desse entendimento, é inegável que haja uma conexão profunda entre a dominação patriarcal e a violência sexual e, diante disso, há de se entender que, além de as mulheres hodiernamente não poderem possuir seus corpos em plenitude, elas são ensinadas que o ato sexual deve ser provido de violência a tal ponto que chegam a naturalizá-la.

2.4 O MITO DA BELEZA

Naomi Wolf intitula "mito da beleza" a determinação de um padrão de beleza sobre as mulheres, a importância que é dada a isso se justifica pela aniquilação da história das mulheres, dos conhecimentos ancestrais e de suas sexualidades durante a inquisição. Ou seja, sem cultura ou história que as representasse, as mulheres passaram a utilizar dos padrões de beleza para socializar entre si.

O mito da beleza, então, assume a função de coerção social quando a domesticidade, a maternidade, a castidade e a passividade não conseguem mais impor (WOLF, 2019, p. 27). A influência do mito da beleza sobre as mulheres, atualmente, remonta aos tempos de repressão ao feminino por parte da religião. Em razão disso, Naomi Wolf o classifica como uma nova religião, buscando não mais a valorização da mulher na castidade, mas no ideal de beleza.

3. O FEMINISMO E SUA COLABORAÇÃO PELA LIBERTAÇÃO DOS CORPOS FEMININOS

Com o objetivo de transformar a sociedade naturalmente patriarcal a qual estavam inseridas, surgiram movimentos organizados de mulheres que reivindicavam a libertação feminina e a igualdade entre os sexos. Esses grupos organizados de mulheres inicialmente foram denominados de sufragistas e posteriormente, com o aumento das pautas e reivindicações, como o fim da opressão e do sexismo, surgiu o nome feminismo.

Por feminismo, popularmente, entende-se como um grupo de mulheres engajadas, primordialmente, pela igualdade de gênero, incluindo nessa esteira a isonomia salarial e a divisão de tarefas no âmbito doméstico. Numa visão mais abrangente, é uma filosofia universal, dotada de inúmeras vertentes, conforme as crenças e camadas sociais, que luta contra as opressões do sistema social patriarcal.

Superado o entendimento do caráter geral do feminismo, é necessário destacar que este é dotado de diversas vertentes cujos focos e teorias são distintos. Dentre essas vertentes está o feminismo interseccional, liberal, radical, marxista, anarquista, ecofeminismo e, além dessas vertentes feministas com viés político-ideológico, também há as vertentes que exprimem a luta de uma determinada categoria de mulheres, são eles, o feminismo negro, o feminismo lésbico, o transfeminismo, entre outros.

Ratificando os ramos do feminismo, ainda que muitos tenham algumas opiniões que se contraponham, tem-se a ideia de que as mulheres podem alcançar a igualdade de gênero sem dominar umas às outras. Bell Hooks (2019, p. 36) afirma que "enquanto mulheres usarem poder de classe e de raça para dominar outras mulheres, a sororidade feminista não poderá existir por completo". O feminismo, pois, é um movimento de luta por igualdade, criado por mulheres para libertar outras mulheres do sistema social do patriarcado.

3.1 MARCOS HISTÓRICOS DA CONSTRUÇÃO DO FEMINISMO[1]

O início do feminismo como um movimento, e não uma ideologia seguida individualmente por algumas mulheres, data do fim da propriedade fundiária, o advento do maquinismo e o movimento reformista do século XIX, que buscava justiça na igualdade e promoveu a emancipação da classe laboriosa e, consequentemente, da mulher (BEAUVOIR, 2019, p. 163-165).

Com a Revolução Industrial, as mulheres se tornaram força trabalhadora e, consequentemente tiveram um empecilho significativo na performance de força produtora juntamente à de reprodutora. Simone de Beauvoir (2019, p. 171) afirma que "a razão profunda que, na origem da história, volta a mulher ao trabalho doméstico e a impede de participar da construção do mundo é sua escravização à função geradora". E é com base na libertação do estigma de reprodutora e o início da mão de obra assalariada que a condição de mulher na sociedade evolui.

3.2 PRIMEIRA ONDA FEMINISTA

As chamadas "Ondas feministas" datam determinados momentos da história de luta do movimento. São chamadas de ondas por conta da descontinuidade do movimento, em alternância de vitórias e recuos causados pela radicalização do conservadorismo e pela reinvenção da dominação masculina (MAGALHÃES, 2017, p. 27).

No início do pensamento feminista como um movimento organizado, a maior

[1] O desenvolvimento deste tópico tem como marco teórico Simone de Beauvoir, uma vez que a autora é a que mais trata do tema com clareza, razão pela qual optou-se por fundamentar as afirmações unicamente com suas contribuições.

parte das reivindicações eram primordialmente ligadas às mulheres brancas com acesso à educação e de classes mais abastadas, não é de se negar que a primeira onda feminista seguisse essas limitações. Cronologicamente, a primeira onda feminista se inicia entre a Revolução Francesa e o surgimento do nazifascismo na Europa, do fim do século XIX até meados do século XX e se deu por "sufragista" por ter na luta pelo voto sua principal bandeira empunhada.

A revolução industrial foi grandemente responsável pela inserção da mulher nos meios de produção. Dentro do trabalho nas fábricas e no contato com a vida pública, elas passaram a estar sujeitas a situações de violência e assédio, negação de direitos básicos, ambientes de trabalho insalubres, entre outras violações. Foi a partir desse choque com a vida pública que as mulheres ganharam novos impulsos para reivindicarem direitos e igualdade.

3.3 SEGUNDA ONDA FEMINISTA

A Segunda Onda teria como marco os meados da década de 1960, a bandeira feminista já se empunhava há mais de um século e as ações feministas incluíam movimentos de rua, mídia, ligas e clubes. Segundo Hooks (2019, p. 49) "aconteceu na esteira dos direitos civis e da libertação sexual, naquele momento parecia apropriado que questões referentes ao corpo feminino fossem priorizadas.".

A segunda onda feminista foi focada em questões referentes à liberdade dos corpos femininos e, consequentemente, contribui para a chamada Revolução Sexual dos anos 60. A ideia de "amor livre" foi grandemente disseminada ao passo que as reivindicações do movimento feminista giravam em torno da sexualidade, e "a questão dos direitos das mulheres de escolher quando e com quem seriam sexuais" (HOOKS, 2019, p. 49).

No auge do uso de métodos contraceptivos, as mulheres dos anos 60 e 70 passaram a requerer o aborto legal afim de interromper gravidezes indesejadas, partindo da premissa de asseguração dos direitos reprodutivos a todo custo e questionando a "liberdade sexual" que não contemplava o direito ao aborto seguro e legal.

3.4 TERCEIRA ONDA FEMINISTA

Por sua vez, a terceira onda do movimento feminista, ocorreu nos anos 90 e foi marcada por repensar a categoria de gênero bem como aceitar a masculinidade e a feminilidade de maneira alternativa, havendo, pois, mulheres e homens dotados de pluralidades além da perspectiva de gênero masculino ou feminino. "Ao priorizar o gênero, entretanto, as novas vertentes de luta tenderam a retirar um pouco da ênfase a questões específicas às mulheres" (MAGALHÃES, 2017, p. 30).

Cronologicamente, a terceira onda se situa no fim da guerra fria e colapso das ditaduras latino-americanas. Surge a noção interseccional de feminismo, que leva em conta as opressões existentes com mulheres gordas, negras, indígenas, trans, deficientes, pobres, entre tantas outras categorias. Esse conceito de interseccionalidade propõe uma luta conjunta da totalidade de mulheres para findar com todos os tipos

diferentes de opressão.

3.5 QUARTA ONDA FEMINISTA

A quarta onda feminista se desenvolve na década de 2010, tendo em si a marca da globalização, da celeridade na informação, da *internet* e do uso intenso das redes sociais para a organização de movimentos bem como propagação de campanhas e da ideologia feminista. Ficou popularmente conhecida por "Primavera das mulheres".

Passaram a ser questionamentos feministas questões como violência sexual - teorizada pela cultura do estupro, que naturaliza o assédio e a violência perpetuados por homens - abusos sofridos por mulheres por colegas de trabalho ou estudo, denúncias a abusadores e maior expansão da voz feminina por meio das redes sociais. Os movimentos se tornaram cada vez mais abrangentes e as mulheres se tornaram protagonistas ao denunciar as mais variadas opressões.

3.6 BREVE HISTÓRIA DA CONDIÇÃO FEMININA NO BRASIL

Há poucos relatos de participação das mulheres no período do Brasil colônia e império, talvez por conta de a colonização portuguesa nas Américas ser contemporânea à inquisição cristã e a repressão das expressões políticas femininas. A participação feminina só surge na sociedade brasileira em consonância com o surgimento dos centros urbanos e em clara contemporaneidade ao surgimento dos movimentos organizados de mulheres na Europa.

O movimento feminista no Brasil, após seu surgimento e estabilização, foi grandemente responsável pelas lutas por anistia dos presos e perseguidos políticos no período da ditadura militar, demonstrando duras críticas às violações aos direitos humanos que ocorriam àquele momento na história do país (TELES, 2017, p. 165).

É inegável a violação de direitos ocasionada pelo período da ditadura militar no Brasil, são citados como tais, crimes de violência sexual contra as mulheres presas, sequestro, tortura e demais atrocidades promovidas pelos entes estatais. O fato de as mulheres militantes políticas terem sido violadas sexualmente demonstra uma profunda dívida histórica para com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher no Brasil.

Hodiernamente, a condição feminina no país apresenta muitos avanços, no entanto, é inegável que a discriminação de gênero constitui ainda grande problema para a emancipação das mulheres e o cenário político brasileiro continua misógino e patriarcal. O processo de impeachment sofrido por Dilma Roussef explicitou pensamentos sexistas das mais altas às mais baixas camadas da sociedade. Os direitos das mulheres no Brasil, a medida que são conquistados, são questionados.

Com o objetivo de findar o capítulo sobre feminismo, conclui-se que este é um movimento de resistência, cuja ideologia manifesta-se a favor da liberdade de escolha e da libertação dos corpos de todo e qualquer tipo de opressão. É, portanto, um pensar-fazer que visa o fim da exploração dos indivíduos, almejando uma sociedade

justa e igualitária.

4. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

Com o objetivo de concluir o presente trabalho, parte-se das premissas de que o patriarcado e suas instituições são os principais precursores da ideia profana da mulher que exerce sua sexualidade em plenitude e; que o feminismo em todos os seus momentos e pautas questionou a posição de submissão da mulher perante a sociedade, nos mais variados âmbitos desta. “Em consequência disso, precisamos agora nos fazer as perguntas sobre o nosso lugar no nosso corpo, como as mulheres da geração passada fizeram sobre o seu lugar na sociedade.” (WOLF, 2019, p. 388).

A história se encarregou de nos provar que a identidade da mulher é alvo de repressão desde a mais remota era, sua aparência é questionada e seu corpo é bombardeado de estigmatizações. A comercialização da pornografia traduz ainda mais esse ideário, respingando até mesmo em campanhas publicitárias de cunho não erótico. Dito isso, têm-se por esse âmbito do direito, segundo Baggenstoss et al. (2019):

> A categoria direitos sexuais e reprodutivos, na agenda estatal brasileira, está intimamente ligada à saúde e ao planejamento familiar, sendo, assim, também derivados dos direitos humanos e dependem da ação governamental para seu reconhecimento e efetivação, no que diz respeito à assinatura de tratados, na participação de conferências que discutem estas questões, criação e implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, promoção de leis que assegurem e normatizem instrumentos jurídicos.

Após os anos de submissão e renegação da mulher à sexualidade positiva, as reivindicações tomam força e finalmente a sexualidade passa a se tornar questão de direito. Isso se deve à luta feminista que, em meados dos anos sessenta passou a lidar com a libertação sexual feminina como pauta do movimento, como veremos a seguir.

4.1 A INFLUÊNCIA DA SEGUNDA ONDA FEMINISTA NA POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

Como exposto, uma das pautas da segunda onda do movimento feminista foi a da libertação sexual e do amor livre, muitas foram as conquistas provenientes das reivindicações pela livre escolha da mulher sobre quando, com quem, e em quais circunstâncias usaria de sua sexualidade. As aspirações giraram, então, em torno da libertação dos corpos femininos do sistema de repressão ao qual estavam inseridos.

> A compaixão poderia substituir a hierarquia; um respeito tradicionalmente feminino pela vida humana poderia prejudicar seriamente uma economia baseada no militarismo e um mercado de trabalho baseado no uso de pessoas como recursos descar-

> táveis. As mulheres poderiam reformular a sexualidade humana como prova da natureza sagrada do corpo em lugar da sua natureza pecaminosa, e a crença antiga e persistente que equipara a feminilidade à profanação poderia se tornar obsoleta (WOLF, 2019, p. 135).

Na esteira desse movimento pela libertação dos corpos marcados pelo feminino, surgiram incontáveis estudos sobre contracepção, reprodução, violência sexual, gênero e exercício da sexualidade. As liberdades e direitos aumentaram, no entanto, não fora o suficiente para findar com a disparidade existente entre os sexos, muito menos com a divisão sexual do trabalho.

O movimento feminista, portanto, marcou a história por incentivar as mulheres a não mais se verem como propriedade dos homens, mas como donas de seus corpos e desejos. Os grupos feministas, então, pressionaram os órgãos estatais na efetivação de políticas públicas que evidenciassem os direitos adquiridos pelas mulheres quanto a questões sexuais e reprodutivas e que, de alguma forma, pudessem auxiliar na promoção de justiça social a esse grupo que, por tanto tempo, foi visto como subalterno.

Como consequência de todas as reivindicações postas à tona durante a segunda onda do movimento feminista, surgem as primeiras fagulhas dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e, posteriormente, as demandas passam a ser positivadas e as mulheres têm suas sexualidades postas a nível de titularidade de direitos.

4.2 SURGIMENTO E CONCEITO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Os direitos sexuais e reprodutivos, como visto no subitem anterior, se contrapõem à visão pronta de que as mulheres que usufruem da sexualidade são desprovidas de virtudes. A autoafirmação sexual feminina, após o advento dos métodos contraceptivos possibilitou a libertação das gravidezes indesejadas e dos perigos de interrompê-las. As mulheres, então, passaram a questionar seus lugares na sociedade, bem como o valor de seus corpos.

As pautas dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher incluem acesso a métodos contraceptivos, cuidados da mulher em período gestacional, combate a violências obstétricas como a episiotomia e a esterilização forçada, violência e assédio sexuais, estupro marital, conhecimento sobre sexualidade livre e positiva, funcionamento do sistema reprodutivo e sexual feminino, libertação da mutilação genital feminina, acesso ao aborto seguro e legal, entre outras questões que circundam essa vasta temática.

Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, portanto, afrontam o tabu da sexualidade feminina e passam a tratá-la como questão de direito. As mulheres passam a ter cada vez mais instrumentos para a autodeterminação de seus corpos, passando a exigir métodos anticoncepcionais ainda mais seguros e a sexualidade passa a ser vista de maneira menos associada à procriação. O surgimento dessa nova categoria

de direitos permitiu às mulheres a visão de usufruto do sexo livremente de coação ou violência, quebrando o padrão da associação da libertação sexual à promiscuidade.

4.3 PANORAMA DE DEMANDA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

São inegáveis os avanços promovidos pelos direitos sexuais e reprodutivos da mulher única e exclusivamente pelo fato de existirem e serem positivados, no entanto, a demanda por aplicação destes é muito vasta ainda e, em muitas circunstâncias, não obtêm o devido êxito.

Um dos temas que ainda se dá por um obstáculo à positivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e que gera demanda desses é o poder da mídia e da indústria pornográfica sobre o subconsciente feminino que propõe à maioria das mulheres padrões comportamentais que maximizam a coisificação e violência contra seus corpos e as fazem associar o prazer sexual à ideia de submissão e dor.

> O estupro, corriqueiro nas páginas policiais dos diários mais lidos, recebia um tratamento sadomasoquista, em que o crime era praticado por "tarados" ou "anormais" contra mulheres de conduta suspeita, que se vestiam sem nenhum decoro e se encontravam em lugares pouco recomendáveis (TELES, 2017, p. 138).

Outro fator que maximiza a demanda pela atuação dos direitos sexuais e reprodutivos é a demanda pelo aborto legalizado e seguro, sob a prerrogativa de que, ainda que ilegal, o aborto acontece e que mulheres com menores condições sociais morrem em decorrência dele. Violações a direitos sexuais e reprodutivos surgem da negligência acerca dessa temática.

Hooks (2019, p. 55) afirma ainda que é possível que mulheres escolham individualmente jamais fazer um aborto enquanto permanecem fiéis às políticas pró-escolha, que consiste no direito de mulheres decidirem ou não pelo ato. Por demanda do feminismo rumo à promoção efetiva dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, é necessária a visão do aborto como questão de saúde pública, de assistência às mulheres em situação de vulnerabilidade.

4.4 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DA MULHER

Para o efetivo reconhecimento e efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, Estados em união instauraram inúmeros tratados e convenções de cunho internacional objetivando uma ampla proteção e atuação frente à erradicação das violações a esses direitos. Entre eles está o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) que, em seu artigo 6º dispõe que "Uma pena de morte não poderá ser imposta por crimes cometidos por pessoas com menos de 18 anos de idade, nem se aplicará a mulheres grávidas." (OAS, 1966, p. 3).

Ademais, têm-se na Primeira Conferência Mundial da Mulher (1975), ocorrida

na Cidade do México, com o tema "A eliminação da discriminação da mulher e o seu avanço social" os objetivos de promover a plena igualdade e eliminação da discriminação de gênero; a integração e a plena participação das mulheres no desenvolvimento e a maior contribuição das mulheres no fortalecimento da paz mundial. Já em 1979, ocorreu a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher em Nova York (1979), que instituiu em seu artigo 3°:

> Os Estados partes tomarão em todas as esferas e, em particular, nas esferas políticas, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem (UNESDOC, 1998, p. 3).

Além disso, os Estados partes dessa convenção se comprometeram a tomar medidas efetivas para modificar os padrões sociais e culturais na conduta de homens e mulheres, visando alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e qualquer outra índole baseada na ideia de inferioridade ou em função estereotipada entre homens e mulheres. Ademais, em seu artigo 6°, a convenção dispôs que "Os Estados-parte tomarão todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição da mulher" (UNESDOC, 1998, p. 4).

Em 1994, houve a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, em Cairo, que, em seu texto, cita os direitos de reprodução e saúde reprodutiva:

> A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer (UNFPA BRASIL, 2007, p. 34).

Em 1995, ocorreu a IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, em Pequim, que em seu texto dispõe:

> Os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência (ONU MULHERES, 2013, p. 179).

Os tratados internacionais relacionados à positivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres foram responsáveis pela globalização de tais direitos e ratificação da necessidade de efetivação destes. Serviram de modelo e pressionaram os ordenamentos jurídicos dos países signatários para a devida execução de tais direitos pelas legislações de cada nação.

4.5 OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação pátria avançou muito nos últimos anos no que tange a efetivação de direitos das mulheres. Em 2006 foi criada a Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida por Lei Maria da Penha e, em 2015 a Lei 13.104/15, foi considerado crime hediondo o ato de matar alguém pelo fato de ser mulher, intitulando esse crime como feminicídio. No entanto, quando se busca a previsão jurídica sobre os direitos sexuais e reprodutivos nos dispositivos legais pátrios algumas outras as legislações vêm à mente.

O Brasil conta com uma das legislações mais avançadas do mundo no que tange aos direitos das mulheres. Pressionada pelos movimentos feministas e pelos tratados internacionais, a Assembleia Constituinte se preocupou com a inserção da figura feminina no texto constitucional e isso é evidente em diversos artigos deste.

Em seu primeiro artigo, incisos II e III, a Constituição Federal de 1988 dispõe como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Já em seu artigo 5°, incisos I e X, dispõe quanto à igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres, e à inviolabilidade da intimidade, vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos.

No Código Penal, foram instituídos os tipos penais de feminicídio (art. 121, VI e VII), aborto (arts. 124 a 128), estupro (art. 213) e assédio sexual (art. 216-A). A Lei n. 9.029/1995 proíbe a exigência de atestado de gravidez ou esterilização e outras práticas discriminatórias como requisitos de admissão ou permanência no trabalho. Já no Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 130 traz a possibilidade de aplicação da medida cautelar de afastamento do lar comum de pai ou responsável que tenha cometido maus-tratos, opressão ou abuso sexual à criança ou adolescente.

A Lei de Violência Doméstica (Lei n. 11.340/2016), popularmente conhecida pelo nome de Maria da Penha, foi a primeira lei brasileira a mencionar explicitamente a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Em seu artigo 7°, inciso III, ela tipifica a violência sexual como aquela:

> Art. 7º. [...]
> III. [...] 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 prostitui-

> ção, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Por fim, quando se analisa a legislação trabalhista pátria em conjunto com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, é possível encontrar o cuidado do legislador com a condição de trabalhadora da mulher. Isso pode ser encontrado no título III, capítulo III que rege a proteção do trabalho da mulher e entre os artigos 391 a 401 na Consolidação das Leis Trabalhistas, que diz respeito à impossibilidade de demissão por justa causa em decorrência de gravidez ou contração matrimonial.

5. CONCLUSÃO

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são violados desde os tempos mais remotos. A sexualidade feminina por si só foi e ainda é repreendida tanto no âmbito privado quanto no público. O homem, ao longo da história, sempre esteve em posição de sujeito de direitos ao passo que a mulher sempre foi silenciada e oprimida. No entanto, a despeito das instituições que controlam a sociedade e perpetuam o patriarcado enquanto único sistema social existente, surge o movimento feminista e, com a segunda onda deste, a demanda pela libertação sexual dos corpos femininos e, com isso, a criação de uma categoria dentre os direitos humanos denominada direitos sexuais e reprodutivos.

A abordagem de tais direitos na ciência jurídica é incipiente, tanto na doutrina brasileira quanto internacionalmente, isso se dá por um Estado predominantemente conservador que reprime a ascensão dos direitos femininos. A efetivação desses direitos é consonante aos direitos e garantias fundamentais propostos aos cidadãos por meio da Carta Magna, como o direito à vida e à dignidade e segue os preceitos do Estado Democrático de Direito propriamente dito.

O presente trabalho buscou contribuir para o aumento da produção acadêmica e doutrinária no que tange a temática dos direitos sexuais e reprodutivos. Além disso, deve-se buscar por direitos sexuais desassociados à capacidade reprodutiva da mulher, legislando pelo livre exercício da função sexual única e exclusivamente por ser mulher e desatrelados da realidade do planejamento familiar e da possibilidade de gerar.

Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, portanto, se equivalem a direitos de primeira dimensão, como a liberdade e a intimidade e direitos de segunda dimensão, os denominados direitos sociais, como a educação e a saúde.

Conclui-se que, uma vez que é evidente a violação de direitos às mulheres de autoafirmação da sexualidade, a necessidade de efetivação de tais direitos é urgente, e isso só se dá por meio de políticas públicas inclusivas provenientes de um estado que valoriza a ideia de igualdade de gênero e trabalha para efetivar esse ideal. É impreterível o trato às mulheres na lei de maneira individual, desvinculada à sua capacidade de gerar. A sexualidade positiva das mulheres é questão de direito e demanda a

devida atenção estatal. Tendo por base os objetivos gerais e específicos da pesquisa, o problema foi devidamente respondido de acordo com a hipótese previamente considerada, que, por sua vez, foi alcançada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS. *Bíblia Sagrada*. Português. Disponível em: <http://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-83800-por.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

BAGGENSTOSS, G. A. et al. *Coleção Não há lugar seguro:* estudos e práticas sobre violências contra as mulheres nas perspectivas dos direitos sexuais e reprodutivos. Volume 4. Florianópolis: Editora Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), 2019.
BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: fatos e mitos. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. *Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. *DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. *Lei Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990*. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. *Lei Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 14 nov. 2019.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. 1. ed. São Paulo: Elefante, 2017.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

LIGA ISLAMICA. *Alcorão Sagrado.* Português. Disponível em: <http://www.ligaislamica.org.br/alcorao_sagrado.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

LINHARES, Juliana. *Marcela Temer:* bela, recatada e "do lar". VEJA, 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/marcela-temer-bela-recatada-e-do-lar/>. Acesso em 14 nov. 2019.

MAGALHÃES, Lívia. *Lugar de mulher:* feminismo e política no Brasil. 1. ed. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2017.

OAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).* Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

ONU MULHERES. *Conferência Mundial da Mulher.* Woman World Conference. 1975. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. *Conferência Mundial Sobre a Mulher.* World Woman Conference. 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.* Convention On The Elimination Of All Forms Of Discrimination Against Women. 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em 14 de nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.*1966 Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

PEGORER, Mayara Alice Souza. *Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher:* das políticas públicas de gênero à diferença múltipla. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do Feminismo no Brasil e outros ensaios.* 1. ed. São Paulo: Editora Alameda, 2017.

TIBURI, Marcia. *Feminismo em comum:* para todas, todes e todos. 9. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

UNFPA. *Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento.* International Conference on Population and Development. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza:* Como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

Artigo Científico

O IMPULSO DA "BATALHA DE SEATTLE": A GLOBALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS ANTIGLOBALIZAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

THE BOOST OF THE "BATTLE OF SEATTLE": THE GLOBALIZATION OF ANTI-GLOBALIZATION MOVEMENTS AND THEIR LEGAL REPERCUSSIONS

Gabriela Pinheiro*

Resumo: O presente artigo busca realizar uma análise sociojurídica sobre a influência das manifestações ocorridas em 30 de novembro de 1999 contra o encontro da OMC em Seattle para os movimentos antiglobalização e quais suas repercussões nos campos do Direito. Para tanto, será realizada uma apresentação das interpretações existentes em relação ao termo "globalização", tanto a conceituação como os mecanismos jurídicos internacionais que a legitimam. Ademais, serão abordadas as características dos movimentos antiglobalização em um período anterior ao evento de Seattle, dos acontecimentos do dia 30 de novembro de 1999 e do momento posterior, percebendo a disseminação global dos mesmos. Por fim, serão levantadas as repercussões jurídicas que tais movimentos provocam, visando compreender qual a influência dentro dos mecanismos legais. A princípio, conclui-se que, além de um marco para reflexões jurídicas, o principal impacto dos movimentos sociais antiglobalização é a politização dos atores presentes na produção de normas econômicas internacionais. O método empregado é o dedutivo e a análise se dará por meio de uma revisão bibliográfica de aparatos legais, reportagens, artigos e livros específicos.

Palavras-chave: Globalização; Movimentos antiglobalização; Batalha de Seattle.

Abstract: *The following article intends to perform a socio-legal analysis of the influence of the protests that took place on November 30, 1999 against the WTO meeting in Seattle on the anti-globalization movements and their legal fields repercussions. Therefore, a presentation of the existing interpretations regarding the term "globalization" will be given, both the conceptualization and the international legal mechanisms that legitimize it. In addition, will be adressed the characteristics of the anti-globalization movements in a moment prior to the Seattle event, of the events of November 30, 1999 and of a posterior moment, realizing their global spread. Finally, the legal repercussions of such movements will be raised, aiming to understand the influence within legal mechanisms. Presumably, it is concluded that in addition to a framework for legal reflections, the main impact of anti-globalization movements is the politicization of actors present in*

* Graduanda do sexto semestre de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membra do grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional (EMAE), do grupo de estudos e pesquisa em Direito Internacional - Ius Gentium e do corpo editorial da Revista Avant. Artigo desenvolvido inicialmente para a disciplina "Relações Internacionais e Cinema". E-mail: gabriela.pinheiro19@hotmail.com

the production of international economic norms. The method used is the deductive and the analysis will be through a literature review of legal apparatus, journalistic reports, articles and specific books.

Keywords: *Globalization; Anti-globalization movements; Battle of Seattle.*

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2019 foi o marco de duas décadas das manifestações ocorridas no dia 30 de novembro de 1999 em Seattle, Estados Unidos, contra a conferência da Organização Mundial do Comércio (OMC). Para elaborar uma análise sociojurídica sobre a influência dessas manifestações para os movimentos antiglobalização e suas repercussões em campos do direito, será realizada, previamente, uma diferenciação em relação a definição de globalização, através de perspectivas teóricas das relações internacionais.

É necessário perceber as diversas nuances do conceito de globalização, tanto como sinônimo de internacionalização, relacionando-se a um processo de ofuscamento de realidades locais, como uma universalização, sendo o global tudo que tiver pretensão de vigência mundial. Ademais, pode-se equivaler globalização também à ocidentalização ou modernização, em um sentido de progresso. Ainda, a globalização pode ser entendida como um processo de desterritorialização, não submetida a espaços delimitados por fronteiras. Globalização também, e por fim, pode ser compreendida como liberação, ou seja, relacionada a uma integração econômica internacional.

Vale mencionar que há muitos mecanismos jurídicos vinculados à tentativa de universalização de direitos humanos, de internacionalização da cultura, de ocidentalização da propriedade intelectual, entre outros; todavia, no presente artigo, o enfoque da globalização será em relação à liberação do comércio. Assim, através de uma perspectiva histórica, se apresentará o *ius mercatorum* em um âmbito de um direito mercantil medieval e sua relação com o direito comercial moderno, em um contexto de economia global.

Definida a conceituação de globalização e os mecanismos jurídicos que a aportam, efetua-se uma análise dos movimentos sociais antiglobalização. Em um contexto pré-batalha de Seattle, percebe-se a diferenciação entre as décadas de 1970, 1980 e 1990, com uma consciência global do mundo como um todo, uma comunidade globalizada. Os movimentos sociais, assim, antes eram dispersos e focalizados principalmente em países menos desenvolvidos. No final da década de 1990, apenas, inicia-se uma onda de protestos, com o principal sendo a semana de manifestações na cidade de Seattle.

A importância da batalha de Seattle se dá não somente pela força que traz às demais manifestações do século XXI, por sua gigantesca propagação midiática, mas também pelo início de coordenação de protestos antiglobalização via *Internet*. Em relação ao novo milênio, assim, serão apresentadas duas principais formas da globa-

lização dos movimentos antiglobalização, referentes tanto ao Fórum Social Mundial – em uma conjuntura reformista da globalização neoliberal, sendo inclusive inadequado o uso do termo antiglobalização – quanto à Ação Global dos Povos – com uma atuação de quebra de paradigma, sendo a antiglobalização em si.

Por fim, enfatiza-se a relação entre os movimentos sociais e o direito, através de uma perspectiva também do direito como uma prática social. Assim, se constatará a presença cada vez maior da aproximação entre a localização do global e da globalização do local, para construção de "glocalidades", inclusive em relação aos movimentos antiglobalização. Além de um acúmulo para reflexões nos mais variados campos do direito, o principal impacto dos movimentos sociais antiglobalização é percebido na politização dos atores presentes na produção de normas econômicas internacionais, sendo verificada a influência dos movimentos no bloqueio de negociações, portanto, como resultado do impulso da batalha de Seattle.

2. CONCEITOS E MECANISMOS JURÍDICOS DA GLOBALIZAÇÃO

Antes de analisar os movimentos antiglobalização, é importante ressaltar que são inegáveis os benefícios que a globalização proporcionou e continua a proporcionar na modernidade, relacionados, como exemplo, ao aumento da expectativa de vida em todo mundo graças ao maior alcance de medicamentos (STIGLITZ, 2002, p. 30). Segundo Stiglitz (2002, p. 31), para seus patrocinadores, globalização significa progresso. Contudo, para observar os reais impactos de tal processo, é necessário realizar uma diferenciação em relação a sua definição, principalmente por se tratar de um termo que possui uma grande variedade de nuances.

Ao examinar tal "nebuloso" conceito, Gilberto Giménez (2002, p. 25) traz a seleção de cinco significados apontados por Jan Aart Scholte que possuem ênfases diferentes da realidade, ainda que frequentemente sejam utilizados como sinônimos. Inicialmente, trata a globalização como o mesmo que internacionalização, a vinculando ao incremento do intercâmbio internacional e da interdependência entre todos os países do globo. Essa noção relaciona-se principalmente a questão cultural, ao confronto de pressões contraditórias para o Estado nacional, em que de um lado encontra-se a cultura global e do outro as culturas locais e até mesmo as culturas religiosas (SANTOS, 1993, p. 40). Dessa forma, é perceptível como as culturas locais, no tocante de tradições, desaparecem frente a relação entre o global e o capital (ESCOBAR, 2005). O processo de globalização como internacionalização, assim, pode ser associado a um processo de ofuscamento das realidades locais frente a uma exaltação do que "vem de fora", uma espécie de cosmopolitismo.

O termo globalização, ainda, pode ser empregado como sinônimo de universalização. Através desse ponto de vista, o global seria tudo que tivesse uma pretensão de vigência mundial e a globalização seria o processo de difusão de objetos e objetivos para o alcance do global (GIMÉNEZ, 2002, p. 25). O universalismo, assim, derivaria de uma própria forma de mercado, descontextualizando a subjetividade particular de cada ser humano e o caracterizando como um *homo economicus* (SANTOS, 1993, p. 41). Isso posto, ressalta-se que a noção de uma comunidade internacional já era visualizada por filósofos do século XVIII, em que pese Immanuel Kant (1995), que

refletia sobre o poder e dever dos Estados de exigirem dos outros que se constituam em uma comunidade de interesses comuns.

A globalização também implica a um equivalente de ocidentalização ou modernização (GIMÉNEZ, 2002, p. 25). Nesse sentido, Scholte (2000, *apud* GIMÉNEZ, 2002, p. 26) traz a globalização como

> A dinâmica pela qual as estruturas sociais da modernidade (capitalismo, racionalismo, industrialismo, burocratismo, etc.) se expandem por todo o mundo, destruindo em seu caminho as culturas preexistentes e a autodeterminação local (tradução livre).

Por conseguinte, esse sentido de globalização relaciona-se ao mencionado anteriormente por Stiglitz (progresso), em uma interpretação colonial de que o que é proveniente do "ocidente", ou seja, das nações consideradas desenvolvidas, é o que vai "salvar" os demais países. Nessa tentativa de modernização, assim, perde-se a cultura local e até mesmo formas alternativas de sistemas econômicos fora da lógica capitalista. Foi inclusive através da imposição de instituições jurídicas ocidentais nos contextos coloniais que se buscou obter o abandono da selvageria e a construção da civilização (COLAÇO, 2012, p. 48-49), sendo a repetição desse processo interligada a tentativa de expandir globalmente as estruturas ocidentais da sociedade moderna.

O quarto significado apontado é o que entende globalização pelo processo de desterritorialização de setores relevantes às relações sociais a um nível mundial, ou seja, a proliferação de relações dissociadas da lógica territorial, não submetidas a restrições de distâncias territoriais e de espaços delimitados por fronteiras (GIMÉNEZ, 2002, p. 26). Conforme Escobar (2005),

> O lugar, em outras palavras, desapareceu no "frenesi da globalização" dos últimos anos, e este enfraquecimento do lugar tem consequências profundas em nossa compreensão da cultura, do conhecimento, da natureza e da economia.

Desse modo, através da dinâmica da supraterritorialidade, enfatiza-se o papel das indústrias culturais – legado da escola de Frankfurt, aqui definidas como a chamada "cultura de massa" (GIMÉNEZ, 2002, p. 29) – no esgotamento dos modos de viver, criar e produzir localmente estabelecidos.

Por fim, outro equivalente de globalização trazido por Giménez (2002, p. 25) é liberação, relacionando-se a uma integração econômica internacional. Conforme o autor, torna-se um termo redundante ao existir a terminologia do livre-comércio através de economistas clássicos. Ainda assim, ao observar a globalização por meio de uma perspectiva comercial, percebe-se a necessidade do termo com a conotação de um processo de supressão gradual de restrições e barreiras que dificultam o processo do fluxo financeiro. Assumindo que a integração da economia capitalista em uma escala planetária pode ser concebida como uma "economia global", é preciso entender o processo de estabelecimento das instituições adequadas a tal.

Nesse contexto, pela perspectiva histórica trazida por Cruz (2005, p. 88-89), percebe-se que em sua origem o direito mercantil medieval que irradiava por toda Europa era transnacional; todavia, feito por e para os mercadores, o *ius mercatorum* possuía dispositivos que se aplicavam somente a transações que tivessem um comerciante em qualidade de comerciante. Ou seja, era um direito que ultrapassava barreiras fronteiriças, mesmo que restrito a uma classe comercial. Assim, formado pelos estatutos das corporações mercantis, pelo costume mercantil e pela jurisprudência dos comerciantes, serviu para difundir instrumentos jurídicos sem os quais seria impossível imaginar o dinamismo da economia moderna.

Os sucessores dos mercadores, por sua vez, operam em uma lógica distinta, sob o império de uma lei que se deseja abstrata e universal. A "economia global" em que se insere o moderno modelo capitalista é regulamentada, portanto, por uma foça coativa "legítima" de um direito comercial que, diferentemente do *ius mercatorum*, pouco importa a pessoa do comerciante, mas sim os "atos do comércio", a tentativa de subordinar qualquer objetivo à necessidade de acumulação de capital (CRUZ, 2005, p. 90). Esta economia, assim, "supõe o desenvolvimento de um direito igualmente global, com a garantia coativa do poder político" (CRUZ, 2005, p. 99).

Os mecanismos jurídicos servem tanto para estabelecer quanto para legitimar processos de mudança de paradigma. O desenvolvimento de um direito igualmente global a economia envolve padrões gerais a serem observados por legislações nacionais. Dessa forma, ao buscar a instauração de uma integração econômica global, organizações internacionais possuem um papel essencial na dissociação da subjetividade de Estados, estes que não correspondem a nenhuma das subjetividades hegemônicas da modernidade em construção (SANTOS, 1993, p. 35). Conforme Boaventura de Souza Santos (1993, p. 35),

> Deve-se salientar que o discurso jurídico é um suporte crucial da linguagem abstrata que permite descontextualizar e conseqüentemente (sic) negar a subjetividade do outro no mesmo processo em que a designa e a avalia à luz de critérios pretensamente universais.

Nessa perspectiva, ainda que conste no preâmbulo do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, 1947) que as negociações devem se dar através da participação de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos direcionados à redução de barreiras ao comércio, enfatiza-se a subversão das nações em desenvolvimento em relação aos interesses das nações desenvolvidas por meio do uso de um discurso jurídico e político que avalia à luz de critérios globais o que se põe como predominante para a modernidade em construção. A Organização Mundial do Comércio (OMC), enfim, acentua a produção de normas destinadas a limitar o desenvolvimento e implementação de políticas de regulação econômica dos Estados de acordo com seus próprios critérios (CRUZ, 2005, p. 102).

O papel das instituições adequadas a economia global, portanto, passa a ser questionado perante a percepção das subjetividades das nações menos desenvolvi-

das, ou seja, das discordâncias profundas que começaram a dividir os participantes oficiais das conferências da OMC (CRUZ, 2005, p. 103). Além disso, é importante ressaltar a presença de atores sociais nos processos de negociação de acordos econômicos para a difusão da perspectiva de movimentos antiglobalização. O plano de fundo, assim, da análise das manifestações ocorridas em 1999 contra o encontro da OMC em Seattle e das suas repercussões, parte de um conceito da globalização relacionado a uma integração econômica internacional.

3 MOVIMENTOS SOCIAIS ANTIGLOBALIZAÇÃO

Definida a conceituação de globalização, realiza-se então uma análise propriamente da antiglobalização. A partir da compreensão da globalização capitalista, tem-se uma concepção dos movimentos antiglobalização como a oposição a esse processo, não em um sentido de reforma, como também é argumentado por autores como Milton Santos (2000), mas em um sentido de quebra de paradigma.

Entende-se a antiglobalização, assim, como um movimento social global, que conecta movimentos sociais diversos, através de uma perspectiva que intersecciona ambientalistas, feministas, defensores de direitos humanos e de direitos trabalhistas, entre outros. Essa conexão se dá com o intuito de uma luta comum contra a economia global, contra a globalização do mercado que apenas reinsere uma lógica colonialista.

3.1 PRÉ-BATALHA DE SEATTLE

A partir dos anos 1970, a consciência global do mundo como um todo começa a alcançar um nível de massa, com uma intensificação da percepção dessa comunidade globalizada e esse sentido de pertencimento global (GIMÉNEZ, 2002, p. 37-38). A identidade global que permite a percepção do mundo como um lugar único e singular que todos compartilhamos influencia a mudança gradual no funcionamento das organizações econômicas multilaterais, que se dá logo no início da década de 1980, com a emergência de um multilateralismo na tentativa de reconstituir sociedades e autoridades políticas em uma escala global (O'BRIEN, 2000, p. 2-3).

O avanço da liberalização econômica na economia política global a partir dos anos 1980 trouxe um processo de desregulamentação nos países desenvolvidos, mas também envolveu no mundo em desenvolvimento uma liberalização das economias após programas de ajuste estrutural (O'BRIEN, 2000, p. 7). A meta, assim, da rodada Uruguai do GATT, em 1986, era o ideal de normas globais para manter a economia global que se formava (CRUZ, 2005, p. 102). Aqui, quando ambientalistas ameaçaram descarrilhar os Acordos relacionados a negociação agrícola, percebeu-se a influência dos movimentos sociais globais na atuação dos principais atores que controlam o destino das organizações econômicas multilaterais (O'BRIEN, 2000, p. 19).

Ainda assim, antes da década de 1990, os movimentos sociais eram muito dispersos e focalizados principalmente em países menos desenvolvidos. Desse modo, de acordo com Stiglitz (2002, p. 29)

> Há décadas, as populações no mundo em desenvolvimento protestam quando os programas de austeridade impostos a seus países se revelam severos demais, mas os protestos dessas pessoas praticamente não são ouvidos no Ocidente. O que é novo é a onda de protestos que está acontecendo nos países desenvolvidos.

Essa nova onda de protestos era formada por cidadãos comuns marchando nas ruas de Praga, Seattle, Washington e Gênova, mostrando a necessidade de uma reforma na globalização que se formava (STIGLITZ, 2002, p. 35-36). É importante enfatizar os protestos que levaram a paralisação do Acordo Multilateral de Investimentos da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, inclusive com o aporte da *Internet* para a discussão que levou à organização dos manifestantes (MARTIN; VARNEY, 2000).

Os dois principais eventos que abalaram a agenda da globalização foram a sequência das crises cambiais e bancárias na Ásia, Rússia e até mesmo Brasil, em 1997, e o considerado "fracasso" da conferência da OMC em Seattle (CRUZ, 2005, p. 103). O primeiro evento retomou o debate sobre o papel das organizações econômicas multilaterais e sobre o sistema financeiro internacional, principalmente pela reação em cadeia desencadeada que atingiu países considerados exemplos de economias saudáveis (CRUZ, 2005, p. 103). Ainda assim, o debate centrou-se principalmente nos grandes atores internacionais. O segundo evento será tratado a seguir.

3.2 ANÁLISE DAS MANIFESTAÇÕES CONTRA O ENCONTRO DA OMC EM SEATTLE

Há 21 anos, cerca de 70.000 manifestantes ocuparam as ruas da cidade de Seattle pelo protesto que ficou conhecido como a "Batalha de Seattle", pela sua severa repressão policial. Essa mobilização inédita contra o capitalismo global juntou anarquistas, ambientalistas, ativistas de direitos humanos e sindicalistas, que desenvolviam a consciência de que as medidas liberais em discussão na conferência ministral da OMC exploravam os países pobres, favorecendo os mais ricos. Os manifestantes "perturbaram significativamente os trabalhos dos negociadores e garantiram ao chamado movimento antiglobalização, em todo mundo, um espaço reservado nas manchetes dos jornais" (CRUZ, 2005, p. 103).

Ressalta-se que aqui foi utilizada pela primeira vez a denominação "antiglobalização" pelo jornal *The Economist*. Desse modo, a denominação é rejeitada por alguns autores que a consideram negativa e trazem alternativas à globalização, como Milton Santos e Della Porta. Contudo, é inegável que as manifestações ocorridas durante a reunião da OMC foi o ponto inicial para que tais acontecimentos seguissem se disseminando e tornando-se mais fortes (STIGLITZ, 2005, p. 29).

A importância da propagação midiática do movimento se percebe pelo fato de que a organização dos protestos ocorreu, também, pela *internet*. Di Felice (2019), sociólogo italiano, reitera que a batalha de Seattle consagrou um novo modelo de

interação, um ativismo que "nasce" nas redes digitais e não se identifica com uma ideologia partidária única. Essa repercussão global da organização de movimentos contra a globalização, quase que paradoxalmente, transmitiu com maior intensidade a percepção da necessidade dos movimentos antiglobalização. Conforme Stiglitz (2005, p. 30-31),

> A globalização reduziu a sensação de isolamento que muitas das nações em desenvolvimento sentiam um século atrás, e deu acesso a um conhecimento que estava além do alcance de muitas pessoas nesses países [...]. Os protestos antiglobalização propriamente ditos são um resultado dessa ligação.

Sendo assim, o impulso das manifestações ocorridas em Seattle se demonstra não apenas em relação à percepção dos movimentos sociais da sua capacidade em uníssono para barrar grandes conferências de interesses econômicos, mas também em relação à possibilidade de outras formas de organização de suas vozes. Os protestos que tomaram forma na virada do milênio se fortaleceram devido a participação de movimentos sociais de países desenvolvidos que, unidos aos interesses muitas vezes imperceptíveis dos países em desenvolvimento, barraram negociações e estimularam seus principais atores a se imporem.

3.3 A GLOBALIZAÇÃO DA ANTIGLOBALIZAÇÃO

A percepção de que a construção de uma aldeia global por meio de um mercado que se diz capaz de homogeneizar o planeta se enquadra em uma "fábula" da globalização, de acordo com Milton Santos (2009, p. 9), nos leva a compreender quando o autor caracteriza a globalização como uma "fábrica de perversidades" (SANTOS, 2009, p. 10). A crise do período em que se vive se apresenta como uma crise estrutural, em que a "raiz dessa evolução negativa da humanidade tem relação com a adesão desenfreada aos comportamentos competitivos que atualmente caracterizam as ações hegemônicas" (SANTOS, 2009, p. 10). Ou seja, no século XXI, não é mais apenas uma percepção de que a globalização que estava tentando ser desenvolvida não é viável, mas uma certeza.

Autores como Della Porta (2007) utilizam o termo "movimento por uma nova globalização" argumentando que, além dos protestos, há também um horizonte propositivo. Desse modo, os movimentos contrários à globalização que surgem posterior à batalha de Seattle também tomam forma em um sentido de reformular o período que vivemos, para a construção de uma globalização mais humana. Milton Santos surge com uma alternativa à globalização, reiterando que uma "história universal verdadeiramente humana está, finalmente, começando" (SANTOS, 2009, p. 85). Contudo, como o próprio autor enfatiza, o processo de tomada de consciência não é homogêneo (SANTOS, 2009, p. 82).

Por mais que tenha se tornado cada vez mais claro, tanto para os cidadãos quanto para aqueles que formulam políticas, que a globalização não satisfaz as expectativas e nem realiza o que pode e deve realizar (STIGLITZ, 2005, p. 47), ainda é

necessária uma maior reflexão acerca de alternativas possíveis a esse processo, de forma a buscar uma quebra de paradigma. Contudo, destaca-se ainda a relevância do Fórum Social Mundial (FSM), evento realizado anualmente desde 2001 com objetivo de elaborar alternativas para uma transformação social global.

Com o foco de uma reforma da globalização neoliberal, buscando incorporar questões sociais relevantes na agenda política e apostando em âmbitos institucionalizados, o FSM surge com perspectivas para se pensar uma sociedade altermundialista. Desse modo, o termo antiglobalização não é adequado, pois não há uma oposição, em geral, à globalização econômica, mas uma tentativa de reestruturá-la.

Em uma perspectiva de quebra de paradigma, enfatiza-se a atuação do ramo anticapitalista de oposição à globalização no sentido de uma integração econômica internacional. A maior identidade, aqui, é a Ação Global dos Povos, que possuem uma movimentação anterior à batalha de Seattle, mas somente fortalecida após a virada do milênio.

A sua maior função é servir de um espaço político, com maior participação de movimentos sociais de base, não afastado de um marco propositivo, mas mais centrado em ações descentralizadas em dias de ações globais anticapitalistas. É um movimento com uma plataforma *online* que funciona como um instrumento global de comunicação e coordenação para aqueles que se organizam em ações enfáticas contra a globalização, construindo alternativas locais. Possui princípios organizacionais, conforme o primeiro:

> 1. A AGP é um instrumento de coordenação, não de organização. Os seus principais objetivos são: i. Inspirar o maior número possível de pessoas, movimentos e organizações a agir contra a dominação das corporações através da desobediência civil não-violenta e de ações construtivas orientadas pelos povos. ii. Oferecer um instrumento para coordenação e apoio mútuo a nível global para aqueles que resistem às regras das corporações e ao paradigma de desenvolvimento capitalista. iii. Dar maior projeção internacional às lutas contra a liberalização econômica e o capitalismo global.

Desse modo, percebe-se que há uma maior complexidade da atuação dos movimentos sociais globais e que o predominante nas duas últimas décadas após as manifestações em Seattle é um trabalho virtual na *Internet*, com protestos que se articulam de forma pontual, além da consolidação de um espaço de intercâmbio de experiências entre diferentes atores e iniciativas de todo o mundo, inclusive que não se caracterizam antiglobalistas. O movimento antiglobalização, assim, ao mesmo tempo que teve seu impulso centrado no início da década de 2000, torna-se globalizado pelo alcance da *Internet* e da difusão da informação.

Mesmo com a dissolução do movimento após as manifestações de Seattle, ainda foram mantidos eixos e redes, que resultaram em protestos e propostas focaliza-

dos. Logo, o que se faz presente são "glocalidades", redes produtoras de identidades baseadas no lugar e ao mesmo tempo transnacionalizadas, uma aproximação entre a localização do global e a globalização do local (ESCOBAR, 2005). As discussões que se levantam em tais pólos são fruto da resistência demonstrada em Seattle, que se traduzem em "pontos de inflexão na dinâmica interna da OMC" – como dito pelo embaixador Celso Amorim em relação a conferência da OMC em Cancún em 2003 – e ações e espaços articulados – como os contra a Cúpula do Clima das Nações Unidas em Copenhagen em 2009.

Nas últimas décadas, portanto, há uma elevação da ação local de caráter transnacional, um movimento antiglobalização localizado e, principalmente, difundido pela web. Isso de forma alguma retira o caráter de oposição ao mundo globalizado que visa uma economia global, apenas fortalece os núcleos locais de atuação em conjunto com uma cordenação e cooperação mundial.

4. MOVIMENTOS ANTIGLOBALIZAÇÃO E O DIREITO

Os movimentos antiglobalização são, sobretudo, movimentos sociais. A partir disso, enfatiza-se que a relação entre movimentos sociais e o direito é ambígua: algumas demandas podem ser alcançadas por meio das instituições e algumas se encontram à margem do direito (CARDOSO; FANTI, 2013, p. 237).

Nesse sentido, relacionando com as mobilizações que são estimuladas pela batalha de Seattle, percebe-se que a ação por meio do Fórum Social Mundial pode ser observada como a tentativa de organizar demandas por meio de mecanismos jurídicos, inclusive pontos de reflexões para a sociologia jurídica e a antropologia jurídica. O movimento da Ação Global dos Povos, assim, encontrar-se-ia à margem do direito, contudo, se analisado o direito como uma prática social, conforme McCann (*apud* CARDOSO; FANTI, 2013, p. 247), observa-se que "símbolos e discursos jurídicos fornecem recursos relativamente maleáveis que são rotineiramente reconstruídos na medida em que os cidadãos buscam avançar no que diz respeito a seus interesses e projetos na vida cotidiana" (MCCANN, *apud* CARDOSO; FANTI, 2013, p. 248).

A sequência de grandes manifestações ocorridas no início da década, assim, evidencia a tentativa de cidadãos em avançar na construção de uma discussão antiglobalizada. Nice, França, 2000, 50.000 pessoas; Quebec, Canadá, 2001, 30.000 pessoas; Barcelona, Espanha, 2002, 300.000 pessoas; Bombaim, Índia, 2004, 100.000 pessoas; Porto Alegre, Brasil, 2005, 155.000 pessoas; entre tantas outras que influenciaram discussões e barraram negociações, demonstra o uso de estratégias de mobilização do direito por agentes coletivos para alcançar resultados políticos práticos (MACIEL, 2011, *apud* CARDOSO; FANTI, 2013, p. 253).

Entre discussões que são influenciadas pelas ações coletivas, destaca-se as novas perspectivas para a antropologia jurídica, com aportes decoloniais, relacionados a concepções de Estados Plurinacionais no cenário internacional (COLAÇO, 2012, p. 151), a constatação do direito a existir relacionado a questões ecológicas (ESCOBAR, 2005) e o pensar do direito a partir dos saberes locais (COLAÇO, 2012, p. 190). Além disso, com as redes online de mobilizações, "formam-se [...] novos cenários para se

pensar o direito, facilitando o acesso à informação pública e o debate como fundamento de participação política, dinamizando, desse modo, as resistências populares" (COLAÇO, 2012, p.181).

Dessa forma, a antiglobalização que busca a quebra de uma economia global, se encontra em contato com o direito quando as discussões levantadas fortalecem ações políticas dentro das próprias instituições, como na conferência da OMC em Cancún, em 2003, avaliada pelo presidente da Confederação Indiana das Indústrias, Anand Mahindra, como um reconhecimento da força que são os países em desenvolvimento. As alianças formadas demonstram a percepção do poder das coalizões sobre os mais diversos temas, que ressuscita a clivagem Norte-Sul e fortalece as posições negociadoras dos países em desenvolvimento (CRUZ, 2005, p. 85).

Assim, o que antes era percebido como uma estabilidade das organizações econômicas multilaterais, é cada vez mais concebido como uma incerteza, frente ao avanço da oposição a uma economia globalizada. Sebastião Cruz (2005, p. 104) percebe que "a produção de normas econômicas internacionais tende a se dar no futuro mediante um processo cada vez mais politizado". Essa politização pode ser compreendida pelo aumento das discussões e manifestações provocado pelo impulso da batalha de Seattle, que perturba a homogeneidade da economia global.

Desde o *ius mercatorum* ao estabelecimento da OMC, nunca houve uma politização tão grande dos atores presentes nas discussões de produção de normas como há na atualidade. As reflexões difundidas possuem um alcance cada vez maior, influenciando diretamente nas grandes tomadas de decisões. Os desafios sentidos no desenvolvimento e na implementação de políticas de regulamentação econômica internacionais, portanto, refletem os impactos do episódio aqui estudado.

5. CONCLUSÃO

A presença de atores sociais nos processos de negociação de acordos econômicos que difundem a perspectiva de movimentos antiglobalização só é possível pelo avanço das discussões que têm tomado força nas duas últimas décadas referentes a quebra do paradigma da globalização. Portanto, esse artigo buscou verificar por meio de uma análise sociojurídica a influência das manifestações ocorridas em Seattle, Estados Unidos, em 1999, no fomento dessas discussões e suas repercussões em campos do direito.

Com uma análise partindo da relação entre globalização e integração econômica internacional, percebeu-se o impulso que a batalha de Seattle gerou em relação a percepção da ação conjunta de diferentes movimentos sociais em prol de um mesmo objetivo, através de mobilizações coordenadas de forma *online*. Além disso, a atuação de cidadãos de países desenvolvidos nos movimentos antiglobalização também se intensificou, fortalecendo a barragem de negociações e estimulando os principais atores políticos a se imporem.

Reitera-se a percepção do trabalho virtual de coordenação das manifestações recentes para a articulação de protestos que se dão de forma pontual. Assim, ainda que

haja uma globalização – aqui, em um sentido de internacionalização – dos movimentos antiglobalização, as manifestações ocorrem de maneira focalizada. Além disso, é importante destacar também o papel da *Internet* para a consolidação de espaços de intercâmbio de experiências entre diferentes atores e iniciativas de todo o mundo, incluindo de perspectivas altermundistas.

Logo, a presença dessas "glocalidades", ou seja, dessas redes produtoras de identidades baseadas no lugar e ao mesmo tempo transnacionalizadas, ainda que centradas em locais, de forma alguma não se opõem ao mundo globalizado que visa uma economia global. Pelo contrário, os núcleos de atuação locais em conjunto com uma coordenação e cooperação mundial apenas fortalece a produção de alternativas para a globalização, seja referente a uma quebra de paradigma ou a uma reforma do processo.

A relação com o direito, assim, é trazida principalmente em questão de demandas levadas às instituições, com foco nas organizações econômicas multilaterais. Além disso, as discussões provocadas pelo impulso da batalha de Seattle movimentam as reflexões da sociologia e da antropologia jurídicas, que buscam se moldar a perspectivas antiglobalizadas.

Por fim, destaca-se que a politização da produção de normas econômicas internacionais se demonstra fruto dos movimentos sociais antiglobalização e da influência que ocasionam em atores políticos. A homogeneidade da economia global encontra-se perturbada, e a principal manifestação contra ela teve sucesso tanto na época em que ocorreu quanto no impulso que segue sendo sentido até hoje.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACORDO Geral sobre Tarifas e Comércio = GENERAL Agreement on Tariffs and Trade ("GATT"). 1947. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf. Acesso em: 09 dez. 2019.

CARDOSO, Evorah Lusci; FANTI, Fabiola. *Movimentos sociais e direito:* o Poder Judiciário em disputa. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina:* o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

CRUZ, Sebastião C. Velasco e. *Estado e Mercado: a OMC e a constituição (incerta) de uma ordem econômica global.* In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 20, nº 57. Fev. 2005.

DELLA PORTA, Donatella. *O movimento por uma nova globalização.* Loyola: São Paulo, 2007.

ESCOBAR, Arturo. *O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento?*. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.

FELICE, Massimo Di. Entrevista ao Nexo. In: SAYURI, Juliana. *Os 20 anos da 'Batalha de Seattle'. E por que o protesto foi um marco*. Nexo, 07 mar. 2019. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/03/07/Os-20-anos-da-%E2%80%98Batalha-de-Seattle%E2%80%99.-E-por-que-o-protesto-foi-um-marco. Acesso em: 10 dez. 2019.

GIMÉNEZ, Gilberto. *Globalización y cultura*. In: Estudios Sociológicos, vol. XX, núm 1, Distrito Federal, México. Janeiro-abril, 2002.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: Um projeto filosófico.* Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 1995. Título Original: Zum ewigen frienden, philosophischer entruff

MARTIN, Brian; VARNEY, Wendy. *Net Resistance, Net Benefits: Opposing MAI in Social Alternatives.* Vol. 19, No. 1, Jan. 2000.

Manifesto da Ação Global dos Povos. Disponível em: https://www.nadir.org/nadir/initiativ/agp/pt/manifesto.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

O'BRIEN, Robert, et al. *Contesting global governance: Multilateral economic institutions and global social movements.* Vol. 71. Cambridge University Press, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Modernidade, identidade e a cultura de fronteira.* Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 5(1-2): 31-52, 1993.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.* Rio de Janeiro: Record, 2009.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.

The battle in Seattle. The economist, 27 nov. 1999. Disponível em: https://www.economist.com/special/1999/11/25/the-battle-in-seattle. Acesso em: 10 dez. 2019.

O PROCESSO DE TRANSIÇÃO PÓS-DITADURA CIVIL-MILITAR (1964-1985) NO BRASIL NA ERA DA NOSTALGIA: O DIREITO À MEMÓRIA COMO PILAR DE FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA

THE CIVIL-MILITARY POST-DICTATORSHIP TRANSITION PROCESS IN BRAZIL IN THE NOSTALGIA AGE: THE RIGHT TO MEMORY AS A BUTTRESS OF DEMOCRATIC FORMATION

Carlos Luan Lima Maciel*

Resumo: O passado torna-se um local de disputa em meio ao constante revisionismo daquilo que foi a ditadura civil-militar brasileira. A aplicação de mecanismo de Justiça de Transição é importante termômetro para se analisar o estabelecimento da Democracia. Ao olhar o Brasil, percebe-se o uso recorrente de medidas de reparação e as pouco impactantes medidas de reformas das instituições e, principalmente, para o estabelecimento do Direito à memória e à verdade impactados pela ausência de persecução penal deixadas por uma transição controlada pelo regime. O presente trabalho visa analisar, através de uma metodologia histórica, como grupos de extrema direita usaram dessa característica da Justiça de Transição no Brasil para criar um movimento em que a nostalgia era usada para acender o sentimento de volta ao que foi o regime autoritário e reconstituí-lo, em parte por falta de uma política fortemente voltada ao espectro da memória numa narrativa nacional do que foi a Ditadura. Para isso, desenvolveu-se um raciocínio dedutivo partindo de uma pesquisa bibliográfica de autores nacionais e internacionais estudando como o fenômeno moderno afeta a transição brasileira. Assim, aponta-se os principais avanços e os problemas que resistem para uma efetiva implementação da Justiça de Transição no Brasil. Por fim, percebe-se que o atual movimento de idealização do que foi a Ditadura Civil-Militar é influenciada pela falta de ações efetivas de memória no Brasil.

Palavras-chave: Justiça de transição; Ditadura Civil-Militar; Memória.

Abstract: *The past becomes a place of dispute amid the constant revisionism of what was the Brazilian civil-military dictatorship. The application of the Transitional Justice mechanism is an important thermometer to analyze the establishment of Democracy. When looking at Brazil, one perceives the recurrent use of reparation measures and the little impacting measures of reform of the institutions and, mainly, for the establishment of the Right to memory and the truth affected by the absence of criminal prosecution left by a transition controlled by the regime. This work aims to analyze how far right*

* Estudante de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Editor da seção de resenhas da Revista Estudantil *Manus Iuris* (REMI). carlosluanmaciel@gmail.com

groups used this characteristic of Transitional Justice in Brazil to create a movement in which nostalgia was used to ignite the feeling back to what the authoritarian regime was and to reconstitute it, partly due to lack of a policy strongly focused on the spectrum of memory in a national narrative of what was the Dictatorship. For this, a deductive reasoning developed based on a bibliographic research by national and international authors studying how the modern phenomenon affects the Brazilian transition. Thus, it points out the main advances and the problems that resist to an effective implementation of Transitional Justice in Brazil. Finally, it is clear that the current movement of idealization of what was the Civil-Military Dictatorship is influenced by the lack of effective actions of memory in Brazil.

Keywords: *Transitional justice; Civil-Military Dictatorship; Memory.*

INTRODUÇÃO

Lidar com o passado sempre foi um desafio para o povo brasileiro. Muitos foram os momentos em que regimes de cunho autoritário se estabeleceram, mudanças constitucionais, reformas políticas e administrativas, perseguições políticas e instabilidade jurídica. O presente trabalho visa estabelecer como as narrativas referentes à ditadura civil-militar pelo qual o Brasil passou entre os anos de 1964 e 1985 influenciaram um movimento nostálgico e revisionista capitaneado por grupos conservadores de extrema direita.

Nesse sentido, analisa-se no presente texto como os trabalhos de Justiça de Transição ocorridos no período da redemocratização influenciaram na criação de uma memória nacional sobre o passado. Ainda assim, perceber como a falta de uma narrativa oficial, contundente e de afirmação de que erros foram cometidos por agentes estatais desencadeou a fragmentação social que busca reviver os dias de outrora mais autoritários.

Para isso, o presente estudo buscará trabalhar primeiro a definição do que é Justiça de Transição e como a memória está inserida dentro do contexto brasileiro através do texto da ONU (2009) que define Justiça de Transição e de autores como Abrão e Torelly (2010; 2011), Corrêa (2013), Pau Van Zyl (2009), Paixão e Barbosa (2008). Em seguida, de maneira indutiva, mostrar-se-á como a sociedade contemporânea, embebida pela epidêmica global de nostalgia, acaba por perceber o passado brasileiro através de uma frágil articulação de memória nacional através de autores como Bauman (2017), Boym (2017), Martins (2018), Pereira (2018), Duncan e Stevens (2012).

Dessa maneira, percebeu-se que apesar dos imensos avanços obtidos por políticas públicas brasileiras de cunho transicional, ainda há muitos desafios a serem vencidos, tanto de ordem legislativa, quanto política. A percepção daquilo que foi, e da forma como é representada, a ditadura civil-militar brasileira se tornou um campo de disputa de narrativas em meio aquilo que o Século XXI se transformou com a ascensão de grupos de extrema direita.

1. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A construção de uma sociedade democrática pós-conflito pode gerar dúvidas sobre como lidar com esse passado que esconde, em muitos casos, o pior de um povo. Para isso, a Organização das Nações Unidas (ONU) esclarece que

> Nossas experiências na última década demonstram claramente que a consolidação da paz no período pós-conflito, assim como a manutenção da paz no longo prazo, não pode ser atingida a menos que a população esteja confiante que a reparação das injustiças pode ser obtida através de legítimas estruturas para a solução pacífica de disputas e a correta administração da justiça (ONU, 2009, p.323)

Diante desse contexto, surge a necessidade de estabelecer uma política de transição que vise atingir a reparação necessária e rogada pela sociedade. Assim, estrutura-se de maneira internacional o conceito de Justiça de Transição e que propõe quatro princípios basilares que compreenderiam: a reparação das vítimas; a regularização da justiça e o estabelecimento da igualdade de todos e todas perante a lei; a reforma das instituições que perpetraram violações contra os direitos humanos; e a busca pelo fornecimento da verdade e a construção da memória (ABRÃO; TORELLY, 2010).

É válido ressalvar que os quatro "pilares" da Justiça de Transição não necessariamente se apresentam, na realidade, na mesma sequência apresentada e nem que esta seja uma ordem preferencial, mas, sim, apenas uma referência para que ações e políticas públicas sejam produzidas através dessas temáticas. Visto isso, o caso brasileiro apresenta muitas peculiaridades.

Para entender como a Justiça de Transição foi aplicada no Brasil, o trabalho passará a analisar como se deu o fim da Ditadura Civil-Militar e a inserção dos novos sonhos democráticos. Em seguida, verá as atividades desenvolvidas no período democrático e os entraves numa construção de memória nacional do período autoritário.

1.1 A TRANSIÇÃO NO BRASIL

Entender o processo que levou o Brasil de uma Ditadura Civil-Militar para uma Democracia é perceber como se estabeleceu uma marcha que fora controlada por aqueles que haviam dado o golpe em 1964. Como bem lembra Júnior (2019), essa percepção de linha temporal é algo aparente e não se resume somente ao processo de um regime político autoritário para o democrático "em que os responsáveis pela condução do processo de sucessão estejam teoricamente numa posição institucional mais favorável que aqueles que são sucedidos" (JÚNIOR, 2019, p.256).

Observar a experiência brasileira é demonstrar que aqueles que foram sucedidos é que estabeleceram as medidas necessárias para que os sucessores pudessem consolidar o regime democrático por meio de um processo pouco linear de avanços e recuos. Não obstante, pode-se indagar como essas medidas podem influenciar na

nascente Democracia?

A abertura do governo autoritário se inicia através da chegada de Geisel na chefia do Executivo que, apesar de estar disposto a entregar o País para um regime mais aberto e democrático, o fez tendo como a máxima que a abertura seria "lenta, gradual e segura" (FAUSTO, 1995, p. 489). Assim, a retomada se deu por um longo caminho que perdurou os 11 anos seguintes com reformas e medidas liberalizantes dentro do meio político e social, entretanto, sempre conforme os ditames do regime militar (KINZO, 2001).

Os desafios que a Democracia precisava enfrentar para se reestabelecer no Brasil eram muitos, precisava-se, primeiro, aplainar as vontades divergentes vindas do comando militar e que estava dividido entre o grupo que não via com bons olhos a abertura e que representava uma ala mais repressiva conhecida como "linha-dura" e outra, a qual fazia parte Geisel, que estava preparada para entregar o governo aos civis e retornar aos quarteis e que era conhecida como "sorbonne" (FAUSTO, 1995). Essa característica do processo de transição fez com que medidas liberalizantes fossem combinadas com medidas repressivas, sempre buscando uma junção desses dois grupos.

Diante disso, decisões como a reabertura do congresso, eleições para seus representantes, a concessão ao pluripartidarismo, foram mescladas com fortes repressões às manifestações e perseguições políticas.

> Geisel apertou o cerco, introduzindo em abril de 1977 uma série de medidas que ficaram conhecidas como o 'pacote de abril'. O 'pacote' foi baixado depois de uma crise entre o Executivo e o Congresso, quando governo não conseguiu a maioria necessária de dois terços para aprovar várias alterações constitucionais. O presidente, em resposta, colocou o Congresso em recesso e, a partir daí, emendou a Constituição e baixou vários decretos-leis. [...] Ao mesmo tempo, o governo iniciou em 1978 encontros com os líderes do MDB, da ABI e representantes da CNBB para encaminhar a restauração das liberdades públicas (FAUSTO, 1995, p.493)

Esse processo esquizofrênico foi marcado pela sobreposição de uma ala moderada da oposição na construção de uma frente ampla democrática e que usava de protestos nas ruas e de negociações com o regime militar para colocar em pauta a reabertura política (KINZO, 2001). Não obstante, ainda existia outro fator que era preciso superar dentro do próprio exército uma vez que o golpe havia desestruturado a hierarquia do comando ao passo que "o poder [em 1964] fora tomado pelos órgãos de repressão, produzindo reflexos negativos na hierarquia das Forças Armadas" (FAUSTO, 1995, p.490).

Diante disso, Geisel põe como seu sucessor, para dar continuidade na abertura política, Figueiredo, que fez parte do aparelho repressivo. Uma das marcas de seu

governo fora a forma como "tirou das mãos da oposição uma de suas principais bandeiras: a luta pela anistia. A lei de anistia aprovada pelo Congresso continha entretanto restrições e fazia uma importante concessão à linha-dura" (FAUSTO, 1995, p.504). Essa legislação posta durante a reabertura acabou por ter reflexos importantes na implementação de uma Justiça de Transição no período democrático. De acordo com Kinzo, "significava que a Nova República nascia sob circunstâncias bastante frágeis, especialmente para um presidente que teria de enfrentar uma crise econômica e social que se avolumava" (KINZO, 2001, p.7).

Esse processo, pouco negociado e regido pelos militares, também retirou outra demanda da oposição, e de fundamental importância para consolidar o advento da Democracia, a eleição direta pedida pela emenda Dante de Oliveira e que resultou numa grande movimentação pelas ruas do País. Com isso, foi o colégio eleitoral que colocara o primeiro civil no cargo de presidente após 21 anos sob o julgo das forças armadas.

No entanto, o processo de transição ainda não havia acabado. A necessidade a estruturação do novo regime democrático entorno de uma nova Constituição fez com que a Assembleia Constituinte formada em 1987 tivesse uma inclusão, não vista antes, de setores populares (FAUSTO, 1995). A formulação do novo texto constitucional também refletiu a complexidade do que foi a democratização brasileira. Kinzo (2001) coloca essa elaboração como sendo

> Uma refundação que se apoiava num acordo negociado [e que] seria pressionada em duas direções: de um lado, pelas forças políticas do *ancién regime* tentando assegurar seu espaço neste novo cenário; e de outro, pelos setores de esquerda que, embora minoritários, adquiriram importante papel no processo constituinte (KINZO, 2001, p.8)

Longas negociações e a participação de diferentes camadas sociais marcaram o advento da Constituição de 1988, a primeira realizada por uma Assembleia eleita desde a Constituição de 1946. Esse cenário representou o estabelecimento da nova fase democrática no Brasil, isto é, "através de acomodações e do entrelaçamento de práticas e estruturas novas e antigas, combinação esta que estruturou as opções e estratégias seguidas pelos principais atores do processo político" (KINZO, 2001, p.9). Essa ideia de se estruturar políticas públicas equilibrando acordos com setores antagônicos acabou acompanhando os governos seguintes na República e refletindo na sua implementação no que tange a transição.

1.2 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O BRASIL

Conforme elenca Junior (2019), é necessário que se estabeleça uma diferença entre a transição política e as políticas de justiça de transição. Enquanto que a primeira se faz através do entendimento entre passagem de um regime político para outro, a segunda é uma relação de ações que visam a "reconstituição do Estado de Direito e na criação de condições favoráveis para a garantia de uma paz sustentável" (SOARES

JUNIOR, 2019, p.256). Dessa maneira, não seria tolerável para o bom funcionamento das instituições democráticas a recepção de legislações que impeçam a implementação de políticas públicas com o cunho de Justiça de Transição.

No entanto, a experiência de uma abertura "lenta, gradual e segura" fez com que o Brasil enfrentasse, desde logo, o embate com os entraves que o Regime Militar havia deixado. Esse quadro revela o que Pereira (2010) chamou de "Legado Autoritário", ou seja, "são configurações institucionais que 'sobrevivem à transição democrática e intervêm na qualidade e na prática das democracias pós-autoritárias'" (PEREIRA, 2010, p.239). Essa configuração representaria um limitador das ações de Justiça de transição.

Na perspectiva de Pereira (2010), a Ditadura Civil-Militar brasileira foi responsável pela criação de um arcabouço legislativo que, durante o regime e após ele, mantiveram uma fina camada de caráter legal às ações feitas. Não somente o viés legislativo foi afetado por essa característica, o Judiciário, por sua vez, foi responsável pela validação dessas leis e a criação de uma jurisprudência permissiva que agia conformes os interesses da alta cúpula do exército. Nesse processo, desenvolveu-se o que caracterizaria a legalidade autoritária, ou seja, aparatos legais que davam um "ar de normalidade" às instituições – mesmo que não fosse uma realidade – e, ao ser recebida dentro de um ambiente democrático, passou a ser um legado que se arrastaria durante a vigência da Constituição de 1988.

Diante disso, pode-se perceber que algumas demandas dentro da Justiça de Transição acabam sendo postergadas, enquanto outras simplesmente nem entram na pauta política. Nesse cenário, o processo de reparação das vítimas no Brasil, que é marcado por forte pressão popular ainda no período ditatorial, só vai se iniciar após a eleição de Fernando Henrique Cardoso, em 1995 (PEREIRA, 2010). Outrossim, demanda por uma anistia política, que acabou resultando numa lei em 1979, apensar de não ter atendido as demandas vindas das ruas e com questionamentos jurídicos, marca o início da redemocratização no Brasil. Afinal, "Após a lei de 1979, editou-se uma emenda à 'Constituição' outorgada de 1969 (EC n.26/85), que agregou a previsão da restituição dos direitos políticos aos líderes estudantis e ampliou direitos àqueles reparados pela lei no 6.683/79" (ABRÃO; TORELLY, 2011, p.216).

A reparação das vítimas, por conseguinte, acaba por ser um pilar multidimensional e gerou medidas que oportunizam uma série de direitos que lhes haviam sido negados no regime militar. Mais tarde, com a aprovação da Lei 10.559/02 poder-se-ia, assim, garantir àqueles que foram perseguidos a declaração de anistiado político, a contagem de tempo para fins de aposentadoria, a garantia de retorno a curso em escola pública, o registro de diplomas universitários obtidos no exterior, a localização dos restos mortais dos desaparecidos políticos e outros (ABRÃO; TORELLY, 2011).

As medidas de Justiça de Transição também impactaram as instituições brasileiras, apesar de haver uma demora e menor capilaridade nas disposições, algumas reformas foram efetuadas. É importante salientar que houve o encerramento de aparelhos responsáveis pela tortura e desaparecimento de pessoas, como DOI-CODI, DOPS e divisões de segurança institucional (DE AMORIM, 2016). Em outra medida, houve a criação e o fortalecimento de instituições de proteção de direitos humanos

e coletivos e da manutenção do espaço democrático, como o Ministério Público e a Defensoria Pública da União.

Conforme aponta Quinalha (2012), a Justiça de Transição tem o caráter de mobilizar debates e gerar um esforço intelectual sobre temas que buscam a democratização e os direitos humanos. Assim, um dos papeis da reforma das instituições é trazer ao centro desse debate a participação popular. Abrão e Torelly (2011) ressaltam que

> O fato é que existe inegável institucionalização da participação política e da competência política com efetiva alternância no poder de grupos políticos diferenciados, crescentes mecanismos de controle da administração pública e transparência, além de reformas significativas no sistema de Justiça. Restam reformas a serem cumpridas especialmente nas Forças Armadas e nos sistemas de Segurança Pública (ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 224)

Essa resistência em se modificar o aparato das forças de segurança pública acaba recaindo em outra dificuldade do caso brasileiro, a regularização da justiça e o estabelecimento da igualdade de todos e todas perante a lei. "Esses resultados foram influenciados tanto pela natureza da legalidade autoritária em si quanto pelas limitações colocadas pelas diferentes transições democráticas" (PEREIRA, 2010, p.238). Assim, por exemplo, a mesma lei que anistiou aqueles que foram perseguidos politicamente acabou servindo para proteger agentes que cometeram crimes de lesa-humanidade, como nos casos de tortura.

A investigação e punição desses casos é de grande importância não só para que se busquem os agentes públicos de que usaram do aparato estatal punitivo para cometer graves violações de direitos humanos, mas com a carga simbólica de demonstrar o funcionamento do Judiciário enquanto meio de apuração e punição segundo o devido processo legal, com respeito a defesa e aos direitos humanos (JUNIOR, 2019). Essa atuação do Estado serviria para demonstrar o reconhecimento de proteção às vítimas e de defesa e promoção da Democracia.

Diante disso, a composição do regime democrático, após 21 anos de uma ditadura civil-militar (1964-1985), passou a priorizar determinadas demandas de interesse daqueles que comandaram a abertura, de forma que "o processo de acerto de contas do estado brasileiro com o passado priorizou apenas o dever de reparar, valendo-se de um parâmetro reparatório baseado em critérios de eminente natureza trabalhista que seria impertinente" (ABRÃO; TORELLY, 2010, p.29).

Dessa maneira, a construção da democracia precisaria conviver com os agentes públicos que ali estavam enquanto a própria máquina estatal era usada como forma de acoitar os direitos fundamentais de determinada parcela da população. O Supremo Tribunal Federal declarou válida a interpretação de que há uma anistia bilateral na lei de 1979 e "afirmou que se trata de um acordo político fundante da Constituição Democrática de 1988 e que somente o Poder Legislativo pode revê-lo" (ABRÃO; TORELLY, 2011, p.227).

Essa escolha política e jurídica de não punir os agentes que cometeram graves crimes acaba por incidir numa característica peculiar da Justiça de Transição no Brasil de que se privilegiou a reparação sem punição (DE AMORIM, 2016) . Esse quadro denota em lidar com um pretérito próximo e ainda vivo ao passo que se tenta fundar uma nova ordem. Essa tentativa brasileira mostra, conforme aponta Corrêa (2013), que:

> Essa dupla implicação entre memória-verdade e instituições revela a importância prática de traçar os limites conceituais da ideia de memória com a qual se trabalha no seio da Justiça de Transição. Ao mesmo tempo, torna-se desejável compreender em que medida as instituições são produtoras de memória, ao mesmo tempo em que a memória parece servir de ponto de apoio para operar as transformações institucionais e reformas que caracterizam o viés pragmático e político mais sensível de toda transição (CORRÊA, 2013, p.47)

Essa ausência de construção de uma memória durável e a busca irrestrita pela verdade, em parte vedada pela própria abertura política, ocasionariam uma fraca narrativa sobre aquilo que foi o Golpe de 1964. Destarte, deixa-se os pontos de vista aceder e mesclar à história real e de perceber a maneira como as pessoas entendem e são influenciadas pelas narrativas do passado (CORRÊA, 2013).

2. O PASSADO BATE À PORTA

Para entender melhor como se dá o processo de influência que a falta de políticas públicas de memória e verdade mais eficientes, é preciso entender como se dá a construção de uma memória coletiva dentro da sociedade contemporânea. Assim, passa-se a analisar como se deu a construção de um movimento de idealização e negação da Ditadura Civil-Militar brasileira.

O ímpeto da construção sólida do mais duradouro período democrático enfrentado pelo Brasil inicia o século XXI com a força e a efusão pelas transformações necessárias. No entanto, dimensionar o impacto que a Ditadura Civil-Militar causou enquanto experiência social e como isso ainda reverbera no presente de forma a obstaculizar a qualidade da nascente democracia parece um desafio ainda longe se solucionar (QUINALHA, 2012).

Dessa maneira, falar do processo de construção da memória do tempo ditatorial é pavimentar o caminho de consolidação democrático do País. Abrir espaço para discutir o direito à memória é garantir o reconhecimento da existência de grupos diversos, de sua participação na formação da vida, que contestaram os discursos emitidos pelos governos que se utilizaram do aparelho público para impor um regime autoritário. Além disso, é dar luz sobre os crimes cometidos em diferentes formas de violência em nome de valores antidemocráticos (CAMARGO, 2017).

O ambiente de silenciamento sobre o passado, de acobertamento de crimes e de seus autores, abre espaço para movimentos de manipulação das narrativas produzi-

das por aqueles que tem interesse no retorno aos tempos de outrora. A pertinência de um legado autoritário conduziu uma vivência de Justiça de Transição que teve como base uma pretensa amnésia (PAREIRA, 2010). Diante disso, "o passado está entremeado de latências não realizadas [ainda-não-conscientes], sendo, por isso mesmo, atravessado por um movimento que repercute no presente imediato do 'instante vivido'" (MARQUES, 2017, p.105). Assim, é através dos espaços deixados pelo não fortalecimento do direito à verdade e à memória que se consolida uma visão manipulada do que foi o passado.

Esse desafio enfrentado pela jovem democracia fez com que velhos pesadelos fossem colocados no campo do esquecimento e novos dilemas se intensificaram e avolumaram diante de um futuro incerto (BAUMAN, 2017), ou seja, em meio as crises no ambiente democrático, discursos autoritários, e que se aproveitam da falta de uma memória coletiva acerca dos traumas do passado, ganham força. Para Pereira (2010), esse momento seria pertinente para a mistificação de um passado autoritário e que manteria o *status quo* daqueles beneficiados por outrora.

Souza (2017), vai observar como esse fenômeno de idealização acaba sendo utilizado por uma camada social ligada à elite econômica. O autor vai estabelecer que o passado escravocrata e autoritário do Brasil acabou por formular um processo de manutenção do *status quo*. Chauí (2006), ao observar o mesmo fenômeno, pontua que esse legado construído desde o Brasil Imperial ainda respinga e influencia as políticas públicas brasileiras e a mídia.

Nesse sentido, a "elite do atraso" assim chamada por Souza (2017) acaba por sugestionar diferentes setores no País, dentre eles a classe média. É justamente esse setor, por seu poderio econômico e social, que frequentemente alia-se a movimentos autoritários que desrespeitam a ordem democrática.

Não obstante, ainda necessitaria de uma massa de pessoas que defendesse o retorno aos tempos antidemocráticos e que fosse conquistada por uma ficcional ideia de abonança trazida por aquela época. Assim, grupos organizados de extrema direita, e saudosistas do regime militar, se utilizaram da perspectiva de que

> Os jovens que hoje estão entrando no mercado de trabalho, enfrentando os desafios de autoconfiança adulta e as incertezas endêmicas da busca por uma posição social decente, satisfatória, gratificante e reconhecida. Expressam medo de perder aquilo que muitas vezes nem sequer conquistaram: um medo do futuro repleto de necessidades e desejos crescentes e imediatistas (MARTINS, 2018, p.5).

Esse medo posto na sociedade moderna fez com que, mais uma vez, o passado enterrado fosse visto e valorizado por sua estabilidade e confiabilidade (BAUMAN, 2017), agora, já sem os medos assombrosos da perseguição política por parte da população. É nesse meio que o passado passa a ser instrumento de nostalgia e confabulação, o que apresenta diretamente um impacto sobre os anseios do futuro (BOYM,

2017).

Esse movimento de apego ao passado passa a ser, dentro de um contexto de transição, feito por grupos de caráter autoritário. No Brasil, conforme aponta Genro e Abrão (2010), o processo de ideologização da memória da Ditadura Civil-Militar acaba sendo liderado por grupos de direita que buscam impedir a consolidação do pacto democrático para impor os valores que eram beneficiados pelo autoritarismo. Esse movimento conservador se aproveita dos momentos de crise e do medo da perda da estabilidade para inflamar desejos antidemocráticos na sociedade.

2.1 MEMÓRIA, NOSTALGIA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

O processo de implementação da Justiça de Transição no Brasil seguiu caminhos peculiares. Abrão e Torelly (2011) mostram que no movimento de anistia, a população mais ampla acabou se desarticulando, assim, setores isolados sofreram com a grande sobreposição de esforços. Esse contexto acabou com a aprovação da Lei 6.683 de 1979, posta pelo então governo militar (FAUSTO, 1995).

Outra peculiaridade apontada é a participação exaustiva do Poder Executivo como mentor e promotor da Justiça de Transição (SOARES; COSTA, 2019). Esse ponto vai contra o próprio conceito, uma vez que são necessários a participação e o diálogo dos mais diferentes setores da sociedade civil e militar na promoção do debate e na implementação dos pilares da Justiça de Transição (TORELLY, 2015).

Também há de se observar nas ações que se estruturaram quase que exclusivamente no eixo de reparação (ABRÃO; TORELLY, 2011). Essa escolha política acabou por barrar a compreensão sobre o papel do acesso e discussão sobre o passado como variável que importa para reconstruir democraticamente o País (CAMARGO, 2017).

Dessa maneira, é mister entender que o presente é resultado da interação de discursos de temporalidade que nada possuem de simultâneas, mas que afetam a orientação da sociedade (MARQUES, 2017). Assim, compreender como esses discursos se propagam é importante para guiar as ações de direito à memória e direito à verdade, dentro de uma perspectiva de consolidar a Democracia e trazer à tona os horrores do passado para que não se repitam.

Destarte, Camargo (2017) aponta que o trabalho de memória dentro desse novo contexto democrático "seja interpretado como uma ameaça política aos antigos donos do poder que formavam o bloco autoritário, já que um dos conteúdos políticos dela [Justiça de Transição] é, sobretudo, a luta e a busca por justiça" (CAMARGO, 2017, p.38). Como forma de contrabalancear essa dinâmica, grupos de extrema direita recorrem a aspectos subjetivos e sociais da percepção do passado e se aproveitando dos escassos mecanismos de direito à memória e verdade no processo transicional brasileiro. Dessa maneira, a busca pela consolidação de um sentimento de nostalgia ao período autoritário passa a ser disseminado dentro de redes sociais para diferentes grupos.

Vale ressaltar que a "nostalgia também é algo social no sentido de que seus elementos constitutivos invariavelmente emprestam de discursos circulantes e referentes"[1] (DUNCAN; STEVENS; SONN, 2012, p.209). Deste modo, nota-se um crescente discurso que olha para o passado da ditadura civil-militar não mais com a temorosidade de antes, mas com o alastrante sentimento de querer voltar para aquele momento. Bauman (2017), comenta que esse processo de uso da nostalgia fomenta o fortalecimento da fragmentação e atomização social baseada numa percepção de mundo combativa em que "visões instaladas num passado perdido/roubado/abandonado, mas que não morreu, em vez de se ligarem a um futuro 'ainda todavia por nascer' e, por isso, inexistente" (BAUMAN, 2017, p.10). Assim, alimenta-se não o desejo de fortalecimento das instituições democráticas, mas a constante pretensão de deturpá-las, uma vez que a mera existência é um desafio para o retorno ao autoritarismo.

Conforme alerta Svetlana Boym (2017), "essa visão de mundo se baseia em um enredo transistórico (*sic*) único, um confronto maniqueísta entre o bem e o mal e a inevitável expiação do inimigo mítico" (BOYM, 2017, p.160). É nesse cenário que o ódio e a intolerância que inflamam o conflito entre o grupo que deseja reestabelecer o passado fantasioso e aqueles que ainda resistem (PEREIRA, 2018). O que, para Genro e Abrão (2010), seria mais que um conflito de memórias, seria a necessidade de, dentro de um contexto pós-autoritário e traumático, a necessidade de ser realizar um exercício de memória coletiva sobre como o passado afeta a visão de um futuro democrático.

O processo de grupos de extrema direita e ligados à forte tendência autoritária de regimes militares se fortalecem na perspectiva de que

> é como se a ditadura militar continuasse a pesar sobre o funcionamento jurídico-político estatal, contribuindo para a construção e o desenvolvimento de uma cultura política avessa ao Estado de Direito, profundamente marcada pelo selo do autoritarismo, identificando na defesa dos direitos e garantias fundamentais uma espécie de tutela daqueles que se dedicam à criminalidade (JUNIOR, 2019, p.258)

Nesse contexto, qualquer o ambiente democrático seria fraco ao estabelecer um Estado de Direito que respeita o processo eleitoral e os direitos humanos, abrindo espaço para essa "criminalidade", além de denunciar um sistema corrupto de representação. Não obstante, usam-se de argumentos de que haviam menos denúncias e criminalidade durante o período ditatorial, entretanto, é sabido do silenciamento e da censura ocorridas nos jornais, na cultura e que, em um primeiro momento, pode gerar uma percepção distorcida dos fatos (CAMARGO, 2017).

Essa fragmentação social insurge sobre a disputa que caracteriza o que Pereira (2018) chamou de "epidemia global de nostalgia", ao passo que reflete um desejo da construção de uma memória coletiva. A nostalgia construída pelo pensamento

[1] Tradução livre: nostalgia is also social in the sense that its constituent elements invariably borrow from circulating and referent discourses

reacionário é mais do que uma fabulação acerca do regime autoritário, é uma fascinação pela própria fantasia criada (BOYM, 2017). No caso brasileiro, as atividades de cunho de Justiça de Transição não conseguiram dominar por completo o direito, principalmente quando se coloca a memória e o esquecimento e o que impõe o desafio de reescrita dessa história (PAIXÃO; BARBOSA, 2008).

A proposta de retorno aos "bons tempos" pode ser alimentada dentro de um ambiente de ideologias comumente encontradas dentro da sociedade brasileira. A nostalgia é fortalecida no processo de troca do senso crítico por laços emocionais fazendo confundir o verdadeiro com aquilo que foi imaginado, ou seja, é uma nova compreensão de tempo e espaço (BOYM, 2017). Encontrar a raiz para essa percepção é entender o que Chauí (2006) vai elencar como sendo o povo brasileiro com um caráter autoritário a partir do processo de construção de sua história, ou seja, as ideologias que nortearam o processo de formação do Estado estão ancoradas no movimento histórico resultantes da fundação do Brasil enquanto sociedade.

Dessa maneira, ao juntar a visão dos grupos sociais, guiada por um mecanismo conservador de manutenção de estruturas, ao passo que alimenta um sentimento de patriotismo como forma de mobilizar e influenciar a sociedade (CHAUÍ, 2006), e o sentimento de nostalgia, fantasioso e que cristaliza uma visão de passado que não corresponde aos fatos, acaba por criar uma política avessa aos valores democráticos. Essa junção levanta a bandeira de uma pátria "pura e limpa" (BOYM, 2017, p.155) que desemboca num capitalismo marcado pelo fundamentalismo religioso e por um Estado corporativo (BOYM, 2017). É na assimilação desses pilares (conservador, patriota e autoritário) que a extrema direita brasileira se sustenta e usa para alimentar o processo nostálgico, por conseguinte, inflamando os pedidos por intervenção militar e ataques às instituições democráticas.

3. ENTRAVES, CONSEQUÊNCIAS E ESPERANÇAS PARA UMA POLÍTICA DE DIREITO À MEMÓRIA

O nascedouro da frágil memória sobre o que foram os 21 anos de ditadura civil-militar no Brasil pode estar ancorado em diferentes momentos que, conforme Anthony Pereira (2010), caracterizaram um legado autoritário e impediram uma revisitação e construção de uma perene memória das atrocidades ali cometidas. O próprio processo de abertura política brasileira se coloca na tarefa de costurar uma evolução que vise a manutenção e proteção dos perpetradores de direitos, uma vez que: "a idéia [sic] de 'anistia' que, em sentido etimológico significa esquecimento, deturparia as medidas justransicionais do Estado brasileiro pois em última análise faria o país viver um processo transicional que procura esquecer o passado, e não superá-lo" (ABRÃO; TORELLY, 2010 p.29).

Esse contexto fez a Democracia nascer sob um "pacto de silêncio" (GENRO; ABRÃO, 2010, p.20) que, invés de tratar das feridas deixadas, apenas as escondia dos olhares públicos. Assim, "nestes termos, contata-se um uso político da memória para coincidi-la com a hermenêutica dos dominadores de então, e isto em verdade, constitui-se em uma não-memória" (GENRO; ABRÃO, 2010, p.20). Essa própria barreira impede que haja uma plena transição e a superação do legado autoritário posto

pela ditadura e, por conseguinte, fortalecimento de narrativas nostálgicas sob o que foi o regime.

Não obstante, o uso desse passado "criado" não pode ser considerado útil para o desenvolvimento do futuro da nação, uma vez que essa "terra-do-que-já-foi", enfeitada pelos sonhos saudosistas não deve, nem pode, ganhar vida (BOYM, 2017). Para isso, é importante dar espaço e voz oficiais para as vítimas como uma forma de reduzir os sentimentos de indignação e raiva (ZYL, 2009).

Nesse mesmo sentido pode-se entender um trabalho de memória passa por compreender que dentro do movimento nostálgico pode-se abordar que "em primeiro lugar, a nostalgia reflexiva que permite uma maneira de se envolver com um passado que desafia criticamente as histórias oficiais e as 'grandes' narrativas, enquanto a nostalgia restaurativa refere-se ao desejo de retorno e reintegração de um passado"[2] (DUNCAN; STEVENS; SONN, 2012, p.210). Ou seja, uma quebra desse movimento seria causada, dentro do próprio meio nostálgico, pelo esclarecimento sobre os acontecimentos a que tanto querem retornar por meio de uma narrativa crítica e reflexiva sobre acerca do que foi o Regime Autoritário.

Para tal movimento, Paul Van Zyl (2009) ressalta que:

> É importante não somente dar amplo conhecimento ao fato de que ocorreram violações dos direitos humanos, mas também que os governos, os cidadãos e os perpetradores reconheçam a injustiça de tais abusos. O estabelecimento de uma verdade oficial sobre um passado brutal pode ajudar a sensibilizar as futuras gerações contra o revisionismo e dar poder aos cidadãos para que reconheçam e oponham resistência a um retorno às práticas abusivas (ZYL, 2009, p.5)

Nesse quesito, o Brasil tem mostrado avanços importantes. Os acervos de arquivos da repressão, cada vez mais, são instrumentos relevantes para pesquisas que visam a construção da verdade (PINTO, 2017). Ademais, o protagonismo da Comissão Nacional Verdade, pôde dar nome e rosto para aqueles que ainda se escondiam nos "porões da ditadura", revelando uma verdade inconveniente para muitos. Mesmo assim, um cerne ainda permanece intocado, muitos arquivos pertencentes as forças armadas restam fortemente pendentes até de sua localização e sua abertura em muito ajudaria na construção de uma narrativa oficial para o passado (ABRÃO; TORELLY, 2011).

Incorporar o passado é fazer o presente se libertar dessas amarras (MARQUES, 2017), não se trata de reconstruir uma faceta maniqueísta, mas de deixar claro que a ordem política e jurídica autoritária pode se apossar dos instrumentos estatais para o estabelecimento de um regime de desrespeito dos Direitos Humanos, perseguição

[2] Tradução livre: "in the first instance, reflective nostalgia allows for a way of engaging with a past that critically challenges official histories and 'grand' narratives, while restorative nostalgia refers to the desire for return to and reinstatement of a past"

política e ideológica (GENRO; ABRÃO, 2010).

Isto posto, espera-se que com a memória política das violações dos direitos humanos realizadas sob o escudo da ditadura civil-militar inscritas nos próprios documentos oficiais, constitua-se como fundamento necessário e que estava a faltar para as devidas reformas administrativas (CORRÊA, 2013). Assim, o estabelecimento de uma narrativa oficial sobre os acontecimentos que levem em consideração o Direito à Memória e à verdade como pilares democráticos consolidados. Afinal, "É só no trabalho de rememoração que podemos construir uma identidade que tenha lugar na história e não que possa ser fabricada por qualquer instante ou ser escolhida a esmo a partir de impulsos superficiais" (GENRO; ABRÃO, 2010, p.21). Desse jeito, poder-se-ia falar em uma transição de fato para as cicatrizes profundas do passado brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se como, a partir do conceito de Justiça de Transição, o processo transicional brasileiro se afasta um daquilo que foi concebido inicialmente em sede das Organizações das Nações Unidas e teorizado por pesquisadores nacionais. Os avanços recuos ditados pelo Regime Militar acabaram por gerar um legado autoritário que passou, portanto, a ser um meio em que deixou o passado latente, vivo e saudoso, para uma parcela da sociedade dentro de uma política de esquecimento.

Essa característica da aplicação da Justiça de Transição no Brasil ocasionou no aparecimento e fortalecimento um movimento de revisionismo histórico para "amenizar" e até questionar a veracidade dos crimes contra lesa-humanidade ocorridos no período da ditadura brasileira na segunda metade do século XX. Esse grupo ligado a extrema direita, embebido de um sentimento nostálgico, romantizou o período militar e o transformou em um momento de estabilidade e confiabilidade nas instituições, ao passo que demonizou o momento presente e negou os avanços trazidos pela democracia através do uso de redes sociais para sua disseminação. Essa atividade numa sociedade jovem que desconhece seu passado só pode ser combatida por uma eficiente política de transição, que afirme uma narrativa oficial que reconheça as feridas do passado ao passo que dá voz às vítimas das opressões de um sistema autoritário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: Ministério da Justiça; Comissão da Anistia. *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro.* Portugal: Universidade de Coimbra, 2010.

_____. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Retrotopia.* Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOYM, Svetlana. Mal-estar da nostalgia. *História da historiografia,* n. 23, 2017.

CAMARGO, Alessandra Lopes. *Negacionismos e políticas de memória na justiça de transição brasileira.* 2017. Campinas. Dissertação (mestrado em ciência política) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2017.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. *Memória e justiça de transição:* um estudo à luz da filosofia de Henri Bergson. Tese (Doutorado de Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 288p.. 2013.

COSTA, Maíra Pereira da. *Justiça de Transição e Cultura Política no Cone Sul:* quando o passado encontra o presente. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de pós-graduação em Ciência Política. Porto Alegre, 90p. 2018.

CHAUÍ, Marilena. *Brasil:* mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

DE AMORIM, Adriano Portella. Construção jurídica do regime de exceção no Brasil: um esboço para compreender a justiça de transição. *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, v. 16, n. 2, p. 503-541, 2016.

DUNCAN, Norman; STEVENS, Garth; SONN, Christopher C. Of narratives and nostalgia. Peace and Conflict: *Journal of Peace Psychology*, v. 18, n. 3, p. 205, 2012.

MARTINS, Mariana Domitila Padovani. Retrotopia. *REU-Revista de Estudos Universitários,* v. 44, n. 1, p. 161-168, 2018.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil.* São Paulo: Edusp, 1995.

GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. Memória histórica, justiça de transição e democracia sem fim in: SANTOS, Boaventura de Sousa; Et al. *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-brasileiro:* estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

KINZO, Maria D.'Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *São Paulo em perspectiva,* v. 15, n. 4, p. 3-12, 2001.

MARQUES, Danilo Araujo. Em busca do futuro perdido: Ernst Bloch, a história e a subterrânea "tradição da esperança". *História da Historiografia,* n. 25, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. In: *Revista Anistia Política e Justiça de Transição,* no1, Brasília: Ministério da Justiça, jan/jun 2009.

OLIVEIRA, Carlos Augusto De Oliveira Diniz. PODER, TEMPO E HISTÓRIA: Reflexão sobre a Justiça de Transição No Brasil. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica,* v. 5, n. 2, p. 54-73, 2019.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica,* v. 6, p. 57-78, 2008.
PEREIRA, Debora da Costa. Um retorno à solidez para a projeção de um novo futuro. *TEL Tempo, Espaço e Linguagem*, v. 9, n. 1, p. 151-156, 2018.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão:* o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra. 2010.

PINTO, Maíra Gerhardt Santos Pinto. O direito à verdade: fundamentos normativos e efetivação na justiça de transição. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2017.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição*: contornos do conceito. 2012. Dissertação de Mestrado (mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012

SOARES, Igor Alves Noberto; COSTA, Kannandha Nunes. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: A Efetividade Jurídico-Processual Dos Direitos Fundamentais No Brasil. *Revista Científica Doctum Multidisciplinar,* v. 2, n. 3, 2019.

SOARES JUNIOR, Vitor Umbelino. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E ANISTIA NO BRASIL: O PARADOXO DE UMA "TRANSIÇÃO NEGOCIADA". *Revista Culturas Jurídicas,* v. 6, n. 13, 2019.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso:* da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TORELLY, Marcelo. Justiça de Transição – origens e conceito in: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua:* introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista anistia política e justiça de transição,* v. 1, p. 32-55, 2009.

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NA ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DOS RESPIRADORES DE SANTA CATARINA

THE REFLEXES OF THE COVID-19 PANDEMIC IN THE ACTIONS OF CRIMINAL ORGANIZATIONS AGAINST PUBLIC ADMINISTRATION: THE CASE OF RESPIRATORS IN SANTA CATARINA

Vinícius Schulz Nardes*

Resumo: O presente artigo procura investigar a relação entre a legislação decorrente da emergência internacional de saúde causada pelo SARS-CoV-2, em especial, a Lei 13.979/2020, e a atuação de organizações criminosas contra a Administração Pública, estudando, em particular, o caso dos respiradores em Santa Catarina. De início, faz-se imprescindível alguns apontamentos sobre a tipificação do crime de organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo, inclusive, sobre a postura estatal comumente adotada na investigação de delitos dessa ordem. Valendo-se de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, essa pesquisa aborda o caso supracitado à luz da lei que regulamenta as organizações criminosas, com base também nas considerações doutrinárias. Ao arremate, necessário reconhecer a conexão entre o dispositivo da Lei 13.979/2020 que, durante a calamidade ocasionada pela Covid-19, dispensa licitação em determinadas compras e contratações - a fim de facilitar a gerência do sistema de saúde pelos gestores públicos -, e a ocorrência de fraude, perpetrada por organização criminosa, na compra de respiradores pelo Governo do Estado de Santa Catarina.

Palavras-chave: Organização criminosa. Fraude. Administração pública. Pandemia de Covid-19.

Abstract: *The present article seeks to investigate the relationship between the legislation arising from the international health emergency caused by SARS-CoV-2, especially Law 13.979/2020, and the action of criminal organizations against the Public Administration, studying, in particular, the case of respirators in Santa Catarina. In the beginning, some notes on the typification of the crime of criminal organization in the Brazilian*

* Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Monitor de Direito Penal I nos cursos de graduação em Direito da UFSC. Estagiário na 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Currículo: http://lattes.cnpq.br/6237208890569483. Endereço eletrônico: vsnardes@gmail.com.

legal system are essential, including the position of the state commonly adopted in the investigation of crimes of this order. Relying on a bibliographical review and jurisprudential analysis, this research addresses the aforementioned case in light of the law that regulates criminal organizations, also based on doctrinal considerations. At the end, it is necessary to recognize the connection between the provision of Law 13.979/2020 that, during the calamity caused by COVID-19, waives bidding on certain purchases and hiring - in order to facilitate the management of the health system by public managers -, and the occurrence of fraud, perpetrated by a criminal organization, in the purchase of respirators by the Government of the State of Santa Catarina.

Keywords: *Criminal Organization. Fraud. Public Administration. Covid-19 pandemic.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo pauta-se pela análise do reflexo da pandemia na atuação das organizações criminosas, em especial, no âmbito do caso dos respiradores em Santa Catarina - acontecimento amplamente noticiado pela imprensa brasileira. Sob o ponto de vista jurídico, utilizando-se da revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, este artigo busca investigar a estreiteza da relação da situação de emergência internacional causada pelo novo coronavírus e a atuação das organizações criminosas, sobretudo no aludido caso ocorrido em terras catarinenses.

Para tanto, aborda-se, inicialmente, a definição de organização criminosa, observando a tipificação, presente na Lei 12.850/2013, e a tenuidade, caracteristicamente presente no ordenamento brasileiro, entre os tipos penais de organização criminosa e de associação criminosa. Posteriormente, analisa-se a ação, em geral, do crime organizado contra a Administração Pública parte dos efeitos dessa atuação, traçando-se, em paralelo, a repressão estatal a esses crimes, em especial, através dos Grupos de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECO), destacando as principais operações deflagradas nos últimos anos. Na sequência, é feita uma análise da Lei 13.979/2020, responsável por estabelecer uma série de medidas para fins de contenção e combate à pandemia causada pelo novo coronavírus, inclusive na esfera da Administração Pública, com significativas modificações nas compras e contratações realizadas pelos gestores a fim de atender as demandas do sistema público de saúde.

Passa-se, então, a um breve estudo de caso, examinando o caso dos respiradores, fato de repercussão nacional, amoldando-o aos pressupostos de configuração de uma organização criminosa, à luz da Lei 12.850/2013 e verificando a postura institucional dos órgãos de investigação, ante a notória participação de agentes públicos, para além de particulares. Por derradeiro, busca-se apreciar o Projeto de Lei (PL) 1485/2020, em tramitação no Congresso Nacional, que pretende, através da majoração das penas dos crimes contra a Administração Pública praticados por ocasião do estado de calamidade pública, reprimir tais delitos, os quais, assim como em Santa Catarina, tem ocorrido por todo território nacional.

Cumpre ressaltar, por fim, que este artigo pauta-se na necessidade premente de se tecer, na esfera acadêmica, análise crítico-científica a respeito dos acontecimen-

tos jurídicos, especialmente na seara penal.

1. A DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

1.1 A TIPIFICAÇÃO NA LEI 12.850/2013

Com a promulgação da Lei 12.850/2013, a prática de organização criminosa sofreu sensíveis alterações na legislação brasileira. Isso porque a Lei 12.694/2012, que, para todos os efeitos, regia a matéria ao tratar da formação de colegiados na jurisdição de primeiro grau para processamento e julgamento de casos relacionados às organizações criminosas, exigia o seguinte para a configuração de organização criminosa: (i) a associação de três ou mais pessoas, e (ii) a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam iguais ou superiores a quatro anos (OLIVEIRA, 2016, p. 846).

Com o advento legislativo, nos termos da Lei 12.850/2013, a norma passou a prever como requisitos necessários do tipo penal (i) a associação de quatro ou mais pessoas, e (ii) a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos (BRASIL, 2013).

Assim, a referida lei, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, prevê, em seu art. 1º, § 1º que:

> Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).

Importante atentar-se para o destaque que a legislação confere à ordenação estrutural e à divisão de tarefas, como pressupostos para a incorrência no tipo penal. Dessa maneira, estará configurado o delito uma vez presentes quatro ou mais pessoas que se associem para a prática dos crimes compreendidos no parágrafo supracitado, sendo necessárias estrutura e divisão de tarefas, dispensada, todavia, a formalidade. Ainda, cumpre destacar a ressalva feita aos crimes de caráter transnacional, independentemente da pena a eles cominada (OLIVEIRA, 2016, p. 847).

Adiante, em observância ao princípio da legalidade[1], expressamente previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição e no art. 1º, *caput*, do Código Penal e atendendo à validade da norma, a Lei 12.850/2013 estabelece a cominação legal:

> Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente

[1] Consagrado na doutrina e em grande parte dos ordenamentos jurídicos da atualidade, o princípio da legalidade tem sua origem na expressão latina *"nullum crimen, nulla poena sine praevia lege"* e estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

> ou por interposta pessoa, organização criminosa:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.
> § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.
> § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.
> § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):
> I - se há participação de criança ou adolescente;
> II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;
> III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;
> IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;
> V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização (BRASIL, 2013).

Desse modo, devidamente tipificada a conduta da organização criminosa, cabendo destacar ainda que, em sede de denúncia, tal tipo se cumula com os delitos efetivamente cometidos pelo grupo, à luz do art. 41 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

1.2 A TENUIDADE ENTRE A ASSOCIAÇÃO E A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma vez feita a definição de organização criminosa, importante diferenciar adequadamente o tipo penal da associação criminosa, ante as similaridades observadas.

No ordenamento brasileiro, o delito de associação criminosa está previsto legalmente no art. 288 do Código Penal, inserido no rol de crimes contra a paz pública:

> Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
> Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (BRASIL, 1940)

Para além da diferença entre o número de integrantes necessários para a configuração da organização criminosa (4 ou mais indivíduos) e para a associação crimi-

nosa (3 ou mais indivíduos), não há uma delimitação clara do que diferencia as duas práticas. Diante da necessidade premente de distinção entre os tipos penais, há a detalhada proposta doutrinária de Cervini e Gomes (1997, p. 99-100) em que, para se configurar a organização criminosa, é necessária a presença de ao menos três das seguintes características:

> I - hierarquia estrutural;
> II - planejamento empresarial;
> III - uso de meios tecnológicos avançados;
> IV - recrutamento de pessoas;
> V - divisão funcional das atividades;
> VI - conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público;
> VII - oferta de prestações sociais;
> VIII - divisão territorial das atividades ilícitas;
> IX - alto poder de intimidação;
> X - alta capacitação para a prática de fraude;
> XI - conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa

Já com a promulgação da Lei 12.850/2013 e a ressalva de que a organização criminosa é "estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas" (BRASIL, 2013), ganha destaque o ensinamento de Nucci (2018, p. 874):

> Cuida-se da associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

Desse modo, há amparo na doutrina para a adequada diferenciação entre a prática de organização criminosa e de associação criminosa, muito embora não se desconheça a tenuidade existente entre os referidos tipos no ordenamento brasileiro.

2. A AÇÃO DO CRIME ORGANIZADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, há um histórico de atuação de organizações criminosas contra a Administração Pública, gerando expressivos danos ao erário. Acerca dessa atividade, Nucci (2018, p. 685) esclarece que "os danos e o perigo que provoca à sociedade e ao Estado são imensuráveis, até por que essas organizações têm a capacidade de corroer a honestidade pública, corrompendo políticos e autoridades e gerando descrédito às instituições oficiais", de modo que são comuns nos noticiários nacionais a divulgação e publicização de operações policiais de combate à criminalidade organizada a nível estatal.

Em atenção à ocorrência desses delitos, o ordenamento prevê no Título XI do Código Penal, um rol de crimes contra a Administração Pública, divididos em quatro

capítulos, cabendo destacar os dois primeiros: dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral e dos crimes praticados por particular contra a administração em geral (BRASIL, 1940).

O ordenamento, ao conferir especial atenção aos delitos praticados em prejuízo do erário, elevou a gravidade dos crimes previstos nessa parte do diploma penal, destacando-os dos demais justamente pela impossibilidade de se prever a extensão dos prejuízos causados. Nesse sentido, Greco (2017, p. 743) leciona:

> Na maioria das vezes, a sociedade não tem ideia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário. Imagine-se, tão somente para efeitos de raciocínio, os danos causados por um superfaturamento de uma obra pública. O dinheiro gasto desnecessariamente na obra impede que outros recursos sejam empregados em setores vitais da sociedade, como ocorre com a saúde, fazendo com que pessoas morram na fila de hospitais por falta de atendimento, haja vista que o Estado não tem recursos suficientes para a contratação de um número adequado de profissionais, ou mesmo que, uma vez atendidas, essas pessoas não possam ser tratadas, já que faltam os necessários medicamentos nas suas prateleiras. Sem querer ir muito longe, perdemos a conta de quantas vezes já ouvimos, pela imprensa, que a merenda escolar não estava sendo oferecida na rede pública de ensino por falta de verbas.

Dessa maneira, inquestionável a complexidade da atuação das organizações criminosas, tanto em relação aos danos que essa atividade causa à agregação social, quanto em relação a dificuldade de se traçar estratégias de contenção do crime organizado, dadas as suas características previamente exploradas. Essa é a posição de Schelavin (2011, p. 75):

> Dentro de uma perspectiva criminológica, Beccaria, traduzido por Cretela Jr. (1999), avaliava que a medida dos delitos era o dano causado à sociedade. Para esse doutrinador, há ilícitos que "destroem imediatamente a sociedade ou a quem apresenta", sendo eles os "delitos máximos", em virtude de serem mais danosos. Considera-se que o crime organizado ocupa hodiernamente uma das mais altas posições no "termômetro" da criminalidade, devido as suas consequências. Se, por um lado, a criminalidade organizada tem na prática uma repercussão maior na sociedade, embora nem sempre contextualizada, pelas vítimas, às vezes, serem difusas, como ocorre em alguns crimes, tipo do colarinho branco, financeiros, entre outros, por outro lado, há uma dificuldade de implementar políticas bem definidas para conter essa criminalidade.

Nesta toada, cabe sucinta abordagem ao princípio da insignificância, que tem como honorável defensor Claus Roxin. Consagrado na jurisprudência pátria, colhe-se do julgamento do Habeas Corpus 253.802/MG, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> Consoante entendimento jurisprudencial, o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material (BRASIL, 2014).

Ainda, o ensinamento doutrinário de Assis Toledo (1994, p. 133):

> Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas.

O exame do referido princípio demonstra-se importante devido à orientação do Superior Tribunal de Justiça em relação ao processamento das ações penais que tratam dos crimes contra a Administração Pública. Isso porque a Súmula 599 daquela Corte estabelece que "o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública" (BRASIL, 2017).

Desse modo, resta estabelecida a inaplicabilidade da bagatela nos delitos praticados contra o erário público, com o nítido intuito de preservar a moralidade da administração.

3. A REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO EM SANTA CATARINA

No campo investigativo, vale destacar o trabalho do GAECO. Essas repartições, conforme Ferraz (2012, p. 73), foram instituídas pelos Ministérios Públicos dos Estados a partir de recomendação do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça, com a criação de núcleos, grupos ou Promotorias de Justiça especializados na prevenção e combate às atividades ilícitas organizadas.

No âmbito do Estado de Santa Catarina, o GAECO é coordenado pelo Ministério Público, contando com a participação da Polícia Militar, Polícia Civil, Polícia Rodoviária Federal e Secretaria de Estado da Fazenda (MPSC, 2019). A reunião de servidores de cada uma dessas corporações permite agilizar os procedimentos necessários à investigação e evita diversos processos burocráticos envolvidos no compartilhamento de dados e informações, possibilitando maior eficiência e rapidez nos trabalhos desenvolvidos pelo grupo (MPSC, 2015).

A atuação conjunta dessas instituições possibilitou a deflagração de diversas

operações a nível estadual nos últimos anos[2], cabendo destacar algumas delas, especialmente as que envolvem a perpetração dos crimes mediante corrupção de agentes públicos.

Nesse sentido, merece atenção a Operação "Talentos", que apurou irregularidades na Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)[3] *Multiplicando Talentos*, já que pagamentos realizados a fornecedores da OSCIP retornavam à conta pessoal do presidente da entidade, além da ocorrência de contratações de servidores, pagos com dinheiro público, para a OSCIP e para as empresas pessoais do presidente (MPSC, 2019).

Já especificamente sobre os crimes mediante fraude em procedimentos licitatórios, destaca-se (i) a Operação "Águas Limpas", que foi responsável por investigar organização criminosa constituída por servidores públicos municipais e empresários que operava na Secretaria Municipal de Águas e Saneamento de Lages (SC), fraudando licitações mediante pagamento de propina, a evidenciar os crimes contra a Administração Pública, em especial, a corrupção passiva e (ii) as Operações "Patrola" I e II, através das quais se investigou organização criminosa formada por servidores públicos em conluio com empresários do Oeste e Meio-Oeste catarinense, envolvendo diversas fraudes em procedimentos licitatórios, peculato, além de corrupção ativa e passiva (MPSC, 2019).

Noutro giro, no âmbito do sistema de saúde pública, destaca-se a Operação "Ressonância", que investigou esquema de violação da fila do Sistema Único de Saúde e manipulação dos agendamentos de consultas e exames médicos perpetrado por agentes públicos e terceiros, por intermédio de procedimentos fraudulentos e cobrança de valores dos pacientes (MPSC, 2019).

Por fim, abre-se espaço às pontuações acadêmicas, com a posição de Schelavin (2011, p. 112) sobre a concepção e atuação do GAECO:

> Dessa forma, verifica-se que, em diversos Estados, o Ministério Público, através de convênios, estabeleceu parcerias com a Polícia Militar, Polícia Civil, Secretaria da Fazenda, entre outros órgãos, buscando formar grupos especializados no combate a esse tipo de criminalidade. Na maioria dos Estados, tais grupos receberam o nome de Grupo de Atuação Especial para Repressão ao Crime Organizado (GAECO). No entendimento de Silva Filho

[2] A título complementar, tem destaque também nos últimos anos as seguintes operações levadas à efeito pelo GAECO em Santa Catarina: (i) a Operação "Fundo do Poço", que investigou um esquema criminoso envolvendo servidores públicos municipais e empresários do ramo de perfuração de poços artesianos, resultando no oferecimento de denúncia contra 46 pessoas e afastamento de oito Prefeitos Municipais do cargo e (ii) a Operação "Terra Prometida", responsável por investigar organização criminosa composta por vereadores do Município de Camboriú, que recebiam vantagens indevidas de empresários do setor de loteamentos imobiliários a fim de promover alterações no Plano Diretor da cidade (MPSC, 2019).

[3] A Lei 9.790/1999 é a norma responsável por dispor "sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público" (BRASIL, 1999).

> (2007), a força-tarefa é de relevância em áreas e circunstâncias que demandem a atuação de variadas agências públicas para coordenação de recursos e de informações, desenvolvimento de planos, com maior poder de sinergia e ações com maiores chances de eficiência e eficácia. Nas questões de segurança pública, essa estrutura matricial é particularmente indicada quando houver intensa e articulada movimentação do crime organizado, principalmente as que envolvem corrupção pública ou articulação criminosa contra o sistema financeiro ou político.

4. A LEI 13.979/2020

Com as sensíveis alterações no cotidiano impostas pela pandemia do novo coronavírus - que demandam atuação combativa do Estado em todas as suas esferas, especialmente, na execução de políticas públicas na área da saúde -, foi sancionada em seis de fevereiro a Lei 13.979/2020, com o condão de dispor "sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019" (BRASIL, 2020).

A referida legislação reconhece a situação emergencial enfrentada pelo Sistema Único de Saúde e estabelece uma série de medidas para a otimização da ação dos entes estatais, sendo importante destacar o *caput* de seu artigo 4º, o qual determina que "fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei" (BRASIL, 2020).

Sobre o mecanismo licitatório, cabe breve ensinamento de Mello (2004, p. 483):

> Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Assim, o dispositivo da Lei 13.979/2020 que dispensa a licitação em determinados casos vai ao encontro dos anseios da sociedade em geral, afinal, dada a excepcionalidade da ocasião, concede-se aos gestores públicos maior discricionariedade e rapidez na resposta às demandas do sistema de saúde, que é colocado à prova diante situação emergencial enfrentada pelo SUS.

Entretanto, forçoso reconhecer que essa previsão legislativa, ao facultar o importante procedimento regulatório para a aquisição determinados produtos e contratação de alguns serviços, acaba por deixar vulnerável a Administração Pública como

um todo. Dessa maneira, há possibilidade da novidade legislativa para os tempos de pandemia viabilizar a atuação de organizações criminosas, que lesa o erário através de condutas fraudulentas, como se observará mediante breve estudo do caso dos respiradores em Santa Catarina.

5. O CASO DOS RESPIRADORES (SC)

Em reportagem publicada eletronicamente no dia 28/04/2020, o jornal The Intercept Brasil apontou forjamento de propostas e investimento da ordem de R$ 33 milhões na controversa compra de 200 respiradores pelo Governo do Estado de Santa Catarina.

Os problemas decorrentes da dispensa de licitação, nesse caso, foram inúmeros.

A começar pela maneira como se deu a contratação da empresa para fornecimento dos equipamento, já que transcorreram cerca de 5 horas apenas entre o protocolo da aquisição dos respiradores pela Secretaria de Estado da Saúde e a ordem de fornecimento dos equipamentos pela empresa, finalizando, dessa forma, o processo de escolha do fornecedor (BISPO; POTTER, 2020).

Na sequência, sobre o valor pago, antecipadamente, à empresa, a reportagem destaca que cada respirador foi comprado por cerca de R$ 165 mil, valor expressivamente maior do que os R$ 60 mil a R$ 100 mil pagos pela União e por outros estados em equipamentos equivalentes (BISPO; POTTER, 2020).

Aliado a esse fato, sobre a qualificação do fornecedor escreveram os repórteres:

> [...] causa estranheza a escolha do fornecedor: a Veigamed, uma empresa da Baixada Fluminense, sem histórico de vendas desse aparelho e especializada no comércio de produtos hospitalares como gaze e mobília. Em seu site, não há menção a respiradores ou qualquer outro tipo de equipamento elétrico de maior valor. A empresa também nunca teve nenhum contrato com o governo catarinense e, nos últimos cinco anos, a soma de todos os produtos que vendeu à União é de apenas R$ 24 mil (BISPO; POTTER, 2020).

A aumentar a gravidade da situação, presentes fortes indícios de fraude na composição das demais propostas de fornecimento dos respiradores:

> Na tarde do dia 27 de março, depois que o governo já tinha acertado a compra com a Veigamed, a assessoria jurídica da Secretaria de Gestão Administrativa aconselhou por escrito a busca por outros orçamentos “a fim de justificar o preço”. Veloz, o governo apresentou no mesmo dia uma proposta da empresa MMJS, que não tem sequer registro de venda de aparelhos hospitalares na Receita Federal, mas, ainda assim, ofereceu 200 respiradores

> modelo Medical C30 por R$ 45 milhões. No dia seguinte, uma proposta da JE Comércio, que apresenta o mesmo aparelho por R$ 39 milhões, também surgiu no processo. Além de ambas estarem acima da oferta da Veigamed, as duas propostas possuem outras semelhanças: nenhuma delas tem CNPJ ou mesmo assinatura e nome do responsável, informações básicas em concorrências públicas. As duas empresas também dividem o mesmo endereço, conforme consta no site da MMJS e no rodapé da proposta da JE Comércio, o que leva a crer que tratam-se de propostas de fachada, para garantir a contratação da Veigamed (BISPO; POTTER, 2020).

A conclusão da compra, mediante dispensa de licitação, deu-se com o pagamento de 33 milhões de reais, em duas parcelas, pelo governo estadual, no dia 1º de abril de 2020 (BISPO; POTTER, 2020).

Nesse contexto fático já bastante duvidoso, sobrevieram informações da Veigamed de que não seria possível entregar os equipamentos na data combinada. Para além disso, houve, após o pagamento, mudança também no equipamento a ser fornecido para o Governo - sem consulta técnica, o fornecimento passou a ser do aparelho *Shangrila 510S,* não mais o *Medical C35* inicialmente solicitado. Sobre essa significativa alteração do objeto do contrato, escreveu a referida reportagem:

> Com menos funcionalidades, o que interfere na variedade de tipos de respiração a que um paciente pode ser submetido em uma UTI, segundo médicos consultados pela reportagem— ou seja, um modelo inferior—, o *Shangrila 510S* custa quase um terço do valor do Medical C35. O documento informa um equipamento de 12 mil dólares, cerca de R$ 60 mil no câmbio atual. A diferença, no entanto, não acarretou mudança nenhuma no valor final do contrato firmado e já pago pelo estado (BISPO; POTTER, 2020).

Diante das inúmeras irregularidades suscitadas pela imprensa, o Ministério Público de Santa Catarina, o Tribunal de Contas do Estado e a Polícia Civil instituíram uma força-tarefa para apuração e investigação dos fatos noticiados, que passou a trabalhar conjuntamente em 07 de abril de 2020, com viés muito similar àquele encontrado nas investigações do GAECO, qual seja, o compartilhamento de informações, utilizando-se da complementaridade de competências das três instituições (MPSC, 2020a).

Em 09 de maio de 2020, foi deflagrada a Operação O2, que cumpriu 35 mandados de busca e apreensão e sequestro de bens. Naquela oportunidade, o Ministério Público manifestou-se sobre o teor das investigações realizadas até aquele momento, anunciando que fora identificada fraude na aquisição dos respiradores “mediante um sofisticado esquema criminoso que envolveu a corrupção de agentes públicos, falsidade ideológica em documentos oficiais, criação de empresas de fachada admi-

nistradas por interpostas pessoas e lavagem de dinheiro" (MPSC, 2020b).

Já em 06 de junho de 2020, com a deflagração, em diferentes estados da federação, da segunda fase da Operação O2, que contou com apoio operacional do Ministério da Justiça, evidenciou-se a atuação de organização criminosa na fraude dos respiradores, com a prisão preventiva de quatro dos envolvidos no esquema. Na investigação do órgão ministerial, constatou-se sofisticada divisão de tarefas na prática dos delitos, a configurar o crime de organização criminosa, *verbis:*

> Segundo a apuração, cada integrante do grupo preso nesta manhã exercia uma função determinada. Entre eles está o responsável pela negociação, que pressionava os agentes públicos para a liberação antecipada do dinheiro, prometendo a entrega dos respiradores e dizendo que os equipamentos estariam prontos para embarque, mesmo sabendo que não havia respirador para entrega (MPSC, 2020c)

Além do crime organizado, passou a se investigar, dentre outros, os crimes de peculato e lavagem de dinheiro - no caso em tela, um esquema profissional de dimensão interestadual, com o apoio e cooperação do GAECO, do Grupo Especial Anticorrupção (GEAC) e da Diretoria Estadual de Investigações Criminais (DEIC) (MPSC, 2020c).

Já no dia 22 de junho de 2020, diante da constatação de possível envolvimento do governador de Santa Catarina, Carlos Moisés (PSL), e em virtude do seu foro por prerrogativa de função, a investigação foi remetida ao STJ (MARTINS, 2020). A remessa dos autos ocorreu em observância ao disposto no art. 105, I, "a", da Constituição Federal, que estabelece o STJ como a corte competente para julgamento de crimes envolvendo chefes do Poder Executivo estadual (BRASIL, 1988).

Diante dos acontecimentos, imperioso evidenciar a relação entre a Lei 13.979/2020 e a fraude na compra dos respiradores ocorrida em Santa Catarina. Isso porque as irregularidades e a lesão ao erário dificilmente teriam ocorrido, nos mesmos termos, se houvesse o procedimento licitatório regular. Não se pretende valorar negativamente tal previsão legislativa, que encontra amparo em matéria de direitos fundamentais ao prezar pelo pronto atendimento das necessidades dos indivíduos em razão da pandemia, entretanto, ao desburocratizar a compra de insumos e a contratação de serviços na área da saúde, excepcionalmente, diante da emergência internacional causada pelo novo coronavírus, retirou-se, evidentemente, certa regulação que reveste e protege as compras do poder público, fragilizando a Fazenda e possibilitando maior facilidade à atuação de organizações criminosas contra a Administração Pública.

6. O PROJETO DE LEI 1485/2020

Em face da suspeita de ocorrência de diversos delitos, por todo território nacional, contra a Administração Pública em decorrência do estado de calamidade pública

causado pela pandemia do novo coronavírus e atentos ao noticiamento, por grande parte da imprensa, de fraudes na compra de insumos para a saúde, um grupo de parlamentares protocolou, em coautoria, o PL 1485/2020 na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2020).

Referido PL objetiva "duplicar as penas de crimes contra a administração pública quando estes forem praticados por ocasião de calamidade pública" (BRASIL, 2020), prevendo, em sua redação, aumento na cominação legal para servidores e agentes públicos, bem como para particulares que eventualmente participem de tais crimes. Transcreve-se o inteiro teor do PL 1485/2020:

> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do art. 327-A, com a seguinte redação:
> "Art. 327-A. Aplicam-se as penas em dobro aos crimes previstos neste Capítulo se forem cometidos por ocasião de calamidade pública decretada pelo Poder Público."
> Art. 2º Os arts. 333 e 335 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação, renumerando-se os parágrafos únicos:
> "Corrupção Ativa
> Art. 333.....
> .....
> § 2º. Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido por ocasião de calamidade pública decretada pelo Poder Público." (NR)
> "Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência
> Art. 335.....
> .....
> § 2º. Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido por ocasião de calamidade pública decretada pelo Poder Público." (NR)
> Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2020)

Neste ínterim, a proposta legislativa busca, através da majoração da pena, reprimir a atividade criminosa que tenha como objeto, principalmente, as compras e contratações realizadas pelo Poder Público em caráter emergencial. Não se pretende esgotar a análise da matéria do ponto de vista criminológico, contudo é importante reconhecer as diversas possibilidades de consequência para o aumento da pena de determinado tipo penal, inclusive, a possibilidade dos efeitos da majoração não causarem diminuição alguma da incidência dos crimes. Nesse sentido, e alertando para essa prática comum nas casas legislativas brasileiras, dissertam Pekny e Bento (2016):

> É preciso deixar claro que, independente da perspectiva teórica adotada sobre a função da pena, o que se evidencia no Brasil é a permanente falta de informações sobre o escopo do problema a ser enfrentado e a ausência de análises sobre o real impacto

> gerado diante da adoção de medidas como o aumento das penas e mudanças relativas à progressão de regime.

A título de exemplo, as autoras supracitadas tratam sobre a Lei dos Crimes Hediondos:

> A Lei dos Crimes Hediondos foi aprovada na década de 90, pouco mais de um mês após a apresentação do projeto, sem o cuidado que o tema exigia. Quatro anos depois, a lei sofreu alteração, e o homicídio qualificado passou a integrar o rol dos crimes hediondos, por força da Lei N° 8.930/1994. Contudo, diferente do que fora imaginado pelo legislador, os homicídios não se tornaram menos numerosos desde então. Em 10 anos, o Brasil assistiu a um crescimento de 67% em suas mortes violentas intencionais: foram 51.043 óbitos em 2003, contra 30.610 em 1993 (PEKNY; BENTO, 2016).

Desse modo, necessário acolher a hipótese de que a majoração das penas[4] de crimes cometidos contra a Administração Pública no contexto da pandemia não enseja, necessariamente, a redução da ocorrência de tais delitos. Ainda, dada a delicadeza da matéria penal, a proposição, e eventual aprovação, de projeto desse jaez, no contexto da corrente emergência sanitária, torna-se ainda mais sensível.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, imprescindível reconhecer a conexão entre o art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020, e a atuação do crime organizado contra a Administração Pública - ocorrência bem exemplificada no caso dos respiradores em Santa Catarina. Isso porque se pode observar que o esquema criminoso deflagrado na compra de tais equipamentos valeu-se justamente da dispensa de licitação como um facilitador na fraude perpetrada, não medindo esforços para conferir validade aparente à aquisição dos aparelhos - tão essenciais àqueles que padecem das complicações causadas pela Covid-19.

Objetivando esclarecer cientificamente os acontecimentos envolvidos na fraudulenta compra dos respiradores pelo Governo Estadual de Santa Catarina, traçando paralelos com a legislação brasileira e o posicionamento majoritário da doutrina, o presente artigo não buscou, em momento algum, esgotar o tema - algo que cabe à Academia, em sua totalidade -, ou estabelecer juízo de valor à respeito dos indivíduos envolvidos no escândalo - algo que compete apenas às autoridades judiciárias. Entretanto, impossível desconsiderar a repercussão, no meio social e jurídico, do referido episódio, cabendo, à comunidade acadêmica, a abordagem dos fatos em estrita observância ao método científico.

[4] No contexto brasileiro, especialmente considerando a realidade do sistema penitenciário, necessário conceber a proposta de majoração de penas como expressão simbolista penal, no sentido de inflação do *ius puniendi* estatal.

Ressalta-se ainda, como já apresentado, que a Lei 13.979/2020, apesar de consubstanciar-se em facilitador para a ocorrência de crimes contra a Administração Pública em geral, foi promulgada com nobres ideais, especialmente para auxiliar os gestores públicos no atendimento às demandas da saúde pública. Não se pode olvidar, contudo, que a fraude ocorrida no caso dos respiradores em Santa Catarina possui estreita ligação com a previsão legal de dispensa de licitação nas compras e contratações para suprimento das necessidades do sistema de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BISPO, Fábio; POTTER, Hyury. *Coronavírus:* SC aceita propostas forjadas e gasta R$ 33 milhões na compra de respiradores fantasmas. 2020. Reportagem publicada no jornal The Intercept Brasil. Disponível em: https://theintercept.com/2020/04/28/sc-proposta-forjada-respiradores-fantasmas/. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.* Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.* Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Lei 9.790, de 23 de março de 1999.* Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9790.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. *Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013.* Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. *Lei 12.694, de 24 de julho de 2012.* Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nºs 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12694.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. *Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 253.802/MG*. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 04 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 599. O Princípio da Insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 20 nov. 2017.

FERRAZ, Claudio Armando. *Crime Organizado:* diagnóstico e mecanismos de combate. 2012. 82 f. Monografia (Especialização) - Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, Departamento de Estudos, Escola Superior de Guerra, Rio de Janeiro, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado:* enfoques criminológico, jurídico (lei n. 9.034//95) e criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:* parte especial. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

MARTINS, Valéria. *Justiça envia ao STJ processo que apura compra de respiradores por possível envolvimento do governador de SC.* 2020. Reportagem publicada no jornal G1. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/06/22/justica-envia-processo-que-apura-compra-de-respiradores-ao-stj-por-possivel-envolvimento-do-governador-de-sc.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MPSC (Ministério Público de Santa Catarina). *NOTA PÚBLICA:* MPSC, Polícia Civil e TCE formalizam força-tarefa que já atua para apurar compra de respiradores pelo estado. 2020a. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/nota-publica-mpsc-policia-civil-e-tce-formalizam-forca-tarefa-que-ja-atua-para-apurar-compra-de-respiradores-pelo-estado. Acesso em: 25 jun. 2020.

MPSC (Ministério Público de Santa Catarina). *Operação 02:* força-tarefa cumpre 35 mandados de busca e apreensão e sequestro de bens. 2020b. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/operacao-02-forca-tarefa-cumpre-35-mandados-de-busca-e-apreensao-e-sequestro-de-bens. Acesso em: 29 jun. 2020.

MPSC (Ministério Público de Santa Catarina). *O2 segunda fase:* presos envolvidos na compra de 200 respiradores ao custo de r$ 33 milhões que não foram entregues ao estado. presos envolvidos na compra de 200 respiradores ao custo de R$ 33 milhões que não foram entregues ao Estado. 2020c. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/

noticias/o2-segunda-fase-presos-envolvidos-na-compra-de-200-respiradores-ao-custo-de-r-33-milhoes-que-nao-foram-entregues-ao-estado. Acesso em: 30 jun. 2020.

MPSC (Ministério Público de Santa Catarina). Promotor explica como funciona um GAECO. [S.l.: s.n.], 2015. 1 vídeo (7 min). Publicado pelo canal ministeriopublicosc. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=0hZpt920LZY&t=320s. Acesso em: 07 jul. 2020.

MPSC (Ministério Público de Santa Catarina). *Veja as principais operações do GAECO.* 2019. Disponível em: https://mpsc.mp.br/noticias/veja-as-principais-operacoes-do-gaeco. Acesso em: 08 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal.* 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEKNY, Ana Carolina; BENTO, Fabiana. *Por que endurecer a pena não reduz crimes?* A ampliação do rol de crimes hediondos. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-endurecer-pena-nao-reduz-crimes-27072016. Acesso em: 10 jul. 2020.

SCHELAVIN, José Ivan. *Ações de controle do crime organizado:* dimensões do fenômeno e desafios aos sistema penal brasileiro. 2011. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Artigo Científico

PANDEMIA DO COVID-19: O DESAFIO DA GESTÃO MUNICIPAL NO IMPLEMENTO DE MEDIDAS PREVENTIVAS/PRECAUTÓRIAS DIANTE DA VULNERABILIDADE DIGITAL PRESENTE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

COVID-19 PANDEMIC: THE CHALLENGE OF MUNICIPAL MANAGEMENT IN THE IMPLEMENTATION OF PREVENTIVE/ PRECAUTORY MEASURES BEFORE THE DIGITAL VULNERABILITY PRESENT IN THE CONTEMPORARY SOCIETY

Diogo Calazans Ferreira Heilbuth*
Marcelo Henrique de Sousa Estevam**

Resumo: Com a eclosão da pandemia da covid-19, a sociedade contemporânea teve todo o seu cotidiano transfigurado, feito que potencializou o uso da *internet* como forma de comunicação, consumo, trabalho e de realização de diversas outras atividades. Ademais, a proliferação do coronavírus escancarou a desigualdade social existente e potencializou as vulnerabilidades nos mais diversos âmbitos. Assim, ficou nítida a condição de vulnerável daqueles que mais são expostos aos riscos da pandemia, em razão de aspectos físicos, sociais, tecnológicos ou informacionais. Diante disso, em uma abordagem delimitada à esfera da atuação municipal, identificou-se o desafio desse considerar as peculiaridades de certos grupos na implementação de medidas preventivas gerais contra a propagação do vírus. Por isso, analisa-se as dificuldades que vulneráveis têm para usufruir das políticas disponibilizadas pelos Municípios, sobretudo as providências dispostas no ambiente virtualizado. Com efeito, a partir de uma revisão bibliográfica como método de pesquisa, sendo esta estruturada em uma revisão narrativa, e tendo como método científico o dedutivo, o presente estudo enfrenta a discussão sobre a necessidade de adotar o isolamento social durante a pandemia e de antecipar seus riscos; sobre como o preceito do interesse local deve ser compreendido nestes tempos de calamidade; tudo isso com o fito de analisar a relação entre a covid-19 e a vulnerabilidade digital, uma vez que várias políticas públicas de enfretamento ao vírus foram implementadas no campo virtual pelos mu-

* Graduando em Direito na Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), em Uberlândia/MG, com endereço eletrônico: diogoheilbuth@gmail.com e currículo lattes em: http://lattes.cnpq.br/4700861964157145.
** Graduando em Direito na Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), em Uberlândia/MG, com endereço eletrônico: estevammarcelo03@gmail.com e currículo lattes em: http://lattes.cnpq.br/6525155571240921

nicípios, porém sem levar em consideração que, em geral, parcela da população não têm oportunidade de acesso às mesmas.

Palavras-chave: Covid-19. Vulnerabilidade. *Internet*. Prevenção. Direito municipal.

Abstract: *With the outbreak of the covid-19 pandemic, contemporary society had its whole daily life transfigured, a feat that enhanced the use of the internet as a means of communication, consumption, work and carrying out various other activities. In addition, the proliferation of coronavirus opened up the existing social inequality and increased vulnerabilities in the most diverse areas. Thus, the vulnerable condition of those most exposed to the risks of the pandemic was clear, due to physical, social, technological or informational aspects. In view of this, in an approach delimited to the sphere of municipal action, the challenge of identifying the peculiarities of certain groups in the implementation of general preventive measures against the spread of the virus was identified. For this reason, it analyzes the difficulties that vulnerable people have to take advantage of the policies made available by the Municipalities, especially the measures provided in the virtualized environment. Indeed, based on a bibliographic review as a research method, which is structured in a narrative review, and having the deductive method as the scientific method, the present study faces the discussion about the need to adopt social isolation during the pandemic and to anticipate your risks; how the precept of local interest should be understood in these times of calamity; all of this in order to analyze the relationship between covid-19 and digital vulnerability, since several public policies to combat the virus were implemented in the virtual field by the municipalities, but without taking into account that, in general, part of the population have no opportunity to access them.*

Keywords: *Covid-19. Vulnerability. Internet. Prevention. Municipal law.*

1. INTRODUÇÃO

O ser humano é um ente naturalmente gregário, ou seja, necessita estar vivendo em coletividade a fim de reconhecer-se como cidadão pleno, interagindo tanto no seio privado como no público, de maneira a garantir o integral gozo dos seus mais variados direitos e deveres. Com a criação da *internet* e a sua consequente popularização, as relações comunicativas foram exponencialmente potencializadas, uma vez que a restrição de espaço e tempo foram superadas, permitindo uma interação imediata entre as pessoas.

Em 2020, toda a sociedade, nos seus mais diversificados nichos, foi surpreendida com a eclosão da pandemia do novo coronavírus, transformando por completo o seu cotidiano. Se a população antes necessitava estar vivendo em comunhão para se sentir existencialmente realizada, com a pandemia teve que se isolar e adaptar suas ações na busca de evitar a contaminação do vírus, que, infelizmente, tem feito inúmeras vítimas ao redor de todo o globo.

O uso das tecnologias, dessa forma, tornou-se elemento obrigatório para manter-se interligado ao ambiente externo, já que o isolamento social se mostrou como

condição básica para contenção dos efeitos danosos da pandemia. Assim sendo, sob a necessidade de se comunicar, informar, consumir e até mesmo para trabalhar (*home office*), o uso da rede mundial de computadores excedeu-se.

Com a exigência de isolamento, a pandemia da covid-19 escancarou a desigualdade social presente na sociedade contemporânea, pois os vulneráveis se viram ainda mais desafiados a conseguir ter acesso a serviços gerais e as políticas adotadas pela União, Estados e Municípios. Porquanto, muitas atividades, que antes eram exercidas de forma presencial, passaram a ser executadas sob o meio cibernético, o qual ainda representa uma barreira para a população de baixa renda, pessoas que vivem no campo, idosos, analfabetos, deficientes e tantos outros grupos que não recebem a informação digital com facilidade.

Com efeito, surge a necessidade de estudar os desafios do implemento de medidas de enfrentamento a covid-19 diante da vulnerabilidade digital presente na sociedade contemporânea. Sabendo que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 30, determina que cabe aos Municípios "legislar sobre assuntos de interesse local" e "prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população", o presente trabalho aborda esse desafio no âmbito da gestão municipal.

Em outras palavras, o presente estudo tem como escopo saber se as medidas de precaução contra os efeitos nocivos da covid-19 são imprescindíveis para a tutela da vida humana, de modo geral, e de investigar seus impactos indesejáveis no campo da seara virtual. Por conseguinte, busca demonstrar a necessidade de implementar medidas de precaução contra o vírus, sem que isso signifique desamparar ainda mais pessoas vulneráveis, sendo o foco do presente estudo a vulnerabilidade digital.

Dessa forma, tem-se como objetivo demonstrar a necessidade de os Municípios adotarem medidas preventivas durante a pandemia e apurar as dificuldades em implementá-las em uma sociedade marcada pela desigualdade e pela exclusão digital. Para tanto, estuda-se a competência municipal em adotar políticas que antecipem os riscos da pandemia para proteger a pessoa humana, bem como a relação dessa gestão com a vulnerabilidade digital, que aparece como obstáculo para a efetivação das políticas públicas de mitigação do grande potencial danoso da pandemia.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

A metodologia de pesquisa do trabalho terá como método de pesquisa a revisão bibliográfica, a partir referências teóricas publicadas em meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, revistas e *sites*. Além disso, a presente revisão de literatura será estruturada em um reexame narrativo, isto é, focado em contextualizar e problematizar a temática explorada na busca de trazer uma revisão atualizada do assunto. Por fim, o método científico utilizado será o dedutivo, compreendendo um conjunto de dados iniciais e um sistema de operações ordenadas adequado para a formulação de conclusões, de acordo com certos objetivos predeterminados (GERHARDT, 2009, p. 11).

Ao longo do presente artigo e, tendo em vista as questões levantadas na introdução, buscar-se-á responder a seguinte indagação: diante da necessidade da implementação de medidas de precaução contra a proliferação do coronavírus, a diminuição da vulnerabilidade digital deve ser uma preocupação do poder público municipal para que o isolamento social tenha efetividade e não gere desamparo às pessoas?

3. A NECESSIDADE DO ISOLAMENTO FÍSICO ENTRE AS PESSOAS

Com a eclosão da pandemia da covid-19 várias medidas tiveram de ser implementadas na sociedade como forma de contenção à propagação do vírus. O isolamento social horizontal, que consiste em isolar o maior número de pessoas em suas casas, em especial, os agentes pertencidos ao grupo de risco, se mostrou com uma das principais medidas determinadas pelas autoridades governamentais. Com efeito, neste capítulo, serão feitas considerações a respeito de fatos e de fundamentos que motivaram o poder público a se pautar no distanciamento social para o enfrentamento da pandemia da covid-19. Assim, uma breve exposição fática é seguida de uma abordagem acerca dos princípios da prevenção e da precaução no contexto pandêmico.

3.1 PRELÚDIO ACERCA DOS FATOS E FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou a situação de pandemia pela covid-19 (doença infecciosa - síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2), em âmbito internacional, tendo em vista a nova versão do coronavírus, que teve os primeiros diagnósticos na China, mas que se alastrou por todo o globo, em um curto período de tempo (NELSON ICAS e NELSON RARR, 2020, p. 1).

Diante disso, considerando que sua propagação se dá de forma comunitária, o Ministério da Saúde Brasileiro, através da Portaria n. 454, de 20 de março de 2020, declarou o estado de emergência em todo o território nacional, desenvolvendo medidas a fim de evitar a propagação da covid-19, como por exemplo, o isolamento social para a população de modo geral e a quarentena para pessoas suspeitas ou infectadas (BRASILa, 2020).

A pandemia, desde o início, provocou impactos nos mais diferentes setores da sociedade, com alterações na economia, saúde, educação, turismo, cultura e diversos outros. Alguns destes impactos, como os sentidos nos hospitais e postos de saúde, são consequências diretas da propagação do vírus. Outros, diferentemente, são efeitos indiretos e, em sua maioria, estão atrelados aos demais setores, embora haja impactos diretos e indiretos em todos eles.

Em face da crise sanitária, medidas emergenciais e temporárias mostraram-se necessárias para uma atuação conjunta de combate ao coronavírus, seja por intermédio do próprio Estado e seus entes, seja através da iniciativa privada e da população como um todo. Até porque, de nada adianta a atuação estatal se ela não for acompanhada da adesão e colaboração de todos com o isolamento social. Sobretudo com o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a incorporação das medidas preventivas e precautórias não é mera faculdade dos administrados, mas

sim dever do indivíduo para com os demais sujeitos da coletividade.

As pessoas são, ao mesmo tempo, destinatário das políticas públicas, pois devem acatar e observar as diretrizes estabelecidas, e objeto de proteção destas, sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da Constituição Federal de 1988 (art. 1º). Aliás, um dos objetivos da Carta Maior é o de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV) e, como princípio básico da República Federativa tem-se a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso I).

Logo, a coletividade e todas as esferas governamentais, inclusive os municípios, têm o dever de adotar e fomentar políticas públicas preventivas/precautórias que visem evitar a agravação do quadro da doença infecciosa da covid-19. Neste sentido, o seio tecnológico se mostra como artifício para a tomada de ações e para manutenção de serviços, devendo ser reconhecido, no entanto, que o alcance dos recursos tecnológicos, para chegar a todos de forma igualitária, depende de um diálogo e uma política social inclusiva, tal como será estudado aqui.

3.2. OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Nesse contexto de pandemia, não é preciso divagar doutrinária e argumentativamente para demonstrar que o Direito não pode esperar que certos danos sejam concretizados para só depois agir em busca da pacificação. É a vida e a dignidade das pessoas, individualmente e coletivamente consideradas, que estão ameaçadas e necessitam da proteção jurídica, pois trata-se de bens que, uma vez violados, não são recompostos por pecúnia.

Como fundamento da antecipação de tutela dos bens jurídicos, tem-se os princípios da prevenção e da precaução, os quais foram primeiro incorporados no direito ambiental e depois passaram a compor outros ramos, com destaque para o inovador direito dos desastres que, conforme será visto, traz contribuições para a regulação jurídica da pandemia.

Por meio da prevenção, diminui-se riscos que são conhecidos pela ciência e são, comprovadamente, idôneos a causar os danos que se buscam evitar. Com a precaução, embora também carregue o escopo de impedir a lesão temida, atua-se sobre os riscos incertos, em relação aos quais ainda não existe comprovação científica de que poderão gerar o dano. Conforme os ensinamentos de Gabriel Wedy:

> A diferenciação inicia-se pelo fato de que o princípio da precaução, quando aplicado, é uma medida para evitar o mero risco, e o princípio da prevenção é aplicado para evitar diretamente o dano; Pode ser referido, ainda, que o princípio da prevenção tem a finalidade de se evitar o perigo concreto (comprovado cientificamente), e o princípio da precaução objetiva evitar o perigo abstrato (não comprovado cientificamente, mas cuja ocorrência seja verossímil) [...] Assim, o princípio da prevenção visa a evitar o risco conhecido, e o princípio da precaução visa a evitar o risco

potencial (WEDY,2015, p. 6-7).

Existem autores, no entanto, que não diferenciam as expressões, tratando-as como sinônimas, pois entendem que as distinções pontuais dadas pela doutrina não alteram substancialmente a essência de cada uma delas. Em consonância, o professor Carlos Eduardo explica que a precaução deve ser entendida como um comando ou subprincípio da prevenção, pois considera que não há independência entre ambos, sendo similares seus comandos (SOUZA, 2014).

Certo é que, independente dessas divergências conceituais, ambos são aplicáveis no atual contexto em que se vive, porque muitas são as incertezas geradas pela nova patologia, então à medida em que a ciência comprova a eficiência de certas intervenções profiláticas, estas transitam da precaução para a prevenção.

Contudo, não são quaisquer riscos abstratos que devem provocar a tomada de medidas precautórias, cujas consequências também podem ser maléficas. Nesse sentido, o enfrentamento da pandemia passa pela ponderação entre os riscos da virose e os que surgem das próprias medidas, decorrentes dos ônus que lhes são inerentes. À título de exemplo, os indícios de que o uso de determinado medicamento auxilia na precaução contra a covid-19 não significa que seu consumo generalizado deve ser estimulado, tendo em vista que é preciso considerar os efeitos colaterais da droga.

Ou seja, a medida precautória, ao diminuir os riscos da proliferação do coronavírus, pode aumentar ou criar riscos mais graves, de modo que, nestes casos, é melhor não ser implementada. Diferentemente, as medidas precautórias se mostram necessárias nas situações em que os efeitos benéficos superam, em muito, as consequências indesejáveis, que se mostram diminutas, em comparação com o patamar dos danos que se buscam evitar.

Dessa maneira, para diminuir a chance de se ter que suportar danos graves e irreversíveis resultantes da crise sanitária, em muitas situações, os princípios da prevenção e da precaução possuem enorme relevância. Neste sentido, por exemplo, impõe-se que todas as pessoas usem máscaras em locais públicos, já que não há certeza científica sobre quais pessoas apresentarão sintomas mais graves ou quais serão assintomáticas (sendo os maiores vetores de transmissão, justamente por não saberem que estão infectados).

Assim, feitas as devidas ponderações no momento de suas aplicações, os princípios da prevenção e da precaução são aqueles que melhor orientam as medidas a serem tomadas pelo Poder Público e pela coletividade, a fim de evitar a proliferação do vírus e a conseqüente proliferação de danos. Como bem afirma Teresa Ancona Lopez, "um dos campos em que mais cabe o princípio da precaução é exatamente o da saúde, seja pública ou particular" (LOPEZ, 2010, p. 96).

Na verdade, a pandemia somente evidencia a tendência da proliferação de danos que já se encontrava na sociedade contemporânea. Afinal de contas, quan-

to mais direitos são reconhecidos, mais difícil se torna o desafio da concretização (BOBBIO, 2004, p. 32). Além disso, o desenvolvimento tecnológico e científico, ao longo dos anos, é acompanhado de novos riscos nos mais variados âmbitos - meio ambiente, economia, saúde e segurança (BECK, 2010). Todos esses fatores, dessa forma, contribuem para o surgimento de novos danos.

A referida tendência repercute em todo o globo, porque vive-se um tempo de intensa integração de informações, pessoas, mercadorias e tecnologias que não estão limitadas pelas fronteiras nacionais. Neste contexto de globalização, muitos dos problemas vivenciados na modernidade não ficam restritos a um determinado território. Pelo contrário, percebe-se que crises financeiras, degradações ambientais e também patologias trazem, mais facilmente, impactos mundiais significantes.

Diante disso, antes mesmo de ser afetado, o Brasil assistiu o aumento da dispersão do coronavírus em diversos outros países, como China, Itália, Espanha, Inglaterra e Estados Unidos. Com isso, pôde perceber as consequências maléficas da proliferação do vírus e teve ainda a oportunidade de avaliar as políticas públicas adotadas em cada uma dessas nações, o que auxiliou o Estado brasileiro nas decisões acerca da postura a ser adotada para minimizar os danos advindos da pandemia.

Na maioria dos países do mundo, a medida que melhor surtiu efeito foi o isolamento social, tendo em vista a inexistência de vacinas e a ausência de medicamentos que tivessem eficácia científica comprovada no tratamento da doença. Desse modo, antes mesmo da situação tornar-se crítica no Brasil, foram adotadas, em várias regiões, medidas pautadas na necessidade de distanciamento entre as pessoas, a fim de minimizar o contágio viral.

Com isso, eventos foram cancelados, atividades escolares interrompidas, viagens e outros deslocamentos restringidos, órgãos públicos, empresas e escritórios foram fechados, além de se ter iniciado um movimento de expansão do sistema de saúde. Toda essa preparação visou diminuir os riscos de uma pandemia, tais como lotação de hospitais, falta de profissionais da saúde para atender os infectados, de equipamentos e medicamentos necessários para o atendimento das pessoas.

Consequentemente, as atividades normalmente desempenhadas na sociedade, foram extremamente afetadas, com exceção daquelas essenciais e de outras que passaram a atender uma nova demanda de máscaras, luvas, álcool gel, dentre outros utensílios. Assim, as dificuldades surgiram na maioria dos setores da sociedade e notou-se ainda que problemas já existentes, mas muitas vezes ignorados, foram evidenciados, a exemplo das desigualdades sociais, das vulnerabilidades do idoso, do consumidor e do trabalhador (MARTINS, 2020, online).

Na medida em que o contato físico se tornou não recomendável, as atividades que antes eram feitas de forma presencial foram deslocadas para o meio virtual. Em decorrência disso, foram expostos também os problemas ligados ao espaço cibernético, seja pela falta dele em situações em que é necessária, seja pela sua presença manifestada de forma indesejável, como será melhor abordado nos capítulos seguintes.

Em que pese todos os impasses supracitados, o isolamento horizontal representou uma medida adequada para amenizar danos mais graves seriam suportados nas localidades em que a enfermidade viral ameaçava atingir níveis preocupantes. Nestes lugares, a observância dos princípios da prevenção e da precaução se mostrou imprescindível para a tutela da vida humana.

Não se ignora as críticas realizadas sob a ideia de que as restrições de circulação impostas são as responsáveis pelo grande prejuízo econômico e social. Com a devida vênia para refutá-las, percebe-se que, caso não houvessem estímulos ao distanciamento, estes prejuízos seriam meramente postergados e, quando aparecessem, seriam ainda mais intensos.

Para entender isso, é preciso se perguntar: a origem dos problemas sociais e econômicos está na implementação de medidas de contenção do vírus ou, na verdade, estão na própria eclosão do coronavírus? Em um contexto de pandemia, as perspectivas da economia e das mais diversas áreas não são positivas, de modo que o elemento principal das crises instaladas não está nas medidas de enfrentamento ao vírus.

Como o intuito é trabalhar com a prevenção de danos (em todos os âmbitos), a atuação sobre o contexto é mais importante do que o fator que, aparentemente, é o causador direto, embora o entendimento deste também faça parte da compreensão do fenômeno (AUGUSTO, 2003). Dessa forma, a manutenção do contato social não atacaria o contexto, verdadeira fonte dos problemas, e isso somente potencializaria os prejuízos financeiros e sociais.

Neste sentido, se mostra didática a seguinte provocação: ainda que todos comércios estivessem abertos, como estariam as vendas quando o caos se instalasse no país e corpos de pessoas mortas estivessem sendo jogados nas ruas (tal como aconteceu no Equador)? (PRESSE, 2020, online). Não é difícil compreender que ações profiláticas auxiliam a saúde e, consequentemente, mitigam também os danos patrimoniais que recaem sobre o Estado e a coletividade, uma vez que agem sobre o contexto, ao invés de se pautarem numa lógica superficial restrita à causa imediata.

A saúde e a economia não estão uma contra a outra, já que a proteção da vida das pessoas é, evidentemente, benéfica para o funcionamento do mercado, que não responde bem ao descontrole de uma pandemia. Nessa perspectiva, a proteção da saúde é interessante economicamente, considerando a influência que um setor exerce sobre o outro, conforme ensina Lia Giraldo da Silva Augusto (2003):

> [...] o arcabouço institucional responsável pelas políticas públicas e privadas está organizado por setores mais ou menos especializados, que têm objetivos distintos, mas complementares entre si. A intersetorialidade – como a interdisciplinaridade – exige uma relação que não é de subordinação entre as partes, mas sim de cooperação entre os especialistas das diferentes instituições requeridas no processo de ação. O importante é definir o objetivo comum para enfrentar um problema que deve ser visto com pressupostos e perguntas condutoras consensuais. O que

> requer, obviamente, uma permanente negociação. O processo de diferenciação das ações por setores ou do conhecimento especializado por disciplinas deve-se transformar em um processo de integração, para apresentar os resultados e a compreensão do fenômeno na sua totalidade (AUGUSTO, 2003, p. 09).

Desse modo, reconhecendo a influência que um setor tem sobre o outro, o presente artigo assume a tarefa de analisar os efeitos que as atuações preventivas e precautórias, adotadas nas políticas de saúde, geram em face da vulnerabilidade social e tecnológica associadas ao âmbito da *internet*. Para entender melhor quais seriam esses efeitos, faz-se necessário abordar a atuação do poder público na pandemia que tenha relação ou repercussão no espaço virtual. Destarte, o presente artigo delimita sua abordagem no âmbito municipal, tendo em vista o protagonismo que os governos locais estão possuindo no enfrentamento contra o coronavírus.

4. A COMPETÊNCIA MUNICIPAL E O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

A Constituição Federal de 1988 estabelece competências municipais específicas, como por exemplo a de instituir tributo municipal (art. 30, II) e de constituir guardas municipais (art.144, § 8º), mas também se vale de uma cláusula aberta no artigo 30, inciso I para atribuir ao município todas as competências legislativas relacionadas ao interesse local. Por uma interpretação histórica deste dispositivo, percebe-se que a intenção do legislador constituinte foi de alargar as atribuições municipais, uma vez que as Constituições anteriores utilizavam o termo "peculiar interesse", o qual restringia o âmbito de atuação do município, que sequer era considerado ente federativo (MEIRELLES, 1998, p. 42).

Em consonância com essa perspectiva histórica, a interpretação doutrinária do mencionado artigo da atual CRFB/88 também amplia a autonomia municipal, já que identifica no interesse local uma cláusula geral que abarca situações que não deixam de ser importantes para os estados e para a União, mas possuem uma relevância local que sobressai às demais (MORAES, 2013, p. 323). Afinal, se houvesse exigência de exclusividade no interesse do ente, nada restariam aos municípios, tendo em vista que todas as medidas locais, em certo nível, repercutem também no âmbito regional, nacional e, por que não global? Sobretudo quando o assunto é controle de doença contagiosa que, quando bem contida nas suas primeiras manifestações locais, podem impedir epidemias ou pandemias.

Sendo assim, as políticas de enfrentamento a covid-19 estão abarcadas pelo interesse local previsto constitucionalmente. Com isso, tanto na função legislativa como na executiva, os Municípios possuem uma participação ativa no enfrentamento à pandemia. A primeira está embasada principalmente no artigo 30, I da CRFB/88 e a segunda na competência comum de todos os entes federativos prevista no artigo 23, II da CRFB/88. Contudo, a aplicação dessa repartição constitucional de competências no contexto da pandemia foi alvo de muitas discussões acerca dos limites de cada ente da federação.

O Presidente da República editou a medida provisória 926 para alterar a lei 13.979/2020 e deixar a cargo da União as decisões sobre a adoção das medidas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção que afetarem serviços e atividades essenciais, sendo que serão assim consideradas todas as atividades definidas em decreto pelo próprio Presidente da República. Com essa medida, os demais entes se viram impedidos de adotar ou dar continuidade às medidas restritivas necessárias e adequadas à gravidade da situação identificada no âmbito de cada um deles.

Diante desse conflito federativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade da referida medida provisória na ADI n° 6341. Em sede liminar, o ministro Marco Aurélio afirma que "a disciplina decorrente da Medida Provisória n°926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3° da Lei federal n°9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios" (ADI 6341 MC- Ref/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 15.04.2020), tendo a decisão sido referendada pelo plenário para preservar a atribuição de cada esfera de governo.

Sendo assim, a decisão liminar do STF entendeu que o ente de maior abrangência não pode impedir que o de menor adote medidas mais severas no controle do vírus, considerando que a situação local pode demandar uma postura mais rígida do que em outros lugares do Brasil. Neste sentido, as autoridades locais possuem discricionariedade para atuarem de acordo com a realidade específica da circunscrição territorial pela qual são responsáveis.

Entretanto, é importante ressaltar que a autonomia municipal não é absoluta, devendo observar as normas gerais estabelecidas no âmbito federal e estadual, já que compete à União, aos e Estados e ao Distrito Federal legislar sobre saúde pública (art. 24, inciso XII da CRFB/88). Para entender a importância disso, didática é a visualização de questões que têm sido levadas aos tribunais estaduais do país.

Em Santa Catarina, o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face dos prefeitos de Braço do Norte, Grão Pará e Rio Fortuna. Conforme consta no processo n° 5003159-89.2020.8.24.0010, eles são acusados de terem emitido decretos permitindo a abertura de serviços não essenciais, em sentido contrário ao que a coordenação regional havia estabelecido, em razão do quadro caótico da saúde pública.

Na referida ação, sustenta-se que os gestores, em suas políticas, prejudicarão não só o âmbito territorial pelo qual são responsáveis, mas também outras localidades, sobretudo porque os municípios supracitados não dispõem de prestador de serviços de alta e média complexidades ao Sistema Único de Saúde (SUS). Ou seja, aponta-se que os decretos, indevidamente, levarão à sobrecarga de instituições hospitalares de outros municípios.

Questão similar é levantada em Minas Gerais, conforme se verifica na Ação Declaratória de Constitucionalidade n°1.0000.20.459246-3. O Ministério Público de Minas Gerais ajuizou esta ação perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em razão das variadas decisões judiciais divergentes que, ora ordenavam a aplicação de

norma estadual, ora privilegiavam a municipal conflitante, em detrimento da primeira. Em sede liminar, a Desembargadora Márcia Milanez bem se posicionou:

> Ora, se o município pudesse editar uma norma conflitante com as legislações federal e estadual e tal norma municipal preponderasse sobre aquelas, então se trataria de uma competência legislativa plena municipal, a qual não lhe foi outorgada pelas Constituições Federal e Estadual. Ademais, a avaliação judicial de tal possibilidade tornaria inócuos os comandos normativos impostos pelo Estado [...]. Outrossim, mesmo diante da necessidade de observância das diretrizes restritivas estaduais, a competência normativa municipal subsiste. Pode o município editar as normas que, sem violação das deliberações restritivas estaduais, particularizem o modo de execução das atividades e serviços municipais, adequando os comandos estaduais às particularidades locais. Acresça-se a isto que, em se tratando de normas protetivas, remanesce também ao ente municipal a faculdade de agregar novas restrições àquelas já impostas em âmbito estadual. Contudo, o que não se afigura razoável é que se possa abrir mão de uma coordenação estadual de ações e restrições em prol de uma pretensa autonomia municipal. A competência legislativa municipal em temas de interesse local não significa deixar ao município a possibilidade de editar suas normas ao seu bel-prazer, autorizando-o a flexibilizar as medidas de distanciamento social, reabrindo atividades potencialmente danosas à saúde pública; isto colocaria em risco iminente a população não apenas daquele município, além do que levaria à desorganização do enfrentamento regionalizado da crise sanitária e epidemiológica. (Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 1.0000.20.459246-3).

Dessa forma, dependendo da realidade local, os municípios podem complementar as exigências impostas pelo Estado em prol da saúde, mas nunca afrouxar as regras estabelecidas pelos entes competentes, o que importaria em violação destas e inviabilizaria a coordenação estatal necessária para uma atuação sincrônica dos municípios no combate a pandemia.

Se é certo que os entes de maior abrangência não podem retirar a autonomia dos municípios, a recíproca também é verdadeira, já que não há margem para estes atuarem fora dos parâmetros fixados pelos demais entes. A manutenção do pacto federativo exige esse diálogo e não admite afronta de leis federais ou estaduais pelo governo municipal.

Assim, no contexto pandêmico, fica evidente que é assegurado ao Município o poder-dever de adotar medidas preventivas cabíveis dentro de sua realidade local. No entanto, caso Lei estadual institua um programa mais severo de enfrentamento regional ao coronavírus, os prefeitos não podem expedir decretos que estejam em contramão ao plano estatal. Por outro lado, sendo a postura do Estado mais permissiva,

pode determinado Município adotar medidas mais restritivas em razão da situação crítica da saúde pública existente no seu território.

Desse modo, tendo em vista que o Presidente da República, chefe do poder executivo da União, não apresentou postura enfática e direcionada à contenção da proliferação do vírus, ficou nítida a tendência de adoção das medidas de isolamento por iniciativa dos governantes de cada região. Como foi visto, existem casos de municípios que afrouxaram as medidas preventivas, mas, em uma visão do todo, essa não foi a regra geral. Por terem um contato mais próximo com as dificuldades vividas nos hospitais e na cidade, muitas iniciativas de enfrentamento a covid-19 partem das prefeituras, cujo protagonismo fez com que o presente artigo delimitasse o objeto de estudo no âmbito municipal.

5. VULNERABILIDADE DIGITAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Nos tempos hodiernos, a *internet* tem feito cada vez mais parte do cotidiano das pessoas e, sob o a conjuntura da pandemia do coronavírus, essa utilização das tecnologias de informação e comunicação tornou-se condição básica para interação na sociedade. Entretanto, mesmo com essa necessidade, não são todas as pessoas têm acesso as mesmas, seja por fatores sociais, econômicos, culturais, etários e entre outros. Em razão disso, será examinado, com maiores detalhes, os impactos da covid-19 frente a vulnerabilidade digital, em especial, no que tange as medidas de prevenção executadas no campo virtual pelos municípios.

5.1. A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS COM O ADVENTO DO CORONAVÍRUS

A noção de vulnerabilidade não é algo que pode ser percebido somente em eventos catastróficos, como a crise sanitária vivida neste ano, já que é identificada na sociedade mesmo em tempos de normalidade. É que existem grupos que são mais expostos aos riscos existentes na sociedade do que outros e isso é fortemente intensificado em situações de calamidade.

Ao constatar que a pandemia da covid-19 se enquadra no conceito de desastre, Délton Winter de Carvalho (2020) fez uma análise dela a partir dos ensinamentos trazidos pelo Direito dos Desastres, cujo objeto de estudo abarca as vulnerabilidades. Segundo o autor, estas podem estar relacionadas a fatores físicos, sociais ou tecnológicos/informacionais, fatores estes que permitem a identificação de espécies de vulnerabilidades.

Para Délton Winter (2020, p. 09), "ser vulnerável é estar desproporcionalmente exposto aos riscos", de modo que, com o coronavírus, a vulnerabilidade física abarca a situação dos idosos e pessoas portadoras de enfermidades. Embora antes da pandemia as características dessas pessoas já justificavam um tratamento diferenciado, em prol da proteção delas, após a disseminação do vírus no mundo todo, aumentou-se essa necessidade.

Da mesma forma, também foi reforçada a vulnerabilidade social, fruto da consideração de aspectos demográficos como a etnia, classe social, raça e renda, os quais

também influem na exposição maior ou menor a riscos. Afinal, pessoas que vivem de trabalhos informais, realizados nas ruas e vinculados ao contato social, são mais acometidas do que aquelas que podem usufruir do teletrabalho. Além disso, moradores de favelas e de outros bairros que são ocupados desordenadamente vivem em situações mais propícias à propagação do vírus, tendo em vista as aglomerações nas habitações, a falta de recursos que favoreçam a higiene, de saneamento básico, de acesso à serviços públicos e outras questões ligadas à precariedade do modo de vida em geral.

A vulnerabilidade tecnológica/informacional, por sua vez, "consiste em falhas nos fluxos de informação ou conhecimento" que, no Brasil, é perceptível pela baixa sensibilidade institucional às orientações científicas e pela falta de uniformidade das mensagens emitidas pelo Poder Público e que chegam à população (CARVALHO, 2020, p. 10-11). Na verdade, o simples fato de se tratar de uma doença nova gera tantas incertezas e complexidades que, quando isso é aliado aos problemas de comunicação e de acesso à informação, a situação fica ainda mais crítica para os que são atingidos por essas falhas.

Neste sentido, o presente trabalho entende a vulnerabilidade digital como uma ramificação que está ligada tanto à vulnerabilidade social como à tecnológica, uma vez que, conforme os ensinamentos de Carvalho (2020, p. 09), as três espécies supracitadas se entrelaçam e se retroalimentam. Por isso, entende-se que dessa interação surgem subespécies como a vulnerabilidade digital, a qual se refere aos maiores riscos a que são submetidos as pessoas que não possuem fácil acesso ao ambiente virtual, seja em razão de fatores sociais, tecnológicos ou informacionais.

Conceitualmente, Marques e Miragem indicam que o reconhecimento da vulnerabilidade é uma derivação do paradigma aristotélico de igualdade, isto é, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades (MARQUES e MIRAGEM, 2014, p. 120). Entretanto, a comparação entre os sujeitos não é um fator estritamente necessário para alcançá-la (como ocorre no paradigma da igualdade que se funda em uma visão macro), uma vez que se caracteriza mais pelo estado da pessoa (de inerente risco, que fragiliza o nexo social) do que pelos mais variados motivos de desequilibro em uma relação.

Assim, os autores bradam que se trata de uma técnica de interpretação que busca promover justiça social, sendo uma verdadeira diretriz de aplicação de normas protetivas. Dado que, quando se alcança o equilíbrio entre as partes, paralelamente, toda sociedade se beneficia - favorecendo a harmonia social. (MARQUES e MIRAGEM, 2014, p. 120).

Sabendo-se que o Direto tem o compromisso de atuar no combate à discriminação dos diferentes e de criar condições de igualdade, a atuação do Poder Público em um Estado de Direito não pode desenvolver planos que ignorem as diferenças presentes na sociedade. Sobretudo em períodos de calamidade pública, como ocorre com a pandemia da covid-19, em que todas as pessoas, mas especialmente os mais pobres, se encontram à mercê da atuação pública para prevenção dos efeitos decorrentes da pandemia (MARQUES e MIRAGEM, 2014, p. 112-115).

Os direitos humanos são a base do ordenamento jurídico nos tempos hodiernos, sendo que a dignidade da pessoa humana se constitui como o valor supremo da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, com o cidadão ocupando o foco de atuação do Direito, tanto a esfera pública como a privada têm o dever de efetivar a promoção desse princípio nos mais diversos nichos da sociedade.

Nisto reside a importância do reconhecimento das vulnerabilidades, dentre elas a digital que, tal como as demais, não é exclusiva do período pandêmico. Considerando as inúmeras consequências (positivas e negativas) da *internet* na sociedade contemporânea, resultado de sua onipresença no cotidiano das pessoas, a defesa e promoção do pluralismo, da solidariedade, da alteridade e dos direitos humanos têm de ser o escopo das ações do Poder Público, especialmente do gestor municipal, em virtude de sua maior proximidade com a população.

Como será aprofundado a seguir, a identificação de certa desigualdade digital que afeta determinados sujeitos, exige uma atuação que busque minimamente emancipá-los em sua dignidade, promovendo meios para que possam gozar das ferramentas disponibilizadas no seio virtual.

5.2. A VULNERABILIDADE DIGITAL EM EVIDÊNCIA

Outrora, a forma de se comunicar era limitada, uma vez que se tinha os limites de espaço e de tempo para propagação de informação. Aos poucos, essa situação foi se transformando, como por exemplo, através da disseminação do rádio e popularização da televisão. Mas, o modo de se relacionar foi completamente transfigurado com o emprego da *internet*, uma vez que a comunicação se passou a ocorrer de forma instantânea e em esfera global (CASTELLS, 2007, p. 15-19).

O uso das tecnologias, dessa forma, foi progressivamente fazendo parte do cotidiano das pessoas, tendo o ambiente virtualizado se tornado uma extensão da realidade, na qual os usuários podem se comunicar, informar, consumir e, até mesmo, trabalhar por meio de computadores, *notebooks* ou celulares - conectados à rede.

Contudo, o acesso à rede mundial de computadores não se deu de forma igualitária, posto que é proporcional ao nível social, econômico e cultural dos indivíduos. Assim, grupos desfavorecidos não conseguem usufruir das oportunidades que o campo virtualizado oferece, seja por um uso precário e limitado ou, até mesmo, pela falta total de acesso.

Situação de desigualdade essa que foi potencializada com a pandemia da covid-19. Pois, várias medidas tiveram de ser implantadas como forma de prevenção à propagação do vírus, seja por meio do governo federal, estadual ou municipal. À título de elucidação, pode-se citar medidas restritivas de abertura do comércio e circulação de pessoas, ou então, derivadas do isolamento social, que levou inúmeras pessoas a trabalharem via *home office,* estudar à distância, adquirir produtos por meio de compras virtuais, usar a rede como forma de solicitar ou regularizar documentos e participar de programas públicos assistencialistas.

Consoante o Portal de Notícias G1, a Agência Nacional de Telecomunicações

(ANATEL) informou que durante a pandemia da covid-19 o uso da *internet* no Brasil aumentou exponencialmente, entre 40% e 50% (LAVADO, 2020, online). Dessa maneira, vê-se que a utilização das tecnologias como alternativa de subsistência tornou-se condição básica para se viver em meio aos tempos penosos de calamidade pública pelo coronavírus.

Entretanto, a pandemia escancarou ainda mais as desigualdades presentes na sociedade. Nesse sentido, a socióloga Nísia Trindade Lima, presidente da Fiocruz, em entrevista ao Portal UOL, expõe:

> Muitos dizem que estamos todos no mesmo barco, mas não é bem assim. (...) Num país com muitas desigualdades, o vírus pode evidentemente atingir a qualquer um, mas uns podem se resguardar melhor do que outros, visto que milhões de brasileiros sequer têm acesso a água limpa e encanada e que, para muitos, evitar aglomerações soa como uma utopia. (RIBEIRO, 2020, online).

No campo tecnológico esse contraste é ainda mais perceptível. Com a eclosão da pandemia várias providências tiveram de ser adotadas pelos Municípios a fim de suprir as demandas de distanciamento social, por exemplo, na educação, saúde e economia. Logo, a vulnerabilidade tecnológica se expandiu através da ampliação das atividades realizadas na *internet,* já que as ações promovidas pela Administração Pública são percebidas de modo diferente entre as classes sociais (PESSOA e TEIXEIRA, 2020, online).

Um dos principais pontos que demonstra a dificuldade dos desfavorecidos em usufruir das medidas realizadas por meio das tecnologias se dá em torno do acesso. Segundo a Associação Brasileira de *Internet*, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (Pnad Contínua TIC), realizada em 2018, mostrou que cerca de 45,9 milhões de brasileiros não tem acesso à *internet*, isto é, um em cada quatro pessoas no país (ABRANET, 2020, online). Isto diretamente relacionado a falta de poder aquisitivo ou então por questões territoriais, como nas zonas rurais onde não há sinal de telefonias ou banda larga.

Por conseguinte, a inclusão digital das pessoas mais pobres é medida basilar para a fruição das oportunidades ligadas à *internet*. Porém, esse desafio continua mesmo com a obtenção de rede, pois nas camadas mais carentes é comum que a utilização ocorra pelo celular e com pacote de dados limitados. Fato que se ratifica com a recente pesquisa divulgada pela Folha de São Paulo indicando que cerca de "70 milhões de brasileiros têm acesso precário à *internet* na pandemia do coronavírus" (SOPRANA, 2020, online).

Na educação as complicações são, igualmente, lamentáveis. Em virtude de isolamento social alguns municípios passaram a oferecer aulas por meio remoto, porém, apesar da tentativa mostrar-se louvável, ignora-se os desdobramentos necessários para a execução das medidas de modo igualitário e satisfatório, visto que muitas

famílias não possuem acesso à *internet* (como os moradores de zonas rurais), ou se o têm, é limitado e ocorre por meio de celulares, dificultando o aprendizado.

Ademais, mesmo quando há rede disponível, a velocidade da *internet* pode não ser suficiente para assistir as aulas simultâneas; muitas famílias não possuem aparelhos (computadores, *notebooks* e *tablets*) para todos da casa, sendo necessário o revezamento dos equipamentos. São comuns, ainda, os lares em que faltam ambientes específicos voltados para o estudo, e até mesmo, existe dificuldade em acessar os sites e aplicativos que estão sendo ofertadas as aulas (PALHARES, 2020, online).

Outro indicador de que a vulnerabilidade digital foi potencializada durante a pandemia da covid-19 está em torno da informação. O Decreto Federal, nº 10.282, de 20 de março de 2020, definiu os serviços de telecomunicações e de *internet* como essenciais, por serem indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade - Art. 3º, §1º, inciso VI - (BRASILb, 2020, online). Consequentemente, as Prefeituras têm o dever de criar diligências nesse sentido.

A Confederação Nacional dos Municípios (CNM), desse modo, disponibilizou uma cartilha com várias medidas ligadas à inovação e tecnologia, para que as Prefeituras desenvolvam durante o período de pandemia, no intuito de estimular o uso de ferramentas tecnológicas pela população que sejam capazes de fortalecer o distanciamento social.

Dentre as medidas destaca-se: estabelecer canais de comunicação do Município por meio de página na *internet*; propagar diariamente campanhas de prevenção sobre a covid-19; estimular plataformas digitais de educação a distância; disponibilizar na página da Prefeitura contatos dos órgãos municipais (saúde, defesa civil e assistência social); ofertar atendimentos de serviços de saúde a distância; transmitir informações a população por meio de SMS (mensagem de texto); usufruir das redes sociais (publicações e lives) para estabelecer uma programação diária em temas que envolvam a administração pública municipal e etc. (CNM, 2020, online).

Contudo, essas ações ignoram a presença da desigualdade social na sociedade brasileira e, em particular, da vulnerabilidade digital. Porquanto, como já aludido, a total falta ou o acesso precário impedem que os sujeitos desfavorecidos consigam desfrutar dessas medidas e assim tenham conhecimento sobre os procedimentos elaborados pelas Prefeituras no enfrentamento ao coronavírus.

Trata-se de uma vulnerabilidade que não assola somente as camadas economicamente mais baixas da população, mas também outros grupos que não possuem facilidade de acesso ao conteúdo digital. Assim, isso afeta a população rural onde não há sinal (mesmo que tenha riquezas, como vastas propriedades), afeta analfabetos, portadores de deficiência audiovisual e idosos.

À título de elucidação, no que tange aos idosos, embora existam diversas alternativas capazes de suprir a falta dos serviços presenciais sejam encontradas nos mecanismos digitais, muitos desses sujeitos não possuem habilidade e perspicácia no manuseio de aparelhos tecnológicos. Assim, as dificuldades existem até para

protegê-los, porque deve-se evitar o contato físico, mas ao mesmo tempo também existem as barreiras do contato virtual.

Não se pode olvidar que as pessoas enquadradas no grupo de risco da pandemia são os que mais precisam ser atingidos pelas serviços e políticas públicas. Entretanto, em virtude das barreiras digitais que enfrentam os idosos, estes não recebem as informações veiculadas no meio digital. Com isso, a pertinente recomendação de evitar o contato presencial representa um impacto maior para os idosos do que para os jovens, os quais conseguem se interagir através de outros meios.

Assim, aqueles que não nasceram na geração tecnológica estão desamparados e mal podem ter contato com seus familiares, o que prejudica sobretudo a saúde mental dos indivíduos. Por este motivo, na rede pública e particular existiram iniciativas de atendimento *online* com psicólogos e, mais uma vez, a vulnerabilidade digital impediu uma maior efetividade social destas medidas, que são tão importantes nesta crise sanitária, em que o medo e a falta de interatividade resultam em desequilíbrios orgânicos e mentais.

Ademais, em uma compreensão alargada da vulnerabilidade digital, percebe-se que mais pessoas são abrangidas pelo fenômeno quando abordamos as relações de consumo, nas quais a *internet* pode ser utilizada indevidamente e o meio virtual torna-se espaço que favorece a prática de fraudes, crimes, violações da intimidade (com o vazamento de dados pessoais) e propagação de informações falsas. Quanto a estas, registra-se a grande quantidade de publicações na rede que transmitiam equivocadas conclusões acerca do coronavírus, o que prejudicou bastante a conscientização da população sobre a necessidade das medidas preventivas contra a disseminação do vírus.

Com efeito, a maciça presença das *Fake News* potencializa a desinformação e limita o pleno gozo de exercício da cidadania, pois não basta o acesso à informes e notícias, há a necessidade de que os mesmos sejam verídicos (ESTEVAM, 2019, p. 269-275). Isso porque, o público alvo que recebe o conteúdo falso reproduz comportamentos indesejáveis, justamente por acreditarem na procedência da informação.

Diante disso, nota-se que é preciso buscar alternativas para superar a vulnerabilidade digital, sobretudo em tempos de calamidade pública, quando a população se encontra ainda mais desemparada. Tudo isso, a fim de que as pessoas desfavorecidas possam desfrutar das ações promovidas pela Administração Pública no campo virtual na busca de emancipá-los em sua dignidade.

Até porque, o amparo aos vulneráveis é uma garantia constitucional, melhor dizendo, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, conforme se nota no art. 3º, inciso I e III da Constituição Federal de 1988, em que se brada a obrigação de construir uma sociedade justa, solidária e que erradique as desigualdades sociais e regionais (MARTINS FR e MARTINS GM, 2020, online).

6. CONCLUSÃO

Destarte, após as considerações feitas a partir de artigos científicos, livros, notícias, pesquisas elaboradas por Jornais ou Portais de Comunicação e a partir da observação de julgados e políticas municipais relacionadas ao contexto pandêmico, verifica-se que, nesta crise sanitária, a sociedade teve modificada sua realidade, cuja circunstância potencializou o uso da *internet* como instrumento de comunicação, informação, educação, trabalho e consumo, resultado especialmente do distanciamento social.

Pois, a implementação de medidas restritivas de circulação pela Administração Pública mostrou-se necessária para evitar a disseminação do vírus. Como determinadas localidades tiveram mais casos de covid-19 do que outras, os Municípios mais afetados precisaram adotar políticas mais rígidas no enfrentamento ao vírus, o que está dentro de sua competência constitucionalmente estabelecida, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, viu-se que a adoção de medidas preventivas/precautórias, como o isolamento social horizontal, em muitos lugares se mostrou imprescindível para a proteção da vida humana, já que a antecipação de riscos permitiu a contenção de danos que possivelmente adviriam se não houvesse nenhuma intervenção estatal. No entanto, ficou claro que as medidas devem ser compatíveis com a realidade de cada município, pois em localidades onde haja menores taxas de contaminação, se consegue flexibilizar as determinações de segregação, com abertura gradual do comércio, de indústrias e com a retomada das atividades do cotidiano.

Vale destacar que nenhuma política de precaução deve ser adotada sem que seja feita uma análise de suas consequências, as quais também merecem atenção cuidadosa, para que não surjam outros males desnecessários. É que estes somente deverão ser suportados para impedir uma lesão maior e, mesmo assim, deve-se procurar formas que atenuem esses efeitos indesejáveis. É justamente isso que ocorre quando o poder público impõe o isolamento horizontal, o qual impacta negativamente em diversos âmbitos, sendo a vulnerabilidade digital um dos problemas que é majorado com a medida.

Com a pandemia, o ambiente virtual mostrou-se como alternativa tanto para as atividades dos particulares, quanto para o Poder Público implementar suas diretrizes de atuação. Ocorre que nem todas as pessoas possuem fácil acesso às plataformas digitais, o que representa uma dificuldade para o combate ao coronavírus, além de trazer à tona todos os impasses gerados pela vulnerabilidade digital.

As desigualdades sociais foram escancaradas com a disseminação do coronavírus e ainda foram somadas com a falta de informação e com falhas de comunicação acerca das potencialidades danosas da pandemia, fatores estes que permitiram a identificação da mencionada subespécie de vulnerabilidade, originada da social e da tecnológica.

Esse grupo de vulneráveis já sentiam as consequências de viver no mundo moderno automatizado sem ter acesso aos recursos, às estruturas e também ao conhe-

cimento necessário para a utilização das facilidades proporcionadas pelas tecnologias. Estas consequências, no entanto, foram agravadas com a pandemia, na qual a *internet* passou a ser, em muitos casos, a única opção viável para a manutenção das atividades.

Neste sentido, a vulnerabilidade digital foi evidenciada, dificultando inclusive o acesso das pessoas desfavorecidas às políticas públicas municipais de prevenção. Como foi abordado, muitas Prefeituras utilizaram de plataformas digitais para implementar iniciativas voltadas para a conscientização da população, prestação de informações, disponibilização de serviços e transparência acerca dos números relativos aos sistemas de saúde local.

Assim, as medidas preventivas difundidas no campo virtual, apesar de louváveis, em sua grande maioria, desconsideram a existência da vulnerabilidade digital. Com isso, as pessoas que mais precisariam ser atingidas pelas iniciativas governamentais acabam sendo excluídas destas, devido a fatores econômicos, educacionais e culturais, o que demonstra a imprescindibilidade da inclusão digital dos vulneráveis, concomitante as diligências municipais de combate a covid-19.

Desse modo, é preciso observar que o ordenamento jurídico pátrio possui preceitos e diretrizes normativas que impõem ao Poder Público o dever de levar em conta a realidade dos diferentes grupos existentes na sociedade, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagra o compromisso de promover e defender o pluralismo, a solidariedade e alteridade, ainda mais considerando a grande extensão do território brasileiro e os seus mais diversos contrastes sociais.

Portanto, conclui-se que a gestão municipal tem o desafio de promover medidas preventivas/precautórias com base na igualdade e na equidade, para que hajam ações específicas em prol da diminuição da vulnerabilidade digital. A superação desta favorece o gozo dos mais variados direitos e deveres dos vulneráveis, não apenas em períodos de calamidade pública, como com a covid-19 – alvo de investigação desse estudo – mas também nos anos que seguirão com a nova normalidade. Tudo isso, com o intuito de promover o estado de bem-estar social e fazer com que as pessoas possam viver de modo aprazível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANET, Associação Brasileira de *Internet*. *IBGE: 45,9 milhões de brasileiros não têm acesso à Internet.* Publicado em: 29 abr. 2020. Disponível em: <http://www.abranet.org.br/Noticias/IBGE%3A-45%2C9-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-*Internet*-2876.html?UserActiveTemplate=site#.Xwn5PyhKjIV>. Acesso em: 11 jul. 2020.

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva. *Saúde e Vigilância Ambiental: um tema em construção.* Epidemiologia e Serviços de Saúde.v.12. n.4. Brasília. 2003.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.* São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil:* D.O. 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASILa. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. *Portaria n. 454, de 20 de março de 2020.* Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 mar. 2020. p. 1.

BRASILb. *Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.* Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade.* Edição: 2ª. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa-PT.2007.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS (CNM). *Municípios contra o coronavírus – a prevenção está nas suas mãos.* Inovação e Tecnologia. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/documentos/Ficha_Inova%C3%A7%C3%A3o_Tecnol ogia_2020-05-11_final.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ESTEVAM, Marcelo Henrique de Sousa. *Liberdade de expressão e discurso de ódio: Conflito de direitos em meio às Fake News.* In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Estudos essenciais de direito digital. Uberlândia: LAECC, 2019. p. 269-290.

LAVADO, Thiago. Portal G1. *Com maior uso da internet durante pandemia, número de reclamações aumenta; especialistas apontam problemas mais comuns.* Publicado em: 11 jun. 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/pqJ26>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* Editora: Revista dos Tribunais. Edição: 2ª. São Paulo – SP, 2014

MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães. *O Direito Privado e o Direito do Consumidor em tempos de Covid-19*. Consultor Jurídico. DTR\2020\7407. Publicado em: 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/direito-civil-atual-direito-privado- direito-consumidor-tempos-covid-19>. Acesso em: 11 jul. 2020. Jul / 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso; NELSON, Rocco Antonio Rangel

Rosso. *Coronavírus (covid-19) e o direito: fato, valor e norma.* Revista dos Tribunais, vol. 1017, 2020.

PALHARES, Isabela. *Na periferia, faltam internet, computador e até mesmo papel e lápis para aulas a distância.* Folha de São Paulo. Publicada em: 08 mai. 2020. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/na-periferia-faltam-*internet*-computador-e-ate-mesmo-papel-e-lapis-para-aulas-a-distancia.shtml?utm_source=-twitter&utm_medium=social&utm_campaign=comptw>. Acesso em: 112 jul.2020.

PESSOA, Zoraide Souza; TEIXEIRA, Rylanneive Leonardo Pontes. *Vulnerabilidades e sociedade de riscos em tempos de COVID-19.* Observatório das Metrópoles. Publicado em: 14 mai. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/vulnerabilidades-e- sociedade-de-riscos-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 11 jul. 2020.

PRESSE, France. *Com corpos de mortos por coronavírus nas ruas, cidade do Equador recebe doação de mil caixões de papelão.* Portal G1. Publicado em: 05 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/05/com-corpos-de-mortos-por-coronavirus-nas-ruas-cidade-do-equador-recebe-doacao-de-mil-caixoes-de-papelao.ghtml>. Acesso em: 25 jul. 2020.

RIBEIRO, Eduardo. *"A pandemia não é a mesma para todos", diz a presidente da Fiocruz".* UOL NOTÍCIAS. Publicado em: 06 jul. 2020. Disponível em:<https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/07/06/a-pandemia-nao-e-a-mesma- para-todos-diz-a-presidente-da- fiocruz.htm?fbclid=IwAR0NjjNiv1Lsn2xPqeoftDUS6GDzuWy1ST5jbTMQZJVUoaL6_orQcd qa_8g&cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 jul.2020.

SOPRANA, Paula. Folha de São Paulo. *"70 milhões de brasileiros têm acesso precário à internet na pandemia do coronavírus".* Publicado em: 16 mai. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/cerca-de-70-milhoes-no-brasil-tem-acesso- precario-a-*internet*-na-pandemia.shtml>. Acesso em: 11 jul. 2020.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE n°6341. Relator: Marco Aurélio Mello. DJ: 15.04.2020.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. Danos catastróficos: da gestão de riscos e perigos à reparação. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2014.

TJMG (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS). MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DECLARATÓRIA CONSTIT N° 1.0000.20.459246-3/000. Relatora: Desembargadora Marcia Maria Milanez. Data do Julgado: 09 jul. 2020.

TJSC (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA). AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL Nº 5003159-89.2020.8.24.0010/SC. JUIZ DE DIREITO: LÍRIO HOFFMANN JÚNIOR. Data e Hora: 17 jul. 2020.

WEDY, Gabriel. *Os elementos constitutivos do princípio da precaução e a sua diferenciação com o princípio da prevenção.* Revista de doutrina TRF4. 2015. Disponível em: < https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Gabriel_Wedy.html >. Acesso dia 26 abr. 2020.

Artigo Científico

PELO DIREITO A TER DIREITOS: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS NO PLANO INTERNACIONAL E O PAPEL DO ACNUR

FOR THE RIGHT TO HAVE RIGHTS: AN ANALYSIS ON THE PROTECTION OF REFUGEES IN THE INTERNATIONAL ORDER AND ON UNHCR'S WORK

Kamilla Oliveira de Jesus*
Victoria Gabriela Brito Salgado**

Resumo: O presente artigo tem por escopo demonstrar como os direitos dos refugiados são protegidos internacionalmente. Uma breve análise acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi feita para ser possível compreender a sua importância a partir da sua vertente que visa proteger o direito dos refugiados. Ademais, foram demonstradas as diferenças entre asilo e refúgio, dois institutos internacionais que protegem os indivíduos fora do seu país de origem. Por fim, foi realizado um estudo sobre o ACNUR e suas atribuições na proteção desses indivíduos.

Palavras-chave: ACNUR. Direitos Humanos. Direito Internacional. ONU. Refugiados.

Abstract: *The purpose of this article is to demonstrate how refugees have their rights protected internationally. A brief analysis of international human rights law was made to make it possible to understand its importance from its perspective that aims to protect refugee law. In addition, the differences between asylum and refuge have been demonstrated, two international institutes that protect individuals outside their country of origin. Finally, a study on UNHCR and its role in protecting these individuals.*

Keywords: *Human Rights. International Law. Refugees. The UN. UNHCR*

INTRODUÇÃO

O O direito ao refúgio começou a ser discutido pela Liga das Nações (LDN), em 1921, mas somente passou a ser pauta da agenda internacional ao fim da Segunda Guerra Mundial em virtude das inúmeras violações dos direitos humanos que ocorreram durante esse período, com o propósito de proteger a dignidade dos indivíduos que precisavam de refúgio em outros países e, assim, impedir que os eventos que marcaram a guerra voltassem a se repetir.

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, e-mail: kamillaestudos@gmail.com.
** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, e-mail: vic_toriagabriela@hotmail.com.

A partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, a discussão sobre a proteção dos direitos humanos foi posta em evidência e, com o passar tempo, alguns mecanismos foram criados para tratar sobre o refúgio[1]. A organização internacional mais importante na atualidade é o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), criado em 1950, fundamentando-se na Convenção da ONU sobre Refugiados (1951) e no Protocolo de 1967 para assegurar a proteção dos direitos dos refugiados.

Posto isso, a problemática discutida ao longo do artigo ocupa-se por analisar as formas de proteção do direito ao refúgio através da consolidação deste no âmbito internacional e também propõe um olhar sobre o papel do ACNUR, analisando a sua atuação em prol dos refugiados.

A fim de compreender como o Direito Internacional salvaguarda esses direitos, foi realizada uma revisão de literatura com os principais atores especialistas e campos de estudos que norteiam o tema. Dessa forma, a pesquisa realizada foi de cunho qualitativo, exploratório e bibliográfico.

O artigo está dividido em quatro seções, além desta introdução. Na primeira, o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi trabalhado a partir da sua vertente sobre o Direito Internacional dos Refugiados. Na seção seguinte, foi apresentado o referencial teórico com algumas considerações sobre o refúgio, suas motivações, principais dificuldades, além de expor diferenças com o direito ao asilo. Em seguida, uma breve discussão sobre as atribuições da ACNUR na proteção e promoção dos direitos dos refugiados. Por fim, as considerações finais.

2. BREVE ANÁLISE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS COMO VERTENTE DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Falar de direitos humanos é pensar sobre a proteção dos direitos fundamentais básicos do ser humano e as garantias para que sejam respeitados e exercidos com dignidade, sendo todas as pessoas, pela condição inerente de seres humanos, titulares desses direitos (PORTELA, 2015). De acordo com Robert Legros (1985, p. 151), Hannah Arendt trazia a ideia de que é no Estado que as pessoas devem reivindicar e exercer os seus direitos, o que remonta ao reconhecimento do ser humano como personalidade jurídica trazido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948:

> Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado

[1] Além do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), há organizações internacionais que dão assistência humanitária para os refugiados, como exemplo a Organização Internacional para Migrações (OIM) e uma agência subsidiária da ONU, a Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (ANURP). Ademais, junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, há o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE).

> pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante (DUDH, 1948)

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU) a partir da preocupação da comunidade internacional em proteger os indivíduos que sofreram com os horrores da guerra, promovendo paz e segurança internacional. Assim, também surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), reunindo normas internacionais, consuetudinárias, convencionais ou não-convencionais.

Além disso, o DIDH veio para salvaguardar a vida e a dignidade das pessoas no plano internacional, em situações de conflitos armados ou até mesmo de paz, promovendo a internacionalização dos direitos (JUBILUT, 2007). Esta, portanto, diz respeito à ampliação dos direitos que constam nos corpos jurídicos internos de cada país, sendo também garantidos no âmbito internacional (ACCIOLY et al, 2015).

Visando a proteção internacional dos direitos humanos de forma efetiva diversos tratados foram firmados, como exemplo a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992) e a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994), entre outros.

Segundo Jubilut (2007), ainda assim o sistema internacional carecia de vertentes que tratassem da proteção dos indivíduos em casos de conflitos e outros cenários que demandam mais preocupação. Por esta razão, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados surgiram como vertentes do DIDH para assegurar a dignidade humana das pessoas em situação de guerra, conflitos armados, perseguição e violência e, no caso dos refugiados, o deslocamento forçado dos locais de origem.

Desse modo, com a junção de tais segmentos, foi possível formar "o Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu* ou o Direito Internacional de Proteção da Pessoa Humana" (JUBILUT, 2007, p. 57). Ademais, Guido Soares afirma que o DIDH é um extenso sistema jurídico que protege a pessoa humana de acordo com o tipo de violação dos direitos humanos, por esta razão é importante a divisão:

> Originalmente distintos em sua emergência histórica, as normas internacionais de proteção aos direitos humanos e aos direitos dos refugiados e aquelas conhecidas como direito humanitário, bem assim as normas escritas que regem o instituto do asilo, tiveram finalidades diversas. Os direitos humanos foram concebidos tendo em vista uma situação de paz, quer dizer, de normalidade interna, em que o Estado poderia estabelecer e realizar seus fins, [...] seja pela força de sua nacionalidade, seja pelo fato de

> nele estarem fisicamente localizados (domicílio ou residência). Já os outros três nasceram para regular situações em princípio anormais, como as situações de grave comoção interna nos Estados ou de guerras, situações essas em que os ordenamentos jurídicos nacionais encontram-se em perigo de desagregação [...] (SOARES, 2002, p. 335-336)

Destarte, é possível compreender que há várias formas de proteger as pessoas através do DIDH, a depender da conjuntura que vivenciam. No que diz respeito ao Direito Internacional dos Refugiados (DIR), o principal fundamento de proteção é que todos merecem respeito não importa a raça, crença religiosa, aspectos culturais e classe social. Essas diferenças são importantes para o reconhecimento da diversidade e para afirmar que ninguém pode ser considerado superior, assim como Comparato expõe em sua obra:

> Todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais (COMPARATO, 2001, p. 1)

Desse modo, o DIR parte do pressuposto de que a proteção internacional é necessária para aqueles que são perseguidos por tais características, sendo um aspecto determinante para o reconhecimento do *status* de refugiado. Ao compara-lo com o DIDH, é possível perceber que este envolve todos os seres humanos e busca garantir que vivam com dignidade ao passo que o DIR também tem o mesmo objetivo.

No entanto, a principal diferença é que os indivíduos abarcados são somente aqueles que sofrem algum tipo de violação de direitos humanos e que, por esta razão, são obrigados a migrar para outros países à procura de melhores condições de sobrevivência (JUBILUT, 2007).

Em vista disso, Flávia Piovesan destaca a tutela internacional como base da proteção dos direitos dos refugiados, ressaltando o Direito Internacional dos Refugiados como vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos:

> A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados [...] (PIOVESAN 2001, p. 37)

Torna-se claro, portanto, que o DIDH e o DIR surgiram para salvaguardar a pessoa humana na esfera internacional, que através de tratados e normas internacionais proporcionam o amparo aos indivíduos que necessitam. Ademais, se assemelham quanto aos sujeitos de direito – o ser humano enquanto titular e o Estado como destinatário –, bem como nos objetivos principais que são proteger a dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e o respeito a estes princípios (AMARAL JR., 2001).

Dessa forma, é possível afirmar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos se aplica a todas as pessoas, englobando os refugiados por meio de sua vertente e garantindo que os direitos destes sejam garantidos internacionalmente.

3. MIGRAÇÕES FORÇADAS: ASILO E REFÚGIO

A migração é um tema de grande relevância na agenda internacional, principalmente na atual conjuntura, tendo em vista a emergência de crises humanitárias. Segundo Bakewell (2011), a migração é vista como a movimentação contínua de pessoas ou grupos de pessoas que buscam melhores condições de vida diante do contexto social, político, econômico e cultural do país onde vivem, podendo ser forma transitória ou definitiva.

Há muitos aspectos a serem considerados quando um indivíduo migra, como as motivações para deixar o local de origem, as condições que o país de destino oferece para os migrantes e, principalmente, se a migração é voluntária ou forçada.

Assim, "para justificar a migração é preciso interligá-la às causas imediatas, comportando distinção entre a migração pela economia, migração social, migração de capital humano ou migração influenciada por questões políticas, como por exemplo, o asilo e o refúgio" (SANTOS; DUARTE; MAUES, 2019, p. 630).

São duas as classificações para definir as migrações, sendo muito importantes para fundamentar a assistência jurídica internacional de cada uma delas: migrações voluntárias (imigração e emigração) e forçadas (asilo e refúgio). As primeiras ocorrem no caso em que o indivíduo decide deixar seu país de origem por razões próprias e sem interferências externas, já as segundas dizem respeito às migrações que acontecem devido à violação de direitos (SANTOS; DUARTE; MAUES, 2019).

É notório que há diversos contrastes entre as duas classificações principais das migrações, já que as voluntárias são fruto da vontade dos indivíduos, sendo uma decisão espontânea que não foi influenciada por riscos à vida ou à família, por exemplo. As migrações forçadas, no entanto, representam uma decisão motivada por perseguições, violência, entre outros fatores. Dessa forma,

> [...] as categorias, os fluxos e as formas da migração forçada sofrem variação de tempo, de localização, e nos diferentes assuntos, como socioeconômicos e políticos. A migração forçada é alvitre de um conjunto das principais convergências internacionais impulsionada pelo crescimento da população, da urbanização, do meio ambiente, das mudanças climáticas, do aumento da misé-

> ria e da coação política. Esses fatores contribuem para instabilidade, vulnerabilidade da sociedade, e aumenta as chances de crises, favorecendo, dessa forma, a migração forçada. (SANTOS; DUARTE; MAUES, 2019, p. 630-631)

Diante disso, é fundamental discutir de modo mais profundo a respeito das divisões e subdivisões dos tipos de migração.

3.1 ASILO

O asilo existe na sociedade desde a Antiguidade Clássica, sendo transformado através dos tempos. Foi no Império Romano que esse instituto foi incorporado no plano jurídico, objetivando a proteção do indivíduo. Durante a Revolução Francesa, o asilo foi defendido para a proteção da liberdade, igualdade e fraternidade (JUBILUT, 2007), além de proteger indivíduos que eram vítimas de perseguição que, por esta razão, não tem meios para voltar ao país de origem (RAMOS, 2018).

É mister ressaltar as subdivisões do asilo, sendo elas territorial ou diplomática. A primeira diz respeito à proteção do indivíduo que já se encontra no território onde pretende ficar. Já a segunda, corresponde ao asilo conferido em embaixadas, navios com a bandeira do país ou em aviões pertencentes ao Estado, consoante Jubilut (2007).

Dessa forma, é possível entender que ambas ramificações do asilo se referem à proteção dos direitos políticos dos indivíduos, garantidos na Constituição Federal como direitos fundamentais bem como estabelecidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos (JUBILUT, 2007).

No âmbito internacional há documentos que versam sobre o direito de asilo, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Este último documento é tido como o mais importante para o presente instituto, pois é o único que aborda sobre o direito de requerer asilo e sobre a obrigação do Estado de concedê-lo (PORTELA, 2015), em seu artigo 22, VII: "Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais" (BRASIL, 1969).

3.2 REFÚGIO

Finda a breve análise sobre o asilo, resta aprofundar-se sobre o refúgio. Este instituto é derivado do asilo e, segundo Ramos (2011), a primeira vez que o termo fez parte das discussões no plano internacional foi em 1919, na Liga das Nações. Foi discutida a importância da proteção dos refugiados, aprovando a criação de um Alto Comissariado para os Refugiados em 1921, sendo criado de fato em 1951.

Na década de 20, o direito ao refúgio foi posto em pauta devido ao intenso fluxo de pessoas que deixaram a recente União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) por conta da instabilidade política, da fome e outros problemas econômicos que faziam parte do contexto da Revolução Bolchevique. Assim, foi criado o Alto Comissariado para os Refugiados Russos com reconhecimento internacional, objetivando dar assistência aos indivíduos que deixaram a Rússia para buscar melhores condições de vida (JUBILUT, 2007).

Como o próprio nome já diz, este comissariado tinha a proposta de auxiliar apenas os refugiados russos, mas à medida que o tempo foi passando tornou-se necessário amparo para indivíduos de outras nacionalidades, como os povos armênios que foram perseguidos e sofreram com genocídio entre 1915 e 1923 (FISHEL DE ANDRADE, 1999). Em vista disso, foi preciso ampliar o conceito de refugiado e promover maior tutela jurídica no plano internacional.

Dessa forma, "essa organização, apesar de dar destaque à questão das minorias, não trazia em seu estatuto a problemática dos refugiados, mas diante da situação concreta que lhe foi apresentada, estabeleceu, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos." (JUBILUT, 2007, p. 74). A partir de 1923, a Liga das Nações tornou-se responsável por cuidar das questões de outros povos refugiados, além dos russos, como os armênios, gregos e turcos (RODRIGUES; SIMÕES, 2017).

Já em 1931, foi criado o Escritório Nansen para Refugiados, vinculado diretamente à Liga das Nações para agir em defesa dos direitos humanitários dos refugiados. Dessa forma, pode-se compreender que:

> O escritório Nansen teve como maior mérito a elaboração de um instrumento jurídico internacional sobre os refugiados, a Convenção de 1933. Apesar de ter um conteúdo limitado, essa Convenção possibilitou o início da positivação do Direito Internacional dos Refugiados, trazendo, inclusive, um dispositivo acerca do princípio do non-refoulement (que consiste na proibição da devolução do solicitante de refúgio e/ou do refugiado para território no qual sua vida ou integridade física corram perigo), de vital importância para os refugiados. É ela até mesmo apontada, por alguns estudiosos do tema, como marco legal inicial desta vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (JUBILUT, 2007, p.76).

Cinco anos depois, em 1936, foi necessário proteger os judeus que estavam sendo perseguidos na Alemanha. Mesmo que o direito ao refúgio ainda não tenha sido pauta principal da comunidade internacional nessa época, ainda assim foi importante para proteger os indivíduos que sofriam com preconceitos e violação de direitos.

> Devido à gravidade da situação, em 4 de julho de 1936, por meio de um acordo, foi criado o Alto Comissariado para os Refugiados da Alemanha (Judeus e outros), o qual defendia que os refugia-

> dos não deveriam ser devolvidos à fronteira do Reich (LEAGUE OF NATIONS, 1936). Desde então, entra em cena um novo critério definidor, que tende a substituir àquele tradicional da origem nacional: a perseguição. (ARAUJO; BARICHELLO, 2015, p.118-119)

No ano de 1938, a LDN promoveu a junção desses dois órgãos de proteção dos direitos dos refugiados e criou um Alto Comissariado da Liga das nações para os Refugiados. Esse novo comissariado trouxe inovações no tratamento internacional dos refugiados e abriu caminhos para novas discussões acerca do assunto (MELO, 2019), assim como é exposto:

> A criação desse órgão de proteção aos refugiados inaugurou uma nova fase do Direito Internacional dos Refugiados, isto porque, até então, a qualificação de uma pessoa como refugiada era feita a partir de critérios coletivos, ou seja, em função de sua origem, sua nacionalidade ou sua etnia – a pessoa não necessitava demonstrar que sofria perseguição, mas tão somente que pertencia a um dos grupos tidos como de refugiados – e, com sua criação, a qualificação passou também a ser fundamentada em aspectos individuais, ou seja, na história e características de cada indivíduo e na perseguição sofrida por ele e não apenas em reconhecimentos coletivos. (JUBILUT, 2007, p. 77).

Após os eventos que levaram ao fim da Segunda Guerra Mundial, foi criada a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), tendo fundamental importância na construção da paz, da tolerância e da garantia da dignidade humana (PIOVESAN, 2001). Desse modo, a DUDH foi um marco para o desenvolvimento do direito de solicitar refúgio em outros países (JUBILUT, 2007).

A partir desta declaração, foi essencial pensar em possíveis soluções para as milhares de pessoas que se deslocaram para fugir dos horrores da guerra e, assim, criar meios para proteger os direitos desses refugiados.

Para dar maior assistência aos refugiados, o ACNUR incorporou a Convenção de Genebra (1951) à ONU, trazendo o conceito de refugiado, reconhecendo a problemática humanitária que os envolve e os deveres dos Estados de garantir a proteção dos direitos desses indivíduos (ONU, 1951). Assim é exposto no artigo 1º, a, II, desta convenção:

> Art. 1º - Definição do termo "refugiado"
> a) Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:
> II - Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser **perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não**

> **pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ONU, 1951)** (grifo nosso)

Outrossim, através do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967) o *status* de refugiado foi ampliado, englobando todo e qualquer indivíduo que é forçado a deixar seu país de origem devido a perseguições relativas à raça, religião, nacionalidade e outras formas de violação dos direitos humanos, a fim de garantir a devida proteção jurídica no plano internacional (SANTOS; DUARTE; MAUES, 2019).

É mister ressaltar que a diferença primordial entre asilo e refúgio é que este é um instituto recorrido em situações em que o indivíduo não tem condições de continuar no seu país em razão de perseguições. Aquele, por sua vez, é garantido somente em situações em que a pessoa se encontra perseguida pelo poder político do Estado como ocorre em ditaduras, por exemplo (LEÃO, 2011). Por fim, são semelhantes no que concerne em possibilitar melhores condições de vida e preservação dos direitos humanos.

4. AS ATRIBUIÇÕES DO ACNUR NA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS

A ONU é uma organização comprometida com os Direitos Humanos e trabalha em prol da promoção desses direitos para todas as pessoas, assim como é demonstrado no preâmbulo da Carta das Nações Unidas:

> NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (ONU, 1945, p.3)

Sendo um dos órgãos subsidiários das Nações Unidas, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) é uma organização apolítica com fins humanitários que busca assegurar os direitos dos refugiados e garantir que consigam refúgio em outro país com dignidade e segurança.

Foi criado através da Resolução n° 428 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1950, suas atividades tiveram início em 1951 e, através do Protocolo de 1967 o

ACNUR passou a expandir sua atuação além do continente europeu, trabalhando para proteger os refugiados ao redor do globo (ONU, 2019). Dessa forma,

> Com o passar dos anos, novos conflitos e perseguições surgiram por todo o mundo, fato que deu origem a um sem número de refugiados que precisavam ser enquadrados no contexto de proteção estabelecido pela Convenção, o que não era possível em razão das disposições iniciais estabelecidas no documento de 1951. Em razão disso e das limitações trazidas pela Convenção, um Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados é preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, que por meio da Resolução n. 2198 (XXXI) toma nota e o submete para a ratificação pelos Estados. (PEREIRA; SILVA, 2016, p. 57).

Com os conflitos atuais que impulsionam a fuga de grande número de pessoas para outros países, são necessárias medidas para protege-los dos perigos e garantir que sejam recebidos com segurança e dignidade. É a partir desse momento que o ACNUR atua para garantir que nenhum outro direito seja violado (MELO, 2019). Ademais,

> Cabe ao ACNUR, com base na Convenção, definir quem é considerado refugiado, ou seja, quem atende aos requisitos para obter refúgio e se assim incluído nos vários programas de ajuda da organização. Contudo, o certo é que quando há deslocamentos em massa, em um primeiro momento, todos são considerados refugiados, necessitando de cuidados imediatos como alimentação, vestimentas, habitação provisória e cuidados médicos em caráter emergencial. Após, são tomadas as devidas providências para buscar soluções duradouras que permitam aos refugiados a reconstrução de suas vidas. (PEREIRA; SILVA, 2016, p. 65).

Consoante o Estatuto do ACNUR (1951), seus dois principais objetivos são prover assistência aos refugiados e protege-los através do direito internacional, fornecendo auxílio de modo permanente para os problemas que os mesmos enfrentam ao longo do processo do refúgio. Dessa forma, conforme o *General Information Paper* para alcançar todos esses propósitos, o ACNUR:

> Ao buscar o primeiro objetivo ele [ACNUR] procura promover a adoção de padrões internacionais de tratamento dos refugiados e a efetiva implementação destes padrões em áreas como emprego, educação, moradia, liberdade de circulação, e garantias contra o retorno forçado para um Estado no qual o refugiado possa ter razões para temer uma perseguição. Ao buscar o segundo objetivo, o ACNUR procura facilitar a repatriação voluntária dos refugiados, ou, quando esta não é uma solução possível, procura

> auxiliar os governos dos países de asilo para que os mesmos possibilitem a autossubsistência dos refugiados o mais rapidamente possível (ACNUR, 1982)

No tocante ao auxílio permanente aos refugiados, o ACNUR conta com três mecanismos, sendo eles: integração local, o reassentamento e a repatriação voluntária. O primeiro diz respeito à alocação do refugiado onde foi acolhido, mas para isso se concretizar é necessário o apoio do país no qual foi solicitado o refúgio. O segundo significa alocar o indivíduo para outro país diferente daquele que reconheceu seu *status* de refugiado por terem dificuldades de integração.

Por fim, o terceiro mecanismo seria o retorno do indivíduo refugiado ao seu país de origem, de modo voluntário, após cessarem os acontecimentos que o fizeram requerer refúgio. Assim, o ACNUR intermedia tanto na parte financeira quanto nos acordos políticos (JUBILUT, 2007). Sobre a repatriação voluntária, é importante frisar que a partir do momento em que o indivíduo volta para o seu país não há mais o *status* de refugiado reconhecido internacionalmente (ACNUR, 2011).

Segundo os dados de 2019 cedidos pela ONU, em torno de 70 milhões de pessoas foram obrigadas a deixar seus países de origem por serem vítimas de perseguições e outros tipos de violação de direitos. Ademais, estima-se que dentre esse número, mais de 25 milhões foram reconhecidas como refugiados (ONU, 2019). Diante dos mais variados motivos para buscar refúgio em outro país, é essencial buscar soluções para proteger os direitos dessas pessoas tendo em vista a "omissão do Estado em protegê-los" (AGUIRRE; SCHIAVON, 2017, p. 45). Por esta razão, é fundamental que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja capaz de garantir que nenhum direito seja violado para que, em um tempo futuro, o instituto do refúgio não seja mais necessário.

Como já dito, o ACNUR é um órgão subsidiário. Assim, entende-se que a ele podem ser delegadas várias funções da própria ONU como a de celebrar tratados internacionais e acordos com outras organizações não-governamentais (ZIECK, 1998), competência concedida através de resoluções. Analisando os artigos 1º, 10 e 20 do estatuto do ACNUR, podemos perceber que tal competência é muito importante para garantir a proteção dos direitos dos refugiados:

> Art. 1.º – O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembleia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que reúnam as condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, ajudando os governos e, sujeito à aprovação dos governos interessados, as organizações privadas a fim de facilitar o repatriamento voluntário de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais;
> Art. 10 – O Alto Comissariado administrará quaisquer fundos, pú-

> blicos ou privados, que receba para assistência aos refugiados, e, se apropriado, organismos públicos, que considere mais aptos para administrar tal assistência",
> Art. 20 – O Alto Comissariado será financiado pelo orçamento das Nações Unidas. Salvo decisão posterior em contrário, por parte da Assembleia Geral, nenhum encargo, para além das despesas administrativas referentes ao funcionamento do Alto Comissariado, será imputado ao orçamento das Nações Unidas e todas as outras despesas referentes à atividade do Alto Comissariado serão financiadas através de contribuições voluntárias. (ACNUR, 1950)

Assim, o ACNUR procura incentivar os países a proverem meios para que os direitos dos refugiados sejam devidamente aplicados e, assim, tornar possível "criar condições adequadas para a proteção dos direitos humanos e para a solução pacífica de conflitos, ou seja, procura não apenas apresentar soluções para os refugiados, mas também tem em vista eliminar as causas do êxodo dos refugiados" (JUBILUT, 2007, p. 155). Dessa forma, retoma os princípios das Nações Unidas que dizem respeito à proteção da segurança internacional, garantindo a proteção dos direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por consequência de crises humanitárias e diversas formas de violação de direitos humanos, milhares de pessoas são diariamente obrigadas a deixar seu país, sua casa, sua cultura e embarcar em busca do desconhecido na esperança de uma sobrevivência digna. Para compreender este intenso fluxo migratório por todo o mundo, foi fundamental a realização de um estudo aprofundado sobre as formas que a ordem internacional vem protegendo esses indivíduos, reconhecendo a estes o *status* de refugiado.

O desenvolvimento do artigo proporcionou muitas reflexões a respeito das migrações forçadas e das diferenças entre o asilo e o refúgio, ambos com suporte internacional no tocante a violação de direitos. Ademais, também foi essencial entender sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas diferentes vertentes, principalmente sobre o Direito Internacional dos Refugiados que protege os indivíduos que sofrem perseguições no país de origem e precisam se refugiar em outro território.

Nesse sentido, também foram discutidas as atribuições e a forma de atuação do ACNUR, o alto comissariado que trabalha em prol de assegurar que os refugiados tenham seus direitos humanos preservados para que, assim, possam recomeçar em outro lugar sem que suas vidas estejam em perigo.

A partir dos estudos realizados para a construção do artigo, concluiu-se que, apesar do papel do ACNUR em efetivar a proteção internacional dos refugiados e difundir a importância da cooperação de todos para que tais indivíduos sejam acolhidos, o respeito ao Direito Internacional dos Refugiados ainda está limitado pela vontade dos países em atuar em prol da integração dos migrantes e refugiados.

Outrossim, mesmo com tratados, ordenamentos e organizações internacionais que existem, há muito a ser feito para que os refugiados tenham a chance de viver com dignidade e sem medo. O principal obstáculo é a política externa dos Estados para acolher os refugiados, tendo em vista que somente por meio da criação de leis nacionais, ratificação de documentos no âmbito internacional e maior dimensão das discussões acerca da temática é que poderemos ver mudanças.

Os refugiados ainda são alvo de preconceitos e enfrentam muitas dificuldades na travessia para buscar uma vida melhor e sem ameaças aos seus direitos, que torna o processo de inserção em outros países ainda mais árduo. Torna-se essencial que as formas de proteção estejam em constante evolução, garantindo a dignidade humana dos migrantes e refugiados.

Fica claro, portanto, que é necessário percorrer um longo caminho para que os refugiados tenham direito a ter direitos, sendo fundamental a atuação em conjunto dos Estados para criar possíveis soluções em que os direitos humanos sejam realmente respeitados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. [S.l: s.n.], 2015.

AMARAL JR., Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

ACNUR. *Convenção de Genebra*. 1951. Disponível em: < www.acnur.org>. Acesso em: 8 jul. 2020.

_____. *Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados*. 1950. Disponível em: < www.acnur.org>. Acesso em: 8 jul. 2020.

_____. *General Information Paper*, 1982. Disponível em: < www.acnur.org>. Acesso em: 8 jul. 2020.

_____. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado:* de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. 3. ed. 2011. Disponível em: <www.acnur.org >. Acesso em: 08 jul. 2020.

AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello; SCHIAVON, Thais Magrini. O direito de partir dos refugiados no direito cosmopolita. *Revista Direito Sem Fronteiras,* Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. jul/dez. 2017; v. 1 (2): 37-54.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonessa de; BARICHELLO, Stefania Eugenia. Aspectos históricos da Evolução e do Reconhecimento Internacional do Status de Refugiado. *Revista do Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 104-134, maio/ago. 2015. Disponí-

vel em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/4507/4076> Acesso em 20 jun. 2020.

BAKEWELL, Oliver. *Conceptualising displacement and migration:* Processes, conditions, and categories. In: The Migration-Displacement Nexus: Patterns, Processes, and Policies edited by Khalid Koser and Susan Martin. Oxford: Berghahn Books, 2011

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)*. Disponível em: <www.cidh.oas.org>. Acesso em: 25 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Patrícia Magalhães. *Migrações e Desenvolvimento.* Lisboa: Fundação Fé e Cooperação e IMVF, 2017.

FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. O direito internacional dos refugiados em perspectiva histórica. In: *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos.* AMARAL JR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (org.). São Paulo: Edusp, 1999.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do Século XXI. In: *Refúgio no Brasil:* a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas, p. 89. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto (Org.). Brasília: ACNUR e Ministério da Justiça, 2010.

LEGROS, Robert. *Hannah Arendt:* une compréhension phénoménologique des droits de l'homme. Études Phénoménologiques, Bruxelles, 1985.

ONU. *Carta Americana dos Direitos e Deveres do Homem.* 1948. Disponível em:< http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_dev_homem.pdf> Acesso em 20 jun. 2020.

_____. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em :< https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf> Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em:< https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. *Número de pessoas deslocadas no mundo chega a 70,8 milhões, diz ACNUR*. 2019. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/numero-de-pessoas-deslocadas-no-mundo-chega-a-708-milhoes-diz-acnur/#:~:text=Entre%20os%2070%2C8%20milh%C3%B5es,mais%20do%20que%20em%202017>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PEREIRA, Luciano Meneguetti; SILVA, Marisa da. A Importância da Ajuda Humanitária aos Refugiados. *FIDES,* Natal, v.8, n.1, p. 52-74, jan/jun. 2016. Disponível em:< http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/259/266> Acesso em: 20 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ALMEIDA, G. A. e ARAÚJO, N. *O Direito Internacional dos Refugiados* – uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: I*ncluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

_____. André de Carvalho. *60 anos de ACNUR:* perspectivas de futuro. São Paulo, 2011.

RODRIGUES, Viviane Mozine; SIMÕES, Rafael Cláudio. Direitos dos Refugiados como Direitos Humanos: Processo Histórico de Construção. *Anais dos Encontros Internacionais UFES/PARIS-EST.* Vitória: UFES, 2017.

SANTOS, Expedido Almeida dos; DUARTE, Kaique Campos; MAUES, Gustavo Brandão Koury. O Direito Internacional dos Refugiados: o panorama da migração no século XXI. CIDP – *Revista Juridica Luso-Brasileira,* Lisboa, n. 5, p. 625-663, 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público.* São Paulo: Atlas, 2002.

ZIECK, Marjoleine. UNHCR´S 'special agreements'. *Essays on the Law of Treaties:* a collection of essays in honour of Bert Vierdag, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

RACISMO ESTRUTURAL NO DIREITO REPUBLICANO E OS DIFERENTES ÂNGULOS DO GENOCÍDIO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL

STRUCTURAL RACISM IN REPUBLICAN LAW AND THE DIFFERENT ANGLES OF THE GENOCIDE OF THE BLACK POPULATION IN BRAZIL

Ícaro de Jesus Rodrigues*
Mayne Coelho dos Santos**
Rafaella Santos Reis***
Maria Eduarda Silva Vieira****

Resumo: Neste artigo, busca-se entender a relação entre racismo e Direito e os seus desdobramentos para a população negra no Brasil República. A problemática debruça-se acerca da contribuição do direito para o extermínio sistemático desse grupo social. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica associada ao método dedutivo. Após a abolição da escravidão e a proclamação da República, as políticas de branqueamento aliadas a eugenia e ao racismo científico causaram no imaginário social medo, desprezo e ódio à negritude. Em seguida, o mito da Democracia Racial escamoteou o racismo em um problema de classe social. O Direito Penal foi eleito como instrumento principal para intervir fisicamente no controle social desse grupo racial, constituindo com o sistema penal um campo de análise privilegiado para se entender qual o projeto político do Estado. Já o acesso precário do segmento aos direitos sociais deve ser analisado para poder se compreender os mecanismo racistas por outros ângulos. Por fim, conclui-se que a relação entre racismo e direito é indissociável, dado o caráter estrutural do racismo, sendo ele usado, por diversas vias, para criminalizar, subjugar e eliminar a população negra, o que se constata como genocídio.

Palavras-chave: Racismo. Direito. População negra. Criminologia.

Abstract: *In this article, we seek to understand the relationship between racism and law and its consequences for the black population in Brazil. The problem focuses on the contribution of law to the systemic genocide of this social group. In order to do that,*

* Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.
E-mail: icarodj02@gmail.com
** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.
E-mail: maynecoelho1@gmail.com
*** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.
E-mail: rafaellareiss15@gmail.com
**** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC.
E-mail: dudavieira01@hotmail.com

we chose to use bibliographic research and the deductible method. After the end of slavery and the beginning of Brazil's Republic, the politics of bleaching, alongside with eugenics and scientific racism have caused fear, despise and hatred towards blackness. Following that, the myth of the racial democracy concealed racism as a social class problem. Criminal Law was chosen as the main instrument to physically intervene without socially controling this racial group, constituting, with the penal system, a privileged field of analysis to understand what the state's political project is. The precarious access of this segment to social rights must be analyzed in order to understand the racist mechanism from other angles. Finally, it is concluded that the relationship between racism and law is inseparable, given the structural character of racism, being used, in several ways, to criminalize, subjugate and eliminate the black population, which is verified as genocide.

Keywords: *Racism. Law. Black population. Criminology.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir a temática do racismo estrutural a fim de compreender como esse fenômeno foi utilizado para subalternizar grupos. Exploramos sua definição como mecanismo constitutivo da hierarquização social e das desigualdades que garantem a dominação de negros e não brancos. Para tanto, busca-se analisar como os processos de dominação dos corpos negros, juntamente com o Direito, sobretudo no período Republicano, enquanto dispositivo que legitima as formas de violência e morte, foram os pilares que sustentaram o racismo por séculos durante a história do Brasil. Desta forma, propomos abordar se o direito foi usado por diferentes vias para subjugar, criminalizar e eliminar o negro.

Assim sendo, conforme a esquematização do artigo, a primeira seção concentra-se na conceituação do racismo estrutural. Em seguida, na segunda seção, iremos analisar o papel das ciências biológicas e da eugenia na Republica Velha, visando expor os processos que pretendiam eliminar o negro da sociedade. A igreja foi responsável, *a priori*, por fundamentar a crença de inferiorização do negro, sendo destituído de humanidade e reduzido ao seu corpo com a função de exercer os trabalhos braçais. Além disso, era necessário novas ferramentas para respaldar e legitimar as formas de extermínio contra esse grupo, que ocorreu por meio das ciências biológicas racistas do século XIX, onde, através da morfologia, buscava-se corroborar a superioridade branca. Após a escravidão, libertos, os negros não possuíam importância significativa na construção de uma nova sociedade. O Brasil visava uma modernidade inspirada nos países europeus, assim, foi preciso o uso de outra medida, tomada pelo governo, no processo de higenização dos negros na cidade, as chamadas políticas eugenistas, se manifestando mediante o Bota-Abaixo e a Revolta da Vacina.

A terceira seção se debruça sobre o sistema penal brasileiro e como este foi indispensável para a criminalização do negro. Buscamos as raízes dessa estrutura e notamos o reflexo do pacto social instituído pelas classes dominantes no período colonial na atual política de encarceramento. O direito penal que, em sua expressão concreta no sistema penal, foi reservado para cuidar das demandas da população ne-

gra. A vigilância ostensiva, as abordagens truculentas, o encarceramento em massa e as mortes abruptas expõem que a verdadeira função do aparato penal é subjugar, criminalizar e, ao final, eliminar fisicamente os indivíduos desse grupo.

Na quarta seção, discutiremos como a falta de direitos sociais a esse grupo revela uma estrutura racista que tem como anseio a precarização da vida e a morte. Desde a constituição do Brasil, o negro foi marginalizado e privado de seus direitos fundamentais e básicos. Desta forma, pontuamos como a falta dos direitos desses segmentos revela como o Estado reformula a desumanização desse grupo. A respeito do extermínio ao negro, consideramos não apenas a abordagem do sistema penal, mas também como a classe, saúde e educação, indissociavelmente, podem exercer um papel igualmente brutal para a vulnerabilidade da vida negra. Por fim, teceremos nossas considerações finais.

1. O QUE É "RACISMO ESTRUTURAL"?

Desde a abolição da escravatura, a população negra luta pela garantia de seus direitos. No entanto, mais de 130 anos após essa conquista, ainda não podemos afirmar que há uma igualdade social/racial. Para tanto, é necessário demarcar algumas questões teórico-conceituais que se fazem necessárias a abordagem do assunto. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o processo de racialização que pesa sobre esse grupo trabalha de forma a construir espaços de subalternidade de seus membros. E como racialização pode-se definir a imposição de categorias ao grupo dominado pelo grupo dominante, caracterizando-o como intrinsecamente inferior. É importante ressaltar também que o conceito de raça humana é uma construção social que tem como objetivo sistematizar povos e enraizar preconceitos. Michael Omi e Howard Winant (1994, p. 55) caracterizam raça como "um conceito que significa e simboliza conflitos e interesses sociais pela referência a tipos distintos de corpos humanos". Dessa forma, psicólogos e cientistas sociais são enfáticos ao afirmarem que a maioria das disposições e tendências comportamentais são frutos do contexto social e das histórias individuais específicas, assim, até mesmo as características que podem se basear parcialmente na genética, somente se revelam através da interação social.

Em segundo lugar, embora amplamente utilizado no debate público, precisamos fazer algumas considerações acerca do conceito "racismo estrutural" antes de seguirmos com nossa empreitada. Em seu livro "Racismo Estrutural", Silvio Almeida destaca a centralidade de raça e racismo para entender a organização das sociedades contemporâneas. Segundo o filósofo, a filosofia, a ciência política, a teoria do direito e a teoria econômica sempre dialogam, mesmo de forma velada, com raça e, do mesmo modo, racismo não pode ser entendido meramente enquanto um preconceito específico, visto que constitui a base econômica e política da ordem social. Nesse sentido, todo o racismo é estrutural, pois, muito além de uma patologia ou anormalidade, o racismo é uma manifestação normal da sociedade e fornece sentido, lógica e tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea (ALMEIDA, 2019, p. 15).

Almeida diferencia as várias definições de racismo que se confundem no debate sobre a questão racial em três concepções: individualista, institucional e estrutural. A primeira, expressa pela definição de racismo individual, entende o racismo como

problema de comportamento de um indivíduo ou grupo, sendo o produto de uma "irracionalidade" que consegue ser combatida com sanções civis ou penais. Essa concepção não admite a existência de sociedades ou instituições racistas, nem sequer admite a existência do racismo, mas sim do preconceito, e reduz o fenômeno de natureza política para natureza psicológica, de forma que o trata como patologia ou anormalidade. O racismo institucional, por outro lado, entende que o racismo se materializa na sociedade por meio das instituições que garantem a manutenção da dominação de um determinado grupo racial sobre outros e, por isso, devem ser ocupadas no enfrentamento antirracista, como, por exemplo, na implementação das ações afirmativas, visando mais tarde uma reforma para modificação das regras, dos padrões de funcionamento e da atuação institucional. Assim, a visão institucionalista trata o poder como elemento central das relações raciais e não dissocia o racismo do projeto político e da agenda econômica do Estado, constituindo um grande salto teórico em relação à concepção individualista.

Entretanto, é a definição de racismo estrutural a mais capaz de lidar com a complexidade desse fenômeno por entender o racismo como elemento constitutivo da estrutura social que perpassa pela organização política, econômica e jurídica da sociedade. Nessa visão, o racismo não se limita a uma patologia social ou a um desarranjo institucional; ele é a regra nas relações sociais, não a exceção. Sendo assim, "além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas." (ALMEIDA, 2019, p. 33). No entanto, afirmar o caráter estrutural do racismo não significa desculpabilizar e isentar os comportamentos racistas das pessoas ou invalidar a ação institucional antirracista, muito pelo contrário, essa concepção traz, do ponto de vista teórico, o entendimento do racismo como processo político e histórico que cria condições sociais para que, direta ou indiretamente, certos grupos raciais sejam discriminados sistematicamente. Nesse sentido, aumenta-se a responsabilidade dos indivíduos e instituições em combater ativamente o racismo, uma vez que, fazendo parte da estrutura social, ele não precisa de intencionalidade para se manifestar (ALMEIDA, 2019, p. 34).

Se o racismo é decorrente da estrutura, significa dizer que a viabilidade da reprodução sistêmica de práticas racistas se encontra na organização política, econômica e jurídica da sociedade. Dado o nosso objeto de análise, é relevante compreendermos com certa profundidade quais as implicações entre racismo e Direito. O direito como relação social, para além dos entendimentos do direito enquanto valoração acerca da justiça (jusnaturalismo) ou do conjunto de normas postas pelo Estado (juspositivismo), é formado por relações entre sujeitos de direito, isto é, entre indivíduos formalmente livres e iguais. As normas jurídicas, por sua vez, são determinadas por essas relações que se formam a partir da estrutura política e econômica da sociedade. Nesse sentido, racismo e direito são inseparáveis e, embora possa ser usado para introduzir mudanças, seja punindo civilmente ou criminalmente racistas, como a criminalização da injúria racial e do racismo, previsto na Constituição de 1988 como crime imprescritível e inafiançável e expresso na Lei N. 7.716/89, seja promovendo políticas públicas que visem a igualdade, através da estruturação de ações afirmativas, como na modalidade de cotas raciais nas universidades e concursos públicos ou da Lei N. 10.639/03 que torna obrigatório o ensino da história e da cultura afro-brasi-

leira e africana nas escolas; apesar disso, o direito continua fazendo parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo como prática política e como ideologia (ALMEIDA, 2019, p. 86).

Nessa visão que dialoga com a dimensão estrutural do racismo, o direito não só é incapaz de extinguir o racismo, como também é por meio da legalidade que se formam sujeitos racializados, "a Lei que criminaliza os corpos pretos e empobrecidos condiciona um enquadramento marcado pela construção dos comportamentos suspeitos. E se a Lei é o Estado, o suspeito 'padrão' é também um suspeito para o Estado" (PACHECO *apud* ALMEIDA, p. 86). Assim sendo, o direito com todas as suas instituições jurídicas e seus operadores (Judiciário, promotorias, advocacia e cursos de direito), não só são cúmplices do genocídio em curso contra a população negra, como desempenham papel importante na sua efetivação ao dar respaldo legal e legitimidade para isso.

Nesse momento, é importante dar uma definição precisa sobre genocídio, demonstrando a pertinência e importância do uso deste termo carregado de sentido histórico e político para denunciar as violências sistemáticas sofridas por esse grupo. Na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) cunha a definição de genocídio que encontra correspondência com os processos sofridos pela população negra no Brasil:

> Artigo I - As partes - contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir.
>
> Artigo II - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:
>
> a) assassinato de membros do grupo; o dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
> b) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
> c) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
> d) transferência forçada de menores do grupo para outro.

Dentro dos parâmetros dessa definição, o genocídio é compreendido como um processo que não está exclusivamente vinculado à guerra, podendo acontecer em momentos de "paz", onde o Estado não declara expressamente sua rivalidade diante de certo grupo, mas, quando analisamos ao longo do tempo, vemos a predominância do emprego de violência desproporcional contra um público-alvo que concretiza, assim, o extermínio. Dessa forma, vemos como o racismo é estrutural e organiza politicamente, economicamente e juridicamente as sociedades contemporâneas e, por

isso, direito e racismo são indissociáveis, apesar das suas contribuições táticas para a ação antirracista. Além de reproduzir o racismo, o direito se apresenta como um dos principais instrumentos utilizados para o genocídio da população negra, sendo expostos a seguir os desdobramentos históricos dessa relação perigosa.

2. PÓS-ESCRAVIDÃO E HIERARQUIZAÇÃO SOCIAL: O PAPEL DA EUGENIA NA REPÚBLICA VELHA

O processo de dominação no Brasil necessitava não apenas da coerção física e exploração brutal, era necessário também uma legitimação por meio do consentimento espiritual dos negros, e isso se deu através da Igreja Católica. A igreja cristã perpetuou essa concepção de moral, na qual os negros não estavam inclusos, posto que são indivíduos inferiores e percebidos apenas como corpo:

> Foi o trabalho diário, secular e silencioso de milhares de padres e monges que todos os dias, primeiro na Europa e depois nas regiões mais remotas, incutia nos camponeses e nos citadinos essa noção muito particular de virtude como necessária para a salvação [...]. É assim, afinal, que as ideias dominantes passam a determinar a vida das pessoas comuns e seu comportamento cotidiano sem que elas tenham qualquer consciência refletida disso. Ela, a ideia, une-se a interesses no caso o interesse religioso de angariar fiéis e passa pela ação institucional que cria os seus agentes, sacerdotes e monges, e uma ação continuada no tempo em uma dada direção e um conteúdo específico. É precisamente essa ação continuada no tempo, atuando sempre em um mesmo sentido, que logra mudar a percepção da vida e, portanto, em consequência, o comportamento prático e a vida real e concreta como um todo para uma enorme quantidade de pessoas. (SOUZA, 2017, p. 17-18).

Portanto, na constituição do Brasil por meio da exploração, sendo a elite brasileira daquela época detentora do poder econômico e das ideias que justificavam a escravidão, projetava-se nos escravos a noção de indignos moralmente, inferiores e animalizados, possuindo a função de apenas exercer trabalhos braçais e subumanos. Sob a perspectiva de Jessé Souza (2017, p. 20), é fundamental para aquele que domina e quer eternizar essa dominação, se apropriar da produção de ideias para interpretar e justificar tudo o que acontece no mundo de acordo com seus próprios interesses. A elite privilegiada visava eternizar a dominação dos corpos negros, e não economizaram ações para o alcance de seus objetivos, negando constantemente o negro como indivíduo na formação da sociedade.

Devido às ciências biológicas do século XIX, baseadas na teoria neo-lamarckiana, acreditava-se que a criminalização era um fator de degenerescência hereditária, na qual, segundo Iraneidson Santos Costa (1997, p. 30), em sua dissertação explicitando essa questão, relata que seriam "[...] vítimas de atavismo criminógeno todos os filhos de pais epilépticos, alcoólatras, prostituídos, idosos, tuberculosos e neuropa-

tas, entre outros". E prossegue, "o que temos, em síntese, é um homem predestinado, desde o nascimento, para o crime, pois que, enterradas nas profundezas do seu ser, as pulsões bestiais dos selvagens da pré-história podem aflorar a qualquer momento." (COSTA, 1997, p. 30). Portanto, competiu aos médicos e psiquiatras utilizar da morfologia como respaldo da superioridade branca.

> E isto foi pretensamente alcançado com a hipótese de um cérebro bipartido, em porção anterior (= superior) e posterior (= inferior), repousando a explicação nas seguintes homologias: posterior/direito/inferior/negro e anterior/esquerdo/superior/branco. (COSTA, 1997, p. 32).

Ainda caminhando na análise das "teorias científicas", podemos observar a teoria do ângulo facial. Tal teoria foi criada por Camper no século XIII, nela constava formulações criminológicas que possibilitava determinar de forma incontestável o grau de inteligência dos indivíduos, segundo um cálculo de ângulo facial ilusório, beirando uma inacreditável ignorância. Esse cálculo não possuía nenhuma comprovação científica de fato, era uma teoria infundada para promover a crença de supremacia branca, na qual:

> O produto desta teoria foi uma cientifica hierarquia intelectual, tendo na sua extremidade inferior as galinhas (ângulo de 17°), passando pelos macacos (entre 42° e 50°), até chegar aos europeus, com a medida de 80°. Desgraçadamente, os negros encontram-se numa posição intermediária entre macacos e brancos, pois que seu ângulo facial fica na casa dos 70°. (COSTA, 1997, p. 35).

De acordo com Maia e Zamora (2018, p. 272), "A Eugenia defendida por Francis Galton, a Teoria das Degenerescências proclamada por August Morel, a Craniologia de Cesare Lombroso, entre outras, foram teorias responsáveis pela produção de conhecimento do racismo científico". Essas teorias retrógradas prevaleceram no Brasil quando as teorias racialistas entraram em declínio no seu contexto de origem, por volta de 1890, no entanto, elas se exibem com força no Brasil República entre 1895 e 1905. Assim, médicos, criminologistas e intelectuais da época, apoiados nesse pensamento de provar cientificamente o porquê era legítimo a subalternidade dos negros e sua aniquilação, acreditavam que assumindo tais ações, possivelmente, no futuro, não existiriam mais negros no país.

O eugenismo foi uma política pública implementada no Brasil através de Oliveira Viana, contribuinte dessa ideologia. Ainda no período colonial, ele observava por raça o grau de inteligência dos indivíduos para desempenhar determinadas funções. Para Viana, os negros só possuíam aptidão para exercer os trabalhos inferiores, ou seja, trabalhos agrícolas e braçais, nos quais não era necessário inteligência para desempenhar tais atividades. Já os mestiços detinham de certa superioridade aos negros e podiam executar tarefas mais sofisticadas, como alfaiataria e sapataria.

Essa política ariana visava a diminuição e exclusão da população negra por meio da miscigenação com a raça branca, que era tida como superior. Esse movimento ficou conhecido como Branqueamento, criado por Gobineau, que influenciou intelectuais brasileiros e o próprio governo na ação de apagamento da população negra no país (MAIA; ZAMORA, 2018, p. 286).

É importante elucidar uma das características fundamentais do Brasil, que seria o costume de reproduzir tudo que é europeu a fim de que um dia possa se igualar aos países opressores que tanto o explora. Para isso, ocasiona a destruição de tudo que estiver pelo caminho, como incansavelmente é o caso da população negra. O desenvolvimento urbanístico no Brasil, no século XX, como o Bota-Abaixo e a Revolta da Vacina, foram acontecimentos utilizados como forma de higienizar e apagar cruelmente os negros das cidades, como objetivava o movimento eugênico do país.

O Bota-Abaixo foi o processo no qual o governo, em 1903, ordenou a derrubada dos cortiços, pois as estalagens eram consideradas um atraso para a modernização que o Rio de Janeiro visava, inspirada nas cidades europeias. Além disso, outro motivo, de acordo com o governo, seriam as políticas higienistas, que tinha como objetivo as reformas sanitárias, porque as cidades estavam sob condições precárias de saneamento, o que era mal visto pelos países centrais. Jorge Almeida Uzêda (2006, p. 60) mostra que, "utilizando-se o modelo do barão de Haussmann em Paris, a cidade do Rio de Janeiro rasgou largas avenidas, destruiu cortiços ou mocambos, criou praças, largos e jardins." Assim, a população negra foi expulsa e escorraçada das suas casas por meio de violência, sem ter para onde ir, foram obrigados a subir o morro e construir casas improvisadas de altos riscos - o que mais tarde se tornaria as favelas atuais. Nota-se, mais uma vez, o descaso governamental frente a ralé, que não disponibilizou qualquer amparo social, novamente violentados, excluídos e negligenciados, os negros desde sempre pagam o preço pelo progresso da elite.

Está incluso nesse contexto de políticas eugenistas a Revolta da Vacina que ocorreu em 1904 e contou com a resistência popular. Segundo discursos médicos, a ação tinha como objetivo a higienização do espaço urbano. As cidades possuíam condições de saúde deploráveis. O início da Revolta ocorreu devido a vacinação obrigatória instituída pelo médico sanitarista Oswaldo Cruz, que não disponibilizou esclarecimentos sobre a medida. O foco central do governo de Rodrigues Alves era o saneamento e melhorias nos portos da cidade do Rio de Janeiro. As condições da cidade faziam com que muitos navios estrangeiros se recusassem a atracar nos portos, o que motivava tal ação do governo. Assim, conforme retrata Uzêda (2006, p. 62), "[...] a peste, a febre amarela, a varíola, a tifóide, dengue e tantas outras doenças deveriam ser afastadas dos portos para possibilitar os contatos comerciais." Ademais, a revolta popular foi incitada por interesses políticos contra o governo da época, notícias sobre a vacinação se espalharam, gerando confrontos diretos com a polícia e prisões. No dia 16 de novembro, foi decretado o estado de sítio e revogada a obrigatoriedade da vacinação.

Após a Abolição e Proclamação da República, apesar de livres, os negros buscavam seu espaço na sociedade, lutando contra os privilégios e opressão da elite, bem como buscavam por seus direitos. No entanto, como afirma Juliana Borges (2018, p.

59) em seu livro “O que é encarceramento em massa?”, no pós-abolição os negros assumem a posição de classe trabalhadora em busca de direitos, e isso significa, primeiramente, entender-se como sujeito no mundo, algo que foi perversamente negado no sistema escravista. Portanto, o negro não se enxerga como um sujeito, tão pouco possui um lugar no mundo ou identidade. "As características físicas e os aspectos culturais são hierarquizados neste sistema para garantir a subalternização destes povos [...]." (BORGES, 2018, p. 59-60). As teorias eugenistas e deterministas e as políticas de embranquecimento entre o final do século XIX e começo do século XX, são exemplificações desta negação de pertencimento. "Foram ações de apagamento da existência do negro no processo de constituição da sociedade brasileira." (BORGES, 2018, p. 60). Nesse cenário, podemos inserir o ato asqueroso do Ministro da Fazenda da República Velha, Rui Barbosa, que ordenou a queima de todos os arquivos referente à escravidão, como se a escravidão, no Brasil, não tivesse ocasionado consequências brutais e não devesse ser reparada.

Dessa forma, instaura-se na década de 20 a 30, por meio das elites, o mito da democracia racial e o pacifismo no Brasil. Evidentemente, os discursos de harmonia entre raças não coincidem com a história de um país escravista como a do Brasil. "Se, no processo de construção de ideia de descobrimento, o racismo se colocou explicitamente pela instituição da escravidão, ele seguiu pela hierarquização e teorias raciais no transcorrer dos séculos XIX e XX, e foi se refazendo [...]” (BORGES, 2018, p. 53). Sendo assim, a democracia racial foi utilizada como instrumento de apagamento dos conflitos raciais, entendida como mecanismo criado para naturalizar e amenizar mais de 350 anos de escravidão, assim como todas as formas de extermínio do negro existentes no Pós-abolição e na República.

No ano de 1941, podemos observar e compreender, historicamente, como funcionou a construção da dominação dos corpos negros por meio do encarceramento. O Decreto-Lei N. 3.688, 3 de outubro de 1941, denominado Lei das Contravenções Penais, constava a Lei de Vadiagem, onde, segundo o artigo 59:

> Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
>
> Pena: prisão simples, de quinze dias a três meses.
>
> Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena. (BRASIL, 1941).

Entretanto, é sabido que no Brasil, no pós-abolição, a "[...] perda da centralidade político-administrativa (fazia mais de cem anos), aliada ao esvaziamento econômico progressivo, condenariam uma legião imensa de negros e mulatos, recém-libertos ou não, ao desemprego, ao ócio, à marginalidade [...]." (COSTA, 1997, p. 53). De maneira análoga a abolição da escravidão dos Estados Unidos, Angela Davis mostra que

os libertos encontraram as portas fechadas para novas oportunidades de trabalhos, fazendo com que pessoas negras fossem "[...] detidas em resposta à menor provocação e sentenciadas a longas penas ou multas [...]." (DU BOIS *apud* DAVIS, 2016, p. 105). Atestamos, portanto, a similaridade em ambos os casos, pois, evidentemente, "[...] as elites que comandaram esse processo foram as mesmas que abandonaram os seres humilhados e sem autoestima e autoconfiança e os deixaram à própria sorte." (SOUZA, 2017, p. 19).

A repressão à vadiagem no Brasil é de longa data. Já no período colonial, as Ordenações do Reino, determinava que os vadios, aqueles que não possuíam meios de ganhar a vida e aqueles que não tinham senhores, fossem açoitados e presos. Essa realidade perdurou, chegando à República (TEIXEIRA; SALLA; MARINHO, 2016). Logo após a Abolição, em 1888, foi exibido nas Câmeras dos Deputados, por Ferreira Vianna, Ministro da Justiça, o Projeto de repressão à ociosidade, "[...] com a finalidade principal de controlar os libertos, cuja ociosidade passou a ser vista como ameaçadora à ordem e à lei, leia-se, à propriedade", como afirma Teixeira, Salla e Marinho (2016, p. 386). O sistema de perseguição à vadiagem, para muitos, é tido como uma justificação moral de correção a degenerescências dos indivíduos, entretanto, é nítido que tal mecanismo surgiu como substituição de controle aos corpos negros.

3. O SISTEMA PENAL DIANTE DA POPULAÇÃO NEGRA

O sistema penal compõe um ambiente de análise imprescindível para entendermos os mecanismos de extermínio da população negra. A partir de uma análise histórica e criminológica, poderemos perceber como o Estado, fazendo uso do Direito Penal, criminalizou esse grupo racial. Mas, antes de qualquer aprofundamento no assunto, precisamos entender, afinal, como atua o sistema penal e a sua relação com o racismo.

Durante o século XX, uma vertente da criminologia deixa de ter como objeto principal de seu estudo o criminoso e começa a se concentrar nos processos de criminalização. No *labeling approach*, a tese defendida é de que o crime não faz parte de uma "realidade ontológica, pré-constituída" (FLAUZINA, 2006, p. 19), uma vez que é a sociedade que define o que é desvio e atribui o rótulo (etiqueta) de criminoso a determinados indivíduos. Há uma mudança de posição acerca da função das agências de controle formal como o Legislativo e o Judiciário, já que elas produzem o crime ao definirem os delitos. Nesse sentido, não é mais pertinente falar em criminalidade e criminoso, mas em criminalização e criminalizado. Enquanto chamamos de criminalização primária aquela feita pelo Legislativo e Executivo ao definirem as condutas dos segmentos vulneráveis que devem ser penalmente puníveis, a criminalização secundária é a atuação de agências policiais e judiciais que vão atrás dos indivíduos de acordo com sua inserção na hierarquia social. A criminologia crítica, por sua vez, concentra seus estudos na dimensão do poder, investigando as razões políticas da criminalização. Sendo assim, essa vertente da criminologia, de forte base materialista, busca encontrar os pontos de convergência entre o sistema penal e a reprodução de estruturas de poder, com o objetivo de entender como se dão os processos de definição e seleção dentro de uma sociedade de classes marcada por conflitos e antagonismo.

Entretanto, é na periferia do capitalismo, como na América Latina, onde os sistemas penais são estruturados de tal forma que, mesmo sob análises mais superficiais, suas incongruências se tornam visíveis por causa do alto nível de violência no qual funcionam. Surge, assim, a criminologia crítica latino americana para estudar as especificidades do sistema periférico. Eugenio Zaffaroni (1992, p. 13) pontua, "[...] os órgãos do sistema penal exercem o seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa. Por isso, a prática genocida por esses trópicos é intrínseca ao exercício de poder do aparato penal e atua à margem da lei de forma aberta, sem nenhuma preocupação com censura. Em sua dissertação de mestrado, "Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro", Ana Luiza Flauzina tece críticas à criminologia crítica latino-americano por negligenciar o componente racial na análise do controle social penal, desconsiderando o racismo como parte estrutural e organizacional dos sistemas penais latino-americanos.

Em países que passaram pelo colonialismo, como é o caso do Brasil, onde os termos do pacto social incluíram a hierarquização de pessoas de acordo com o grupo racial a qual pertenciam com a finalidade de domínio e exploração, é imprescindível analisar como a raça se insere dentro das relações entre os indivíduos e o Estado, visto que ela informa diversas instâncias da vida social e da atuação das instituições sociais. Adilson Moreira cunha o conceito de governança racial para analisar como a discriminação institucional, presente na ação da polícia contra a população negra, tem função estratégica na manutenção da ordem racial: "é uma ação estatal informada por interesses do grupo racial dominante em reproduzir formas de controle destinadas a manter um sistema de privilégios raciais que sustenta a hegemonia branca em nosso País" (MOREIRA, 2019, p. 103). Sendo assim, torna-se evidente que escamotear a seletividade penal em um problema somente de classe social, sem analisar de qual grupo é o destinatário de sua ação, significa dar munição para o sistema penal continuar o empreendimento de extermínio contra corpos negros sem preocupação alguma.

Segundo Flauzina, o sistema penal tem uma posição estratégica na denúncia do genocídio como projeto político do Estado reservado para a população negra. Tendo em vista à vigilância ostensiva, as abordagens truculentas, o encarceramento em massa e as mortes abruptas, essa engenharia genocida se torna uma arena sensível de análise desse aparato penal por acessar de forma mais direta e evidente a corporalidade negra, tornando, portanto, mais fácil a exposição de suas contradições (2006, p. 13). Desse modo, realizada uma breve contextualização sobre a correlação entre sistema penal e racismo, podemos finalmente buscar as raízes históricas dessa eliminação sistemática.

É importante pontuar que o projeto de controle social penal do segmento negro não começa a partir da proclamação da república. Muito pelo contrário, o racismo como estruturante da organização e das práticas do sistema penal é herdado do período colonial, onde, mesmo com a inserção parcial das Ordenações Filipinas na colônia portuguesa sob o regime escravista, a engenharia de controle sobre os corpos negros ficou restrita ao ambiente doméstico. Com castigos físicos, mutilações, torturas psicológicas e estupros, o aparato penal de caráter privado revelava a sua capacidade de barbaridade que almejava o disciplinamento dos escravizados. Mesmo

as práticas punitivas que resultavam consequentemente em morte, o sistema penal privado ainda não tinha eleito o extermínio como projeto político, mas sim o controle da mão-de-obra escravizada.

Durante o Império, o controle penal dos corpos negros foi progressivamente passado para as mãos do Estado. A edição do Código Criminal do Império de 1830 inaugurou o projeto criminalizante das elites, que, em contraposição ao Direito Civil da época, que os considerava nas relações jurídicas como coisas, eleva os escravizados ao status de sujeitos capazes de serem apenados, dando início desse modo a um processo de vigilância e intervenção policial que vai perdurar até a República. A Balaiada, a Cabanagem, a Revolta dos Malês e a Sabinada, além do medo da dominação negra causada pela da Revolução Haitiana, suscitaram um aparato penal mais robusto para controlar e eliminar as revoltas populares que eclodiram durante os primeiros anos do Império. Para população negra escravizada e liberta, a administração de sua vida foi alvo de intensa produção legislativa. Dessa forma, a sua movimentação passou a ser restringida, as reuniões foram proibidas e a manifestação cultural foi criminalizada.

A vadiagem especificamente surge nesse contexto como uma manobra legislativa para a criminalização de pessoas negras libertas. Como elucida mais uma vez Flauzina:

> De um lado, temos os escravizados, sob o jugo do controle privado de uma rede pública de vigilância que começa a se fazer cada vez mais presente. De outro, temos os libertos que, escapando da coisificação, devem ser igualmente adestrados pela disciplina do poder hegemônico. É justamente para suprir essa lacuna que a categoria vadiagem é criminalizada originalmente. (FLAUZINA, 2006, p. 58).

E é com a criminalização da vadiagem que o aparato policial começa a ganhar forma e centralidade no interior do Estado. Não só com esse suporte jurídico, mas também na reforma do Código de Processo Penal, em 1841, que transferiu para a autoridade policial funções de magistrados, a Polícia se transformou no principal órgão de sustentação desse projeto na pós-independência, germinando assim as raízes do autoritarismo policial e do vigilantismo brasileiro (ZAFFARONI *apud* FLAUZINA, 2006, p. 59).

No entanto, o sistema penal e a sua agenda genocida começam a ganhar os contornos que conhecemos hoje com a abolição da escravidão e a proclamação da República. Enquanto que as políticas eugenistas patrocinavam a chegada de europeus para o fornecimento de força de trabalho necessária para industrialização do país, a população negra espoliada era empurrada para a margem da sociedade, aumentando ainda mais a sua vulnerabilidade. O aparato penal, agora já não podendo mais dividir expressamente as práticas punitivas entre brancos e negros, elegeu a pena privativa de liberdade a principal prática punitiva a incidir sobre os trabalhadores e o exército de reserva no capitalismo industrial, a criminalização da greve e da

vadiagem tinham objetivos distintos. Se, por um lado, para os brancos, a censura materializada na criminalização está relacionada a um espaço de falta de interiorização da disciplina fabril e à indisciplina política, por outro, para os negros, a interdição está estampada nos corpos, no potencial desarticulador que está gravado na imagem do segmento (FLAUZINA, 2006, p. 70). Dessa forma, o sistema penal começou a partir daí a delimitar as suas formas de atuação para cada segmento gerenciado; enquanto que buscava acomodar os trabalhadores brancos a vida proletária, procurava manter a mão-de-obra negra em uma situação de subserviência, negando-lhes o acesso a posições de poder.

Com o regime de escravidão abolido, era preciso um novo discurso para legitimar a discriminação pelo aparato penal, e é na criminologia positivista nascente no país de extremo teor racista, expresso por autores como Nina Rodrigues, que esse discurso encontra suporte teórico. O aparelho policial então se tornou a instância responsável pelo controle da população negra. A partir da década de 30, com o fim da Primeira República, o mito da democracia racial contamina a arena pública e a produção legislativa. De repente, uma harmonia entre as raças toma o discurso oficial do positivismo jurídico, enquanto que as práticas de vigilância e extermínio contra a população negra continuavam sendo levadas a cabo pelo aparelho policial ainda comprometido com a criminologia racista das décadas anteriores, mas agora disfarçado em uma atuação discriminatória contra as classes populares.

Durante as décadas posteriores, o direito vai presenciar a atuação de um Estado previdenciário que ensaia uma atenção com os segmentos vulnerabilizados. Sob o aparato penal republicano, tanto a discriminação racial é criminalizada pela Lei N. 1390 de 3 de junho de 1951, chamada de Lei Afonso Arinos, como o genocídio com a Lei N. 288.9 de 1 de outubro de 1956. Sem dúvidas, essas leis significam vitórias do movimento negro, que historicamente lutou para denunciar essas práticas. No entanto, por que um mesmo sistema que surge, se organiza e se fundamenta no racismo, além de se manifestar por meio do controle e do extermínio dos corpos negros, conforme visto em nossa análise até aqui, contraditoriamente protegeria esse mesmo segmento? Para Flauzina, o direito penal é incapaz de lidar com as demandas de caráter emancipatório de minorias sociais, sendo, sobretudo em sua manifestação concreta no sistema penal, um espaço essencialmente de negatividade e de repressão, além de seus pressupostos de ação serem racistas. Portanto, os efeitos da criminalização da discriminação racial seriam inócuos, haja vista que sua função primordial é a vulnerabilização da população negra, não a promoção de igualdade (2006, p. 77).

Chegando na contemporaneidade, com a implementação a partir da década de 1990 do neoliberalismo no país, o racismo foi usado como pedra angular para a execução dos seus projetos a partir do uso ampliado do aparato punitivo. Baseada na radicalização da acumulação de riquezas (concentração de renda, diminuição do crescimento econômico, desemprego endêmico, aumento do emprego informal, desmonte de programas assistenciais do Estado, etc.), a gestão neoliberal investiu na intervenção penal intensa por parte da polícia e de outros aparatos, como os complexos prisionais, num processo histórico voltado para o controle das massas mais violentadas e, por isso, mais perigosas a hegemonia liberal burguesa, e que serviu colateralmente ao descarte de um excedente da mão de obra impossível de ser incor-

porado ao mercado (VASQUEZ, 2020).

O genocídio da população negra como projeto político do Estado chega dessa forma no século XXI: com um novo rosto, mas utilizando instrumentos não tão novos assim para a manutenção da reprodução da lógica capitalista no país. Para tanto, nas últimas décadas, vimos o crescimento exorbitante de dois fenômenos que, abarcados pelo direito penal, tomaram a frente da agenda de extermínio do Estado: a militarização das favelas e o encarceramento em massa. Em primeiro lugar, é na narrativa da Guerra às Drogas que há uma revitalização do aparato penal. Importada do modelo norte-americano da década de 90 de War on Drugs, - já provado ineficaz - a guerra às drogas se apresenta como um discurso alarmista que se baseia no combate ao tráfico de drogas ilícitas, amedrontando a população acerca de uma suposta epidemia e legitimando dessa forma a militarização de territórios periféricos, como as Unidades de Polícia Pacificadora - UPPs (2008) e a Intervenção Federal (2018) no Rio de Janeiro, sob a justificativa de enfrentamento deste "problema social". O resultado disso é a atualização dos termos do genocídio pelo modelo neoliberal, a partir do fortalecimento dos mecanismos de criminalização, controle e vigilância ostensiva destes territórios e extermínio que encontram sustentáculo ideológico na morte de jovens supostamente envolvidos no pequeno tráfico (BORGES, 2018, p. 18).

Em segundo lugar, a Lei 11.343 de 2006, chamada Lei de Drogas, não só serve de suporte legal para a argumentação dessa narrativa, como também é a porta de entrada para o encarceramento em massa da juventude negra. A ausência de parâmetros para a distinção entre usuário e traficante aliado ao poder dado ao juiz de definir por si próprio, com base unicamente no perfil do acusado e no local de apreensão, criam um instrumento legal perfeito para recrutar massivamente os corpos negros para as fileiras do sistema penal. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (InfoPen) de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil conta com a terceira maior população carcerária do mundo, com 726 mil pessoas, um número bastante expressivo, principalmente se considerarmos o fato de que em 1990 o número de encarcerados era pouco mais de 90 mil. Um aumento de 707% em quase três décadas. A Lei de Drogas marca esse crescimento exponencial, visto que entre 1990 e 2005, o crescimento foi de 205 mil pessoas em 15 anos. A partir da sua aprovação em 2006 até 2016, ou seja, 10 anos, esse número cresceu para 300 mil pessoas. O encarcerado é, majoritariamente, homem, negro, jovem e pobre. Sendo a maioria dos condenados pelo crime de tráfico de drogas, com 26% do total de prisões. No encarceramento de mulheres, que também são negras em sua maioria, esse número fica ainda mais expressivo: 62% das detidas respondendo por crimes relacionados às drogas. A Lei de Drogas, sem dúvidas, contribuiu para o super encarceramento da juventude negra.

Borges considera o sistema penal a instituição fundamental no processo de genocídio negro em curso no país:

> O sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados por essa estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto,

> das desigualdades baseadas na hierarquização racial. Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades. Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social desses indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la. (BORGES, 2018, p. 16-17).

Além disso, o aparato penal ganha um grande aliado com a mídia de massas e os programas de TV que criam um pânico moral ao associar elementos culturais e estéticos da juventude negra à criminalidade, construindo no imaginário social a figura do bandido que "[...] abre espaço para todo tipo de discriminação e reprovação com total respaldo social para isso." (BORGES, 2018, p. 17). Ainda, é graças a narrativa fracassada de guerra às drogas que a vigilância ostensiva de bairros populares, de maioria negra, encontra legitimidade nos dias atuais e a criminalização de bailes funks, por exemplo, se disfarça em uma questão de Segurança Pública. Garantindo, assim, que esses espaços se tornem impassíveis de reação social ou organização política, devido às restrições a livre movimentação e o aumento, por conseguinte, de chances da criminalização dos seus habitantes.

Dessa forma, podemos atestar, dentro do panorama exposto, a natureza do sistema penal e sua relação simbiótica com o racismo. Apesar da leitura atualmente difundida de projeto falido e ineficiente, ele se mostra, muito pelo contrário, como bem sucedido em vigiar, prender, punir e, sobretudo, exterminar a população negra no Brasil. Aliado a isso, o direito penal se mostra um campo privilegiado de análise das formas de reprodução do racismo pelo direito dada a sua intervenção física direta. Entretanto, entendemos que os diversos mecanismo de extermínio de vidas negras também podem ser apreendidos por outros ângulos.

4. OS DIREITOS SOCIAIS E OS NEGROS NO BRASIL: INVISIBILIZAÇÃO

É dito que a Constituição Federal de 1988 assegura os direitos fundamentais a todos e todas sem qualquer distinção. No entanto, se observarmos historicamente essa isonomia é questionável, uma vez que, desde os primórdios da legislação brasileira, os negros são parte de um grupo excluído e marginalizado, que desde sempre se encontra em situação de precariedade. A estes foi e ainda é negado o acesso à educação, saúde, moradia, lazer e até mesmo a existência. O Brasil é um país com mais da metade de sua população identificada como negra/parda e, com base em análises de vulnerabilidade econômica e social, verifica-se que das pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza 32,9% pertencem a esse grupo (IBGE, 2019). Desses dados, pode-se inferir que há uma defasagem no acesso aos direitos básicos nessa população. O alicerce desse país é o suor negro. O Brasil se ergueu sobre essa população e sequer estendeu a mão para levantá-la. Pode-se observar que, desde o Império, com a abolição da escravatura em 1888, sucedeu-se uma série de leis de cunho abolicionistas, mas que, na prática, não possuíam nenhum objetivo real para promover melhorias à essa classe e, tampouco, equidade. Sobre esse período:

> [...] o negro foi estilhaçado pela escravidão tanto quanto pela pseudoliberdade e igualdade que conquistou posteriormente. [...] Negros e mulatos se viram condenados a ser o outro, ou seja uma réplica sem grandeza dos brancos de segunda classe. (FERNANDES, 1989, p. 46).

Assim, a população negra vive a perpetuação da desigualdade imposta pelo processo escravocrata. A partir do conhecimento do processo de resistência do negro e sua participação crucial na formação da cultura brasileira, será possível reconhecer o trabalho fundamental exercido por essa população no progresso do país.

Sobre os direitos fundamentais, pode-se definir que estes são considerados invioláveis e objetivam limitar o poder estatal, além de garantir aos cidadãos proteção e uma vida digna. As garantias fundamentais, então, funcionam como um meio de defesa que asseguram a oferta desses direitos. Os direitos sociais, por sua vez, pertencem ao rol dos direitos fundamentais de segunda geração que estão ligados a igualdade material, uma vez que a igualdade formal foi abarcada nos direitos fundamentais de primeira geração, junto com os direitos de liberdade. Os direitos sociais visam garantir o exercício e o gozo dos direitos fundamentais e se consolidam pela execução de políticas públicas que visam amparar e proteger os mais vulneráveis. O Estado é, antes de tudo, o responsável pelo atendimento desses direitos, ou seja, ele é sujeito passivo. Assim, exige-se desse uma atuação positiva no que concerne a implementação da igualdade social dos hipossuficientes.

Como dito anteriormente, a primeira lei nacional contra a discriminação é a Lei N. 1.390, de 3 de julho de 1951, que prevê como contravenção penal preconceitos de cor. Apesar dessa lei e dos avanços adquiridos com a Constituição de 34, a Constituição de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, caracteriza-se pela centralização de poder e um apelo ao autoritarismo. Em contrapartida, os direitos fundamentais ficaram enfraquecidos nesse período. O período de maior dificuldade, no que diz respeito aos direitos fundamentais, foi a partir de 1964, com o início do regime milita. O país que já caminhava a passos lentos na garantia de direitos, após esse período, enfrentou um enorme retrocesso. As violações iam desde o direito de ir e vir, o direito à informação, a cassação dos direitos políticos até a violação da mais alta garantia da Constituição: o direito à vida. Levando em consideração que os principais perseguidos durante esse período foram, além dos inimigos do Estado, a classe mais pobre e frágil, há relatos de perseguição, desaparecimento e assassinato de trabalhadores negros pertencentes a movimentos antirracistas que lutavam pela queda do regime militar. Além disso, os militares temiam que esses militantes brasileiros seguissem os passos dos Panteras Negras, grupo de resistência estadunidense. Dessa forma, pode-se estabelecer que os negros foram um dos principais alvos de violência nesse período, uma vez que essa violência era praticada pelos que representavam a classe dominante na época. Sendo assim, mais uma vez, em outro período da história, a população negra é vitimada pela marginalização e inferiorização de seu grupo. Portanto, a ditadura militar brasileira se utilizou do racismo para, por meio de uma repressão política, explorar, torturar e matar trabalhadores negros.

Passado esse turbulento período da história brasileira, em 1988 o processo de redemocratização do Brasil foi marcado pela Constituição de 1988, ou Constituição cidadã. Nela, retornaram os direitos políticos e a proteção aos direitos básicos, além dos avanços nos direitos sociais. Ainda assim, mesmo após mais de 30 anos de promulgação da atual Constituição Federal, ainda é nítido que o direito, desde o seu primórdio até os dias atuais, é uma instituição construída pelos detentores de poder e manipulada para que continue a atender as demandas desse grupo privilegiado. Devido a isso, a população negra segue sendo marginalizada e esquecida.

Vimos, historicamente, que o Estado é utilizado para a manutenção dos privilégios branco, acarretando assim, a criminalização e subalternização do negro mediante o racismo estrutural, que visa demarcar seu espaço na sociedade e exterminá-lo. Portanto, é crucial ressaltarmos que seu extermínio não se dá apenas por meio do sistema penal como já analisamos, mas se apresenta também através do controle da sua existência proporcionado pelo Estado. O Estado mata quando negligencia e exclui dos espaços a população negra, o Estado mata quando não garante os direitos básicos e fundamentais do ser humano, como a saúde, educação, dignidade, desenvolvimento social e quando não erradica a pobreza no país. Aliás, é importante enfatizar que é por meio dessas engrenagens de impedimento ao negro para viver com dignidade que o Estado exibe seu controle a sua existência.

O percurso da classe ao longo da história está intrinsecamente ligada às consequências da escravidão e abandono dos negros no pós-abolição, a qual iria determinar a hierarquização social das raças. Desta forma, podemos constatar que a pobreza foi construída e estruturada como um espaço para ser ocupado por essa minoria, não sofrendo, pois, apenas influência de mecanismos econômicos, mas "[...] contando também com uma barreira racial, que impede o acesso de boa parte dos indivíduos a um montante mínimo do produto econômico" (FLAUZINA, 2006, p. 103-104). "O negro torna-se vítima da violência mais covarde. Tendo sido animalizado como 'tração muscular' em serviços pesados e estigmatizado como trabalhador manual desqualificado

> [...] é exigido dele agora que se torne trabalhador orgulhoso de seu trabalho (SOUZA. 2017, p. 48).

Enquanto aos brancos, esse detém de inúmeros privilégios que estrutura a sua dominação por meio do racismo.

Entendido que o negro ocupa a categoria de classe pobre no Brasil, discutir sobre a saúde precária, especialmente da mulher negra, é essencial para a compreensão das estratégias de eliminação do negro. Tratando-se especificamente da morte materna, a fim de esclarecer como o racismo opera: no Brasil, a principal causa dessa morte durante a gravidez se dá devido a pressão arterial não controlada por conta de uma medicina seletiva que não possui interesse na reprodução de negros. Além disso, qualquer problema relacionado ao útero de uma mulher negra e que possa implicar na sua retirada, como é o caso dos miomas, assim é feito. (FLAUZINA, 2006, p. 104).

> Dentro da pauta de um Estado que atua nos moldes do biopoder, especialmente num campo médico que, atolado em tecnologia, está mais do que nunca vocacionado para o prolongamento e a manutenção da vida, vemos, portanto, como, de fato, o racismo é uma variável essencial na produção da morte, chegando nesse caso a comprometer as gerações futuras com uma política de esterilização das mulheres negras, que vige nos subterrâneos da inviolabilidade hospitalar. (FLAUZINA, 2006, p. 105).

Outro tema a ser discutido, refere-se a educação e como o Estado a utiliza para perpetuar a precarização da vida negra. Os negros ocupam uma preocupante liderança na evasão escolar, além de possuir um ensino inferior que lhe molda como um indivíduo, no futuro, menos qualificado profissionalmente, pois muitas vezes conclui os estudos como um analfabeto funcional. Para Flauzina (2006, p. 106), o fato de pessoas negras serem a maioria fora das escolas revela um processo de exclusão forjado pelo aparato institucional, onde se percebe a relação direta entre educação e o sistema penal. "Como o caminho do aprendizado escolar é fechado desde cedo para a imensa maioria dessa classe [...]" (SOUZA, 2017, p. 61), a criminalidade vira um atalho viável. Deixemos claro: a criminalidade não é uma escolha, mas uma armadilha forjada para os negros, que, muitas vezes, são obrigados a abandonar a escola por não possuir condições financeiras dignas para sobreviver, quanto mais estudar. "Assim, além de espaço que prepara para morte física, pela parceria estabelecida com o sistema penal, o sistema escolar acaba por decretar ainda um outro tipo de interrupção da existência humana, nas sutilezas dos boicotes às potencialidades,

> [...] na vedação a priori do acesso ao futuro desejado" (FLAUZINA, 2006, p. 108).

Assim, é necessário a abordagem de dois pontos cruciais ao entendimento da luta por direitos sociais na população negra. Em primeiro lugar, o reconhecimento do peso da cor na luta por direitos. No Brasil, ser negro vai muito além da cor da pele: traz consigo uma série de imposições que não podem ser dissociadas. Na luta por direitos, é como se os negros estivessem saindo de uma posição mais distante e, ao mesmo tempo, se desvencilhando dos obstáculos e tivessem que, nessa condição, competir de forma igualitária com aqueles que desde a largada e por todo o percurso foram cobertos por privilégios. O reconhecimento do negro como minoria, apesar de ser a maioria numérica, é justamente sobre ter seus direitos desrespeitados. Segundamente, o direito ainda é utilizado amplamente como ferramenta de manutenção do poder a serviço dos mais poderosos. Os três poderes são compostos, majoritariamente, por homens, brancos e elitistas, o que impede as mudanças que visam por igualdade. Dessa forma, cabe não só aos negros, mas a todas as minorias, o fortalecimento da base militante e da luta, para se ocupar os cargos de poder desse país, porque somente quem sente a luta na pele é capaz de lutar incansavelmente por mudanças.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desse breve apanhado da história recente do Brasil, acreditamos ter exposto de forma concisa a relação entre racismo e direito, assim como suas consequências para a população negra. Logo após os primeiros anos da abolição da escravatura, essa população foi alvo de intensa produção normativa, ao passo que sofria com as políticas de branqueamento, influenciadas pela eugenia e pelo racismo científico que transformaram a negritude em produto de medo, ódio e desprezo. Décadas depois, foi a vez do mito da Democracia Racial cinicamente apagar da memória do país a história sangrenta de dominação e exploração do segmento negro que foi fundado. Propagando a ideologia da harmonia racial e escamoteando o racismo em um problema de classe social, esse mito tomou o imaginário social e atravessou o século XX, chegando ao XXI sem sofrer muitos abalos, pelo menos até agora. Porém, paralelamente, o direito penal, em sua expressão concreta no sistema penal, foi reservado para cuidar das demandas da população negra. A vigilância ostensiva, as abordagens truculentas, o encarceramento em massa e as mortes abruptas expõem que a verdadeira função do aparato penal é subjugar, criminalizar e, ao final, eliminar fisicamente os indivíduos desse grupo. Entretanto, os mecanismos de destruição de vidas negras podem ser compreendidos por outros ângulos, como no campo dos direitos sociais. A ausência de acesso à saúde, a expulsão escolar, a negligência à saúde da mulher, entre outros, mostram como as condições de vida desse grupo racial são precarizadas, conferindo ao extermínio formas mais sofisticadas do que a simples intervenção física.

Portanto, atestamos que, embora seja capaz de ter um uso estratégico em ações antirracistas visando a promoção de igualdade para pessoas negras, como, por exemplo, na estruturação das ações afirmativas, na criminalização do racismo e da injúria racial, na aprovação da lei de ensino da história e cultura afro-brasileira e africana, etc., o direito historicamente foi utilizado não só para a vulnerabilização da população negra, como também para a sua eliminação sistemática. Concluímos, então, que a relação entre racismo e direito é indissociável, dado o caráter estrutural do racismo, sendo ele usado, por diversas vias, para criminalizar, subjugar e eliminar a população negra, o que se constata como genocídio.

Assim sendo, se o Estado não mata de morte morrida, ele o faz de morte matada, como dito popularmente, cumprindo de um modo ou de outro a agenda política do Estado. Dessa modo, o genocídio da população negra está montado na contemporaneidade e sem nenhum sinal de desgaste. Reconhecer que o racismo é estrutural, é reconhecer que ele perpassa por diversas bases organizativas da sociedade, incluindo o campo jurídico. Nesse sentido, pensar o direito como instrumento para alcançar a emancipação da população negra implica em reconhecer pragmaticamente qual função ele desempenhou até hoje. Mas, para tanto, precisamos tocar o dedo na ferida e expor esse sangramento histórico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural.* São Paulo: Pólen, 2019.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?*. Belo Horizonte, MG: Letramento; Justificando, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.* Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

COSTA, Iraneidson Santos. *A Bahia já deu régua e compasso:* o saber médico-legal e a questão racial na Bahia, 1890- 1940. 1997. Dissertação (Mestrado em História) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1997.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe.* São Paulo: Boitempo, 2016.

FERNANDES, Florestan. *Significado do protesto negro.* São Paulo: Cortez, 1989.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Desigualdades sociais por raça ou cor no Brasil.* Rio de Janeiro : IBGE. 2019. Disponível em : https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf . Acesso em 16 de set. 2020.

MAIA, Kenia Soares; ZAMORA, Maria Helena Navas. Brasil e a lógica racial: do branqueamento à produção de subjetividade do racismo. *Psicologia Clínica,* Rio de Janeiro, vol. 30, n.2, p. 265-286, 2018.

MONSMA, Karl. Racialização, racismo e mudança: um ensaio teórico, com exemplos da pós-abolição paulista. *Anais do XXVII Simpósio Nacional de História.* Natal: ANPUH, 2013.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro:* ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

OMI, Michael; WINANT, Howard. *Racial formation in the United States:* from the 1960s to the 1990s. New York; London: Routledge, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.* São Paulo: PGE, 2001. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/genocidio.htm Acesso em: 3. de jul. 2020.

SANTOS, Ivanete Aparecida Silva. *O peso da cor no acesso aos direitos fundamentais.* 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Educação das Relações Étnico-Raciais) - Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

SILVA, Paulo Vinicius Baptista da; TRIGO, Rosa Amália Espejo; MARÇAL, José Antonio. Movimentos negros e direitos humanos. *Revista Diálogo Educacional,* vol. 13, n. 39, maio/ago., 2013.

SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TEIXEIRA, Alessandra; SALLA, Fernando Afonso; MARINHO, Maria Gabriela da Silva Martins da Cunha. Vadiagem e prisões correcionais em São Paulo: mecanismos de controle no firmamento da república. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, maio/ago., 2016.

VASQUEZ, Tálison. *O genocídio como atividade essencial do Estado.* Blog da Boitempo, São Paulo, 2020. Disponivel em: https://blogdaboitempo.com.br/2020/06/15/o-genocidio-como-atividade-essencial-do-estado/.Acesso em: 3 de jul. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Artigo Científico

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO COLONIAL BRASILEIRO: AS OBRAS DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA E SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA

REFLECTIONS ON BRAZILIAN COLONIAL LAW: THE WORKS OF ANTÓNIO MANUEL HESPANHA AND SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA

Hélio Pinto da Silva Junior*

Resumo: Este artigo analisará a obra historiográfica de António Manuel Hespanha sobre o período colonial brasileiro e o modelo jurídico e administrativo estabelecido. Pretende-se pontuar quais características centrais organizaram a compreensão do autor. Após a delimitação dos principais aspectos observados e analisados por Hespanha, serão apresentados pontos convergentes entre as perspectivas estudadas e a análise do modelo colonial estabelecido em terras brasileiras elaborada por Sérgio Buarque de Holanda. A partir dessa análise, almeja-se evidenciar as amplas possibilidades dos estudos comparados como métodos interpretativos.

Palavras-chave: Império Português. Pluralismo Jurídico. Descentralização Administrativa. Colonialismo.

Abstract: *This article will analyze the historiographic work of António Manuel Hespanha about the Brazilian colonial period and the legal and administrative model established. We intended to point which are the central characteristics that organized Hespanha's understanding. After the delimitation of the main aspects observed and analyzed by Hespanha, we will be presented convergent points between these perspectives and the colonial model from Sérgio Buarque de Holanda's point of view. From this analysis, we hope to evidence the extensive possibilities of compared studies as interpretative methods.*

Keywords: *Porutuguese Imperialism. Legal Pluralism. Administrative Descentralization. Colonialism.*

1. INTRODUÇÃO

O Neste artigo, busca-se, primeiramente, refletir sobre o modelo colonial estabelecido no Brasil e quais foram as características jurídicas que permearam a organização e estruturação do Brasil colônia. Esta pesquisa surge a partir de uma análise historiográfica de textos a respeito da estruturação administrativa do direito colonial brasileiro, sobretudo a partir da perspectiva jurídica. Portanto, o principal ponto refe-

* Graduando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

rencial do trabalho será a obra de António Manuel Hespanha, historiador do direito, cuja relevância de seu trabalho para o debate a respeito da formação jurídica nos trópicos é inquestionável. Em segundo lugar, pretende-se apontar semelhanças entre a obra de Hespanha e a de Sérgio Buarque de Holanda, historiador e sociólogo brasileiro, que também se preocupou com a análise do período colonial, contudo foi responsável por apontar uma análise crítica sobre a formação sociocultural brasileira construída a partir de perspectivas mais distantes dos temas estritamente jurídicos. E é justamente a compreensão de que ambos os autores observam o objeto de estudo deste trabalho de distintos pontos referenciais que amplia os possíveis ganhos historiográficos na comparação entre suas respectivas obras.

Metodologicamente, a pesquisa é construída a partir da análise de textos historiográficos que se debruçam sobre o período colonial brasileiro. Dessa análise, pretende-se verificar quais pontos centrais fundamentam a administração governamental e como se desenvolveram as relações jurídicas nas terras brasileiras. Identificados os pontos centrais que permeiam a tese de um antigo regime nos trópicos, centrada no reconhecimento da descentralização jurídica e administrativa, bem como do pluralismo jurídico, estabelece-se pontos de convergência a partir das conclusões de Hespanha e de Sérgio Buarque de Holanda em sua obra: Raízes do Brasil.

Portanto, firma-se a seguinte questão: a leitura comparada dos dois autores é capaz de contribuir para o melhor entendimento da formação jurídico-social brasileira? Sobre essa hipótese, pode-se propor um debate a respeito das possibilidades da multidisciplinariedade como forma de enriquecer a atividade historiográfica. O que deve ser feito com o cuidado necessário de compreender que as formações, interesses a aflições dos autores não são as mesmas e, portanto, cada diálogo proposto estará sujeito a limitações subjetivas. Almeja-se, com o resultado deste trabalho, revisitar postos-chave da obra de Hespanha, referentes ao colonialismo brasileiro e suas estruturas, além de fomentar as análises historiográficas comparadas enquanto fontes de novos debates.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A INEXISTÊNCIA DE UM IMPÉRIO PORTUGUÊS A PARTIR DA OBRA DE HESPANHA E O MODELO COLONIAL BRASILEIRO

António Manuel Hespanha foi um dos mais notórios pesquisadores que se ocuparam em analisar, a partir da década de 80, referências centrais da historiografia política e institucional da Europa Meridional. Suas contribuições foram fundamentais para o surgimento de uma nova historiografia portuguesa, oposta à concepção romântica, prevalente até a época, de um império português absoluto, nos moldes hobbesianos. Assim, Hespanha apontou as limitações do suposto Império Português, do mesmo modo que combateu incoerências historiográficas dominantes. Sua primeira obra a dialogar diretamente com historiadores brasileiros – O Antigo Regime nos Trópicos – contribuiu para avanços na historiografia nacional, tornou-se leitura obrigatória para os estudantes de história do direito e desencadeou em debates avançados sobre temas fundamentais para a compreensão da formação jurídico-cultural

brasileira. Dentre os quais, destacam-se: noções de poder compartilhado, direito consuetudinário e o aumento das pesquisas sobre história da justiça (SAMPAIO, Antonio, p. 11).

Dentre as percepções e apontamentos de António Manuel Hespanha, a respeito da noção de formação de um Império Português no Brasil Colônia, é pertinente identificar já de início um problema referente ao termo "Imperialismo Português" utilizado frequentemente na historiografia moderna. As limitações estruturais, o distanciamento geográfico entre Portugal e suas colônias, bem como o abismo cultural jamais permitiriam considerar a formação de um império português nos moldes do romano, por exemplo (HESPANHA, 2012, p.105). A inadequação e imprecisão do termo se agrava já que frequentemente ignora o contexto em que se inseria Reino de Portugal, imerso em crise (HESPANHA, 2001, p. 167). Então, diremos previamente que Portugal jamais se firmou como império que leituras nacionalistas e românticas constantemente têm evocado, sobretudo as interpretações portuguesas nacionalistas. O que se observava era um Estado – marcado pelo pluralismo jurídico e institucional – dotado de poucos recursos que garantissem uma atuação estatal ampla sobre a população, as próprias leis estabelecidas pelo rei poderiam não serem aplicadas, ou até mesmo revogadas, em situações específicas, o que refletia um dos efeitos do pluralismo jurídico. Além disso, internamente, a sociedade portuguesa não se mostrava muito consonante com as pretensões reais, as próprias Grandes Navegações sofriam certa contestação. A partir desses choques internos, é possível projetar as dificuldades que a metrópole enfrentaria para exercer efetivo controle sobre as colônias. Neste sentido, Hespanha pontua:

> Ora, quer a limitação dos objetivos de domínio político-administrativo, quer a atribuição de maior ou menor autonomia de governo, representavam uma economia de decisivos esforços. O resultado seria um império pouco "Imperial" ou, nos termos da época, com pouca "reputação": heterogêneo, descentralizado (HESPANHA, 2012, p.105).

Hespanha categoriza o modelo de monarquia sustentado em Portugal, até meados do século XVIII, como uma monarquia corporativa. Esse modelo era caracterizado por (a) um poder real que dividia o espaço político com poderes inferiores; (b) a lei estatuária era limitada e constituída pela doutrina jurídica comum europeia (*ius commune*); (c) deveres políticos e jurídicos cediam espaço para deveres morais (destaca-se o instituto da graça); (d) oficiais régios detinham larga e efetiva proteção de seus direitos e atribuições (*jurisdictio*) e estavam autorizados a protege-los mesmo de ordens reais (HESPANHA, 2010, p. 46). Ou seja, constata-se, a partir dessa classificação, uma leitura contraposta às noções de Estados Modernos Absolutistas revestidos de um poder central inquestionável.

Na colônia, a experiência jurídica evidencia que havia no Brasil determinada autonomia administrativa e jurídica (RUSSEL-WOOD, 1998). Logo, é indeclinável analisar os questionamentos a respeito da existência ou não de um plano português colonizador concreto, vigente durante o período de expansão marítima. Hespanha assinala a

multiplicidade de fatores e justificativas fornecidas por Portugal sobre sua expansão ultramar, bem como a colonização de áreas completamente distintas como fortes indicadores da inexistência do que poderia ser chamado de plano colonizador, "uma estratégia colonial sistemática e concreta, compreendendo a totalidade da empresa colonial, era algo aparentemente ausente e impossível de ser construído a partir desses objetivos divergentes; e foi isso que, de fato, aconteceu até meados do século XVIII" (HESPANHA, 2010, p. 53).

Em referência às normas jurídicas, surgiam no Brasil meios próprios de solucionar conflitos, a coroa estabelecia órgãos administrativos aqui, mas, eram incapazes de lidar com todos os conflitos que surgiam em razão de sua fragilidade estrutural. Portanto, portugueses que chegavam da Europa, nativos e, posteriormente, negros que viriam do continente africano, experimentariam conflitos que poderiam ser solucionados por meios alternativos que não os oficiais estabelecidos pela coroa. Um ponto curioso está no fato de que, até certo ponto, as soluções dos litígios entre os nativos eram solucionadas por seus próprios métodos enraizados na prática anterior à invasão portuguesa.

A língua geral evidenciava um forte sincretismo na colônia que se edificava. Tratava-se de um idioma próprio – fundado a partir da soma do português e do tupi antigo – que permitia a comunicação entre portugueses e nativos. Em terras brasileiras, os portugueses encontraram, na costa do litoral, índios tupis majoritariamente. As demais tribos se encontravam mais afastadas do litoral, por isso, durante o primeiro século do período colonial o principal contato estabelecido foi justamente entre portugueses e índios tupi. Logo, a língua falada pelos nativos foi domesticada e adaptada e, assim, ela se tornou o primeiro instrumento a permitir a comunicação entre os portugueses e nativos, além disso, posteriormente foi adaptada para outros grupos indígenas.

Assim, pondera-se que o processo de transpor um modelo de governo português central para a colônia não foi um projeto efetivo das autoridades portuguesas, pode-se comentar que para tanto seriam necessários recursos monetários e pessoais que Portugal não seria capaz de despender. Por essa razão, as imposições de estruturas e instituições administrativas, que replicavam aquelas em vigor no Reino, foram limitadas às zonas permanentes de ocupação terrestre e foram sujeitadas às particularidades e localismos mesmo assim (HESPANHA, 2012. p. 104).

Claras essas noções preliminares, o que se percebe no modelo administrativo colonial pode ser sintetizado em duas palavras: limite e sincretismo. Esta diz sobre a capacidade da metrópole de se firmar de modo central e absolutamente impositivo, aquela diz sobre a formação de um pluralismo cultural e, tão breve, jurídico. Hespanha se vale dessa dualidade para dizer que a dominação portuguesa foi muito menos centralizada e administrativamente articulada do que se pode presumir. Ele critica duas fontes historiográficas que propagam a interpretação de uma dominação portuguesa absoluta e imperial. O primeiro busca valorizar a história nacional portuguesa, um ufanismo baseado em um passado glorioso de um forte Império Português que teria salvo os ignorantes de sua própria ignorância, uma glorificação de uma história nacional, cuja nação teria realizado feitos tão memoráveis quanto os gregos e roma-

nos (HESPANHA, 2010, p. 50) O segundo, ao menos no que se refere ao Brasil, é uma leitura que responsabiliza Portugal por todos os males da colônia, trata-se de uma perspectiva que cria, de modo ficcional, um caráter revolucionário exagerado nas revoluções (lê-se como inerentes a própria manutenção do sistema), ou seja, terceiriza responsabilidades próprias. Nas palavras de Hespanha:

> Mesmo o genocídio de povos indígenas ou a escravização de africanos pôde por conseguinte, ser como que remetido para o período colonial, apesar do triste historiai oitocentista e mesmo novecentista. Uma vez posto todo o mal para fora, a nova nação pós-colonial pôde brilhar imaculada, unida e unificada, livre da exploração, da segregação étnica e dos preconceitos. (HESPANHA, 2010, p. 50).

Então, como exposto no parágrafo acima, não é difícil conceber possíveis motivos políticos vantajosos para Portugal propagar a ideia de um império centralizado. Tratava-se de um processo de auto exaltação e reprodução da imagem de uma identidade gloriosa, poderia ser visto inclusive como estratégia para espalhar rumores sobre o poder de Portugal. Em paralelo, pode-se dizer que o movimento de construção da própria história para fins políticos é característica dos Estados Modernos, toda nação constrói para si alguns mitos básicos (SCHWARCZ, 2019, p. 13). Esse processo, de certo modo dava novos fôlegos à metrópole portuguesa e à sua suposta grandeza soberana. A historiografia brasileira, por sua vez, se pautada nesses preceitos, tornaria favorável o imaginário de uma colônia que supostamente respirava os ares da revolução em uma jornada emancipatória. À essa noção, Hespanha direciona críticas, segundo o autor, esse foi um modo comum de se fazer historiografia no Brasil e que acabou por atribuir a cada sinal de insatisfação na colônia um traço revolucionário (HESPANHA, 2010, p. 52).

Portanto, Hespanha afirma, retornando à discussão sobre possível plano colonial, que havia a ausência de um plano concreto, o historiador do direito acredita que houve uma série de aleatoriedades nas descobertas portuguesas e as dominações consistiram em ocupar as terras e estabelecer tratados, além de evangelizar (HESPANHA, 2010, p. 52-54). Ou seja, não havia uma linha estratégica capaz de justificar o estabelecimento uma relação colonizadora absoluta e administrativamente centralizada. O autor, como já demonstrado, contraria frontalmente a ideia de uma relação de centralização entre metrópole e colônia, para ele essa tentativa de estabelecer um controle mais efetivo sobre as colônias, não foi tentada por Portugal antes do século XIX. A argumentação do autor se apoia no próprio esfacelamento do conceito de Portugal como Estado centralizado. Posicionamento coerente com os fatos históricos e os traços marcantes da superação da Idade Média para a Modernidade. A ideia de unidade em Portugal era bem desenvolvida e assimilada pelo povo português, embora a centralização política não constituísse característica efetiva do Estado, o próprio processo de aplicação do direito plural refirmava isso. Destarte, a obra de Hespanha, aponta para uma relação colonial constituída por movimentos organizacionais amplos e complexos, o que não significa que não haverá sobreposição de alguns movimentos por outros ou índices elevados de violências estruturais.

> O primeiro ponto que merece reflexão é o fundamento lógico da sobrevivência da imagem de um império centralizado, num tempo em que a imagem correspondente de um reino também centralizado Portugal mesmo estava caindo por terra. Minha exposição está enraizada no papel ideológico que a imagem de um império centralizado tem nos debates contemporâneos (HESPANHA, 2010, p. 50).

Grifa-se, portanto, que as enfraquecidas relações entre centro administrativo e colônia nas terras brasileiras não impediu que ocorressem diversas formas de violência. Nem a ausência de um efetivo centro administrativo deve ser interpretada de modo romântico, ao contrário, sabe-se que proliferaram atos de violência material e simbólica no período colonial brasileiro, sobretudo contra negros e nativos.

No próximo tópico deste artigo, serão abordadas as estruturas jurídicas que sustentaram o Direito Colonial Brasileiro. No entanto, antes dessa discussão, é importante mencionar quais eram os diferentes "*status*" existentes e como eles eram divididos entre os habitantes da colônia: primeiramente, haviam os portugueses nativos, seguindo o critério das Ordenações, e a eles era aplicado o direito do reino (HESPANHA, 2012, p.102). O que, conforme veremos com mais detalhes no segundo tópico, encontrava dificuldades em razão da distância entre metrópole e coroa. Os nativos, por não serem filhos de pais portugueses, não estavam necessariamente sujeitos ao direito do reino, o respeito por suas instituições inclusive poderia ser objeto de tratados (HESPANHA, 2012, p. 111). Embora, pontua-se o direito do reino poderia ser aplicado aos nativos em determinadas situações (HESPANHA, 2012, p. 102). Os sujeitos ao cativo ou à escravidão eram submetidos ao direito do reino (HESPANHA, 2012, p. 111).

2.2 ESTRUTURAS JURÍDICAS E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COLONIAL

A compreensão das relações jurídicas nas colônias portuguesas, a partir da obra de Hespanha, perpassa pelo entendimento de que se constituiu um processo caracterizado pela complexidade e trocas entre os diferentes direitos na colônia (HESPANHA, 2012, p. 101). A análise das estruturas jurídicas na colônia brasileira transita por essas arestas, portanto é possível identificar vários pontos de trocas e coexistência de diversos ordenamentos jurídicos, como será exposto neste tópico. O direito local continha suas diversas particularidades e localismos, em diversos pontos distinguido do direito do reino. Nesse sentido, pontua Ricardo Fonseca, referindo-se diretamente à historiografia de Hespanha:

> Diante do complexo sistema de exploração instalado em terras brasileiras, a natureza do direito brasileiro no período colonial é muito controvertida. De um lado, é certo que não havia a circulação de direito "culto" no Brasil nesse período e nem tampouco a existência de focos que ensejassem a circulação cultural. Na mesma linha, toda a regulamentação jurídica "oficial" provinha de Portugal (como foi, sintomaticamente, o caso das sesmarias),

> sobretudo das Ordenações do Reino (as mais longevas foram as Ordenações de Filipe II, de 1603). Todavia, por outro lado, vários autores expressivos afirmam com convicção que buscar o direito colonial no arcabouço das leis régias portuguesas implica na perda da compreensão das especificidades do próprio direito do antigo regime, quando "a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminações existentes na própria estrutura do direito comum".6 Isto é: como o direito comum (do qual as ordenações filipinas são uma forma de expressão) tem um caráter subsidiário, deixando livre a possibilidade de manifestação de outros direitos, há que ser considerado o amplo espectro da prática, dos costumes locais – e, claro, também das decisões dos tribunais – como componentes integrantes de um direito tipicamente autóctone (FONSECA, 2010, p. 26-27).

Uma análise do Direito Colonial Brasileiro, a partir da obra de Hespanha, revela a ausência de uma estrutura transparente e organizada, pelo contrário, percebe-se uma coleção heterogênea de providências jurídicas que variavam em graus e tópicos, Hespanha pondera que "Longe de um cristalino império da lei, o que podemos extrair das fontes é uma humilde e confusa colcha de retalhos de situações jurídicas e soluções jurídicas ad hoc" (HESPANHA, 2010, p. 58). Esta estrutura pode ser pensada como um reflexo do pluralismo jurídico vigente na Europa durante a Idade Média e Início da Idade Moderna, o chamado *ius commune* coexistia com o *ius gentium,* as ordens imperiais e até o direito dos rústicos, dentre vários outros modos de regulação social.

Outros fatores também contribuíram para a estruturação desse modelo pluralista, bem exemplificado na metáfora da colcha de retalhos, uma possibilidade mais extrema estava presente na possibilidade dos nativos de serem julgados conforme suas próprias normas, ainda se julgados por juízes estrangeiros (exceção para as violações dor direitos fundamentais, os religiosos). Consequentemente, este cenário contribuiu para o fenômeno, não raro, de aplicação do direito nativo subordinado a valores ocidentais, ou seja, criando espaço para interpretações próprias e peculiares que poderiam originar em um novas normas (HESPANHA, 2010, p. 59). Situação que certamente ocasionaria a formação de um novo direito, incerto e arbitrário. A conceituação de pluralismo jurídico é relevante para o desenvolvimento do trabalho, quanto a ela Hespanha afirma:

> A esta situação de coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo ordenamento jurídico chama-se pluralismo jurídico. Por pluralismo jurídico quer-se, portanto, significar a situação em que distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistem no mesmo espaço social. Tal situação difere da atual – pelo menos tal como ela é encarada pelo direito oficial –, em que uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer

outras fontes jurídicas (HESPANHA, 2012, p. 148)

Dentre alguns dos principais institutos jurídicos, que coexistiam com o Direito Geral no período colonial, destacam-se as ordens jurídicas privadas como o direito das comunas ou municípios, elas proliferavam e eram beneficiadas pela regra de preferência do particular sobre o geral (HESPANHA, 2006, p. 67). O costume também era fonte importante de Direito e era equiparado a lei. Hespanha menciona ainda o que chama de "regime de proteção de privilégios" que impedia a revogação de privilégios por lei geral ou a própria revogação em qualquer hipótese desde que adquirido por meio de contrato ou remuneração de serviços. Razões práticas também desempenharam um papel relevante no florescimento do pluralismo jurídico enunciado, já que a solução de conflitos entre os não portugueses por meios locais resultava em economia de recursos (HESPANHA, 2012, p. 112).

O Direito Colonial também foi mais um dos empecilhos à capacidade de se estabelecer uma centralização administrativa e, até mesmo, política da Coroa. Como já pontuado, a ordem jurídica era caracterizada pela descentralização, a mesma que formava o modelo jurídico padrão do Antigo Regime cuja autonomia decorria não da existência de leis próprias, mas justamente da capacidade local de preencher lacunas jurídicas existentes (HESPANHA, 2006, p. 59). Hespanha destaca que até, meados do século XVIII, as próprias leis reais podiam ser embargadas ainda por outros motivos, além dos já citados, ou seja, positivamente impugnadas em sua validade, dentre as justificativas mais comuns encontravam-se as seguintes: (a) o rei estava mal informado; (b) a providência régia lesava direitos adquiridos (HESPANHA, 2006, p. 66). Todo este modelo jurídico se encontrava assentado na doutrina que percebia uma ordem natural das coisas, resultado da bondade de Deus, que atrairiam umas às outras em diversos modos de organização. Por isso, ordenamentos normativos plurais se entrelaçavam e adquiriam vez um valor, vez outro. Hespanha aponta exemplos de situações de impugnação de leis reais em:

> Um exemplo do último tipo **(embargos de ofícios régios em razão de lesão a direitos adquiridos),** foi o que aconteceu, por exemplo, em relação a várias leis que fixaram o regime de captação de ouro nas Minas Gerais, contestadas pelas câmaras e pelos contratadores, e embargadas por alguns destes, quer com o fundamento que eram contra o direito, quer ainda com base na irrevogabilidade dos contratos anteriormente firmados pela coroa e que as novas leis viessem a alterar (HESPANHA, 2006, P. 65, grifo nosso).

A partir dessa perda de efetividade e aplicação das normas reais e gerais, contratos e privilégios ganhavam protagonizavam as relações jurídicas na colônia como instrumentos jurídicos de maior relevância (HESPANHA, 2006, p. 66). Hespanha elucida os fenômenos de concessão de privilégio exorbitantes por motivações e interesses particulares, contratos também eram formados pelas mesmas razões.

Os próprios Tribunais Superiores desempenhavam um papel relevante na

descentralização colonial e no enfraquecimento do controle real efetivo sobre a colônia. O "status" emanado de uma decisão de tribunais superiores era altamente qualificado e a determinação se tornava imutável ainda que diante um diploma régio, já que "A teoria jurídica os percebia como tribunais soberanos, colaterais ao rei, que era o seu presidente natural... Suas decisões tinham o mesmo status das decisões régias e não poderiam ser anuladas, limitadas ou canceladas mesmo por um diploma régio." (HESPANHA, 2010, p. 58). A extensão destas prerrogativas foi capaz de fomentar o desenvolvimento de uma alta justiça, de certo modo autônoma e autorreferencial. A necessidade de compreender a disposição jurídica exposta por Hespanha é mais do que um simples detalhe já que serão estes os mesmos juízes que desenvolverão laços e afinidades na colônia, exercendo influências sobre a formação política, jurídica e sociocultural.

Outro fato notório que destacava a importância dos Tribunais Superiores era a competência para controlar os poderes dos Governadores e Vice Reis (HESPANHA, 2010, p.59). Hespanha destaca que a autonomia destes tribunais ocasionava na criação de uma "máquina kafkaniana" capaz de aterrorizar qualquer cidadão comum. Ainda sobre a importância de se observar as relações nos tribunais superiores:

> Enfatizar a autonomia dos tribunais superiores coloniais é muito mais que um mero detalhe. Desde a pesquisa de Stuart Schwartz sobre a Relação da Bahia, ficamos familiarizados com o forte laço de solidariedade que ligava os juízes da Relação às elites coloniais. Juízes letrados eram mais que especialistas devotados ao império da lei. Provavelmente, eles carregavam vários interesses dos principais grupos da sociedade colonial. Se nós considerarmos o grau de suas intervenções desde a declaração de guerra justa, o estabelecimento de questões jurídicas estratégicas, como cartas régias de doação, a revogação de sesmarias, a sucessão e a desvinculação de bens de morgados podemos entender o papel central exercido pelos desembargadores na arena política colonial, bem como a sua importância na implementação de estratégias centrífugas, contradizendo a intenção régia (HESPANHA, 2010, p. 59).

Somadas à descentralização jurídica, as Câmaras Municipais também exerciam a função de resolver localmente conflitos e criar políticas locais. Então, era comum que se opusessem às propostas centralistas da Corte (HESPANHA, 2010, p. 64). Não tardou, porém, que fossem capitaneadas pelas elites locais que, por meio delas, faziam valer seus interesses (FURTADO, 2009, p. 9). Tamanha foi a importância das Câmaras no perídio colonial que ainda continuaram a desempenhar posteriormente, após o processo de independência, a função de canal de acesso das elites ao Governo Central e também de transmissão de influências. Neste sentido, nota-se:

> As câmaras municipais se articulam no interior da administração

> do Império enquanto espaços fundamentais da República para a gestão da economia do bem comum. Isso porque é no interior dessa instituição que os grupos locais – leiam-se elites ou bandos – encontram espaços de reconhecimento e ascensão social. Mas, não só; elas são fundamentais para que tais grupos articulem um conjunto de práticas econômicas, a partir das prerrogativas detidas por este órgão, e dessa forma "intervinham no mercado controlando os preços e serviços ligados ao abastecimento da cidade" (FURTADO, 2009, p.12-13).

Além dos pontos já observados, o próprio instituto do direito dos rústicos pode ser mencionado aqui para uma breve comparação entre a autonomia concedida aos nativos brasileiros, entre ambos, assemelha-se que o direito estrito não terá validade absoluta e, por isso, não são fomentados instrumentos de repressão ao surgimento e proliferação de práticas locais (HESPANHA, 2006, p. 79). Hespanha aborda o direito dos rústicos em sua obra, trata de um instituto criado e direcionado para os povos que viviam longe das cidades (provavelmente a maior parte da população). Em apertada síntese, essas pessoas eram consideradas menos civilizadas e por isso não deveriam responder ao direito comum (HESPANHA, 2005, p. 47-106). O que se desenvolve em relação aos nativos brasileiros possui certas semelhanças, eles recebiam autonomia porque eram considerados menos capazes de entender a complexidade das leis ou religião portuguesa. No caso da religião, era comum que líderes religiosos pedissem calma e paciência para a catequização dos nativos que, para eles, dispunham de menos capacidade de compreensão.

Enfim. Observa-se também que, com a chegada da Corte Portuguesa ao Rio de Janeiro (1808), há uma montagem de uma réplica da estrutura política do Reino Português. É notório, neste período, a tentativa de transformação de uma metrópole muito complacente com as práticas locais do governo e do direito para frequentes tentativas de centralização do poder (SUBTIL; HESPANHA, 2014, p. 163).

2.3 O SEMEADOR E O LADRILHADOR: A FORMAÇÃO DA COLÔNIA

O que buscavam os portugueses que acabaram atracando em terras brasileiras? Hespanha (HESPANHA, 2010, p. 72) afirma que muitos deles – portugueses – já possuíam um projeto do que era uma sociedade boa e um governo, eles não buscavam construir uma utopia, apenas construírem uma vida boa, de felicidades e riquezas. Outros buscavam uma oportunidade de apenas sobreviver. Alguns ainda pensavam em fundar uma espécie de reino português tropical. Dentre eles, vários pretendiam voltar para Portugal. O fato é que boa parte dos colonizadores viam a colônia como uma continuação do reino e, por esses motivos, sua organização jurídica e institucional se desenvolveu replicando modelos europeus. Já as relações sociais, as várias cores, climas e até gostos, sustentaram uma sociedade tão diversa e plural quanto desigual. Hespanha, então, faz uma observação bastante pertinente, diz que ao estudar as colônias modernas a partir de pressupostos do Antigo Regime realiza-se uma simplificação já que, por trás de toda hegemonia herdada da Europa, havia aqui uma subcultura diversa e ampla.

O autor ainda se ocupa do seguinte dilema: quem são os colonizadores e os colonizados? A mais comum resposta para a questão é a de que os colonizadores seriam o reino e os colonizados os colonos de origem europeia e seus descendentes, os nativos e os negros se encaixariam onde? Temos uma aporia aparente. Mas, sobre este questionamento Hespanha pontua:

> Os então chamados "colonos brasileiros" não eram uma população colonial nativa ou escravizada, mas sim portugueses imigrantes ou seus descendentes. Se a maioria deles tinha projetos consistentes de uma vida colonial sistemática, a ambição de outros era ir e vir entre a colônia e o reino, ou mesmo retornar por fim à Europa. (HESPANHA, 2010, p. 52).

Sérgio Buarque de Holanda, após retornar de seus estudos na Alemanha, onde acompanhou o fim e o começo da República de Weimar e desenvolveu a maior parte do arcabouço teórico que daria consistência à sua análise de Brasil (COSTA, 2014, p. 824), influenciado por leituras de Weber e pelo método dialético de Hegel, publicou a primeira edição de Raízes do Brasil em 1936. A obra se tornou um dos clássicos nacionais e referência para o estudo da formação sociocultural brasileiro (LIMA, 2020, p. 2). O autor nasceu em 1902 no Rio de Janeira e consolidou sua formação como jornalista, sociólogo e historiador, formou-se em Direito no Rio de Janeiro, e integrou ativamente o movimento modernista. Sobre sua proposta em Raízes do Brasil, Sérgio Costa pondera:

> No entanto, o livro não constitui apenas um projeto normativo, é também analítico. Para articular suas visões, Buarque de Holanda mergulhou profundamente na história brasileira e desenvolveu um diagnóstico sócio-histórico que transcendia enormemente as pesquisas conduzidas à época. É esta propriedade que faz do livro “um clássico de nascença”. O ensaio oferece respostas concisas aos desafios analíticos e políticos de seu tempo, além de captar a tensão, na forma específica como se manifesta no Brasil, entre continuidade e mudança social numa perspectiva de longa duração (COSTA, 2014, p. 823).

A partir da similitude entre os objetos de estudo e relevância dos trabalhos de Hespanha e Holanda, busca-se estabelecer entre os textos de ambos uma comparação que aponte os principais possíveis consensos entre as teses dos dois autores. Esses pontos de convergência poderão contribuir para a compreensão das principais características que administravam a vida colonial brasileira. Basta a leitura do primeiro parágrafo da obra de Buarque de Holanda para que se compreenda que o autor se ocupará de apontar os efeitos e heranças da cultura europeia na formação brasileira:

> Todo estudo compreensivo da sociedade brasileira há de destacar o fato verdadeiramente fundamental de constituirmos o único esforço bem-sucedido, e em larga escala, de transplantação da

> cultura europeia para uma zona de clima tropical e subtropical. Sobre território que, povoado com a mesma densidade da Bélgica, chegaria a comportar um número de habitantes igual ao da população atual do globo, vivemos uma experiência em símile. Trazendo de países distantes as nossas formas de vida, nossas instituições e nossa visão do mundo, e timbrando em manter tudo isso em um ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar até à perfeição o tipo de cultura que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça participa fatalmente de um estilo e de um sistema de evoluções naturais a outro clima e a outra paisagem (HOLANDA, 1936, p. 3).

Para o fim referido anteriormente, o principal objeto de estudo será o capítulo quarto – O Semeador e o Ladrilhador – de "Raízes do Brasil". Buarque de Holanda, como Hespanha, também escreve sobre algumas peculiaridades observadas na colonização brasileira, o autor também aponta quais os propósitos nas ações dos colonizadores e seus efeitos na formação da sociedade brasileira. Além disso, o que, particularmente, é um ponto que merece atenção no capítulo quarto de "Raízes do Brasil" é a relação que o Holanda estabelece entre a cultura portuguesa, a geografia das cidades coloniais, e os impactos da vida rural:

> Essa primazia acentuada da vida rural concorda bem com o espírito da dominação portuguesa, que renunciou a trazer normas imperativas e absolutas, que cedeu todas as vezes em que as conveniências imediatas aconselharam a ceder, que cuidou menos em construir, planejar ou plantar alicerces, do que em feitorizar uma riqueza fácil e quase ao alcance da mão (HOLANDA, 1995, p. 95).

Essa primeira noção compartilhada apresenta-se em conformidade com o pluralismo jurídico que é apontado como aspecto fundamental da formação jurídica no Brasil colônia, do mesmo modo, a renúncia ao planejamento aponta para a ausência de um plano colonial concreto. Sérgio Buarque estabelece uma contraposição entre a américa espanhola e a portuguesa. A primeira está no esforço da Espanha em garantir o predomínio militar, econômico e político sobre as conquistas da metrópole, por meio da criação de vários núcleos bem organizados de povoamento (HOLANDA, 1995, p. 95). Essas não foram preocupações de Portugal, até certo ponto pelas dificuldades estruturais que o Estado enfrentava, como já observamos na historiografia de Hespanha. O autor brasileiro também discorre sobre ordenações bem específicas que os colonizadores espanhóis deveriam organizar e ponderar na criação de novas cidades para evitar qualquer excesso de criatividade que pudesse romper com os padrões considerados adequados pelos historiadores, portanto, havia uma preocupação geográfica com a organização da ocupação espanhola. Os espanhóis deveriam,

por exemplo, se atentar em procurar desde o melhor lugar, que garantisse a força dos jovens; observar o tamanho das ruas, que deveriam ser amplas em lugares frios e estreitas nos quentes; a praça principal e a igreja também eram padronizadas e necessárias para as cidades espanholas que viessem a ser empreendidas na colônias americanas.

Buarque de Holanda sustenta a tese de de que, enquanto os espanhóis estavam preocupados em garantir na colônia uma continuação da metrópole, Portugal se limitava à exploração econômica (HOLANDA, 1995, p. 98). Um paralelo entre esta observação e a análise de Hespanha também pode ser traçado, o historiador do direito prescreve diferenças pragmáticas a respeito do modelo mais econômico de colonização estabelecido por Portugal:

> Em suma. Ao contrário do que acontecia com os impérios clássicos, como o da Espanha, fundado sobre o domínio homogêneo de um território e integrado numa estratégia régia de reputação da Coroa, o império português obedecia a uma lógica mais pragmática e econômica, fundada sobre a autonomia e modularidade das partes componentes, sobre a economia dos custos políticos assente num aparente não-governo e sobre uma pluralidade de fontes de regulação, desigualmente hegemonizadas pela regulação do direito metropolitano (HESPANHA, 2012, p. 108).

A construção das universidades exemplifica muito bem isso, feito tardio nas terras brasileiras, a primeira edificação ocorreu em 1808 com a Escola de Cirurgia da Bahia, mais de 250 anos de atraso em relação ao Peru, por exemplo, onde a primeira universidade edificada foi a Universidade Maior de São Marcos em 1551. Um termo relevante para descrever o Brasil a partir de perspectivas portuguesas, utilizado por Sérgio Buarque, é o de lugar "de passagem", tanto para súditos quanto imperadores. Destaca-se que os portugueses impunham que os colonizadores permanecessem no litoral, foi apenas com a descoberta do ouro que eles passaram ingressaram no interior brasileiro. Todavia, essa expansão foi extremamente prejudicial e danosa aos grupos indígenas que se refugiavam nas terras do interior. De modo ainda mais enfático, Holanda afirma:

> A cidade que os portugueses construíram na América não é produto mental, não chega a contradizer o quadro da natureza e sua silhueta se enlaça na linha da paisagem. Nenhum rigor, nenhum método, nenhuma providência, sempre esse significativo abandono que exprime a palavra "desleixo" – palavra que o escritor Aubrey Bell considerou tão tipicamente portuguesa como "saudade" e que, no seu entender, implica menos a falta de energia do que uma íntima convicção de que "não vale a pena..." (HOLANDA, 1995, p. 110).

A descoberta do ouro foi imprescindível para que Portugal despertasse seu in-

teresse pela colônia, de modo mais enfático. Contudo, a intervenção consequente não é construtiva, porém, repressiva, a metrópole inicia uma intervenção mais rígida com a imposição de regras específicas para garantir o controle do comércio do ouro, como no caso emblemático da Demarcação Diamantina. A constatação de Buarque de Holanda é coerente com a de Hespanha que caracteriza uma colonização centrada na exploração comercial e na evangelização dos nativos. O fato observado por Buarque de Holanda é de que aparentemente os portugueses não se importavam com uma ordenação pouco efetiva, desde que aquilo não fosse referente ao aproveitamento das terras e de seus frutos, não havia vontade de domínio, eles tinham consciência de suas limitações enquanto nação.

> O padre Manuel da Nóbrega, em carta de 1552, exclamava: "[...] de quantos lá vieram, nenhum tem amor a esta terra [...] todos querem fazer em seu proveito, ainda que seja a custa da terra, porque esperam de se ir" . Em outra carta, do mesmo ano, repisa o assunto, queixando-se dos que preferem ver sair do Brasil muitos navios carregados de ouro do que muitas almas para o Céu. E acrescenta: "Não querem bem à terra, pois têm sua afeição em Portugal; nem trabalham tanto para a favorecer, como por se aproveitarem de qualquer maneira que puderem; isto é geral, posto que entre eles haverá alguns fora desta regra" (HOLANDA, 1995, p. 107).

Assim, pode-se verificar alguns encontros entre a obra de Hespanha e Buarque de Holanda quanto à análise historiográfica da efetividade do domínio português sobre as terras brasileiras. De fato, ambos apontam os déficits estruturais e o desinteresse dos colonizadores. Enquanto Hespanha esmiúça essa leitura sobre os aspectos jurídicos, o amplo campo de autodeterminação e instituições até certo ponto independentes que se firmavam no Brasil. Sérgio Buarque se debruça sobre aspectos culturais que envolviam a ocupação e exploração colonial e compara características da colonização portuguesa com a espanholas. O que Buarque de Holanda aparentemente propõe, no quarto capítulo de Raízes do Brasil, é que a Espanha possuía um plano colonizador e uma proposta para sua colônia, como já exposto anteriormente, Hespanha aponta justamente a ausência de um projeto colonial na expansão de Portugal.

Outro encontro verificado na obra dos dois autores está no que Buarque de Holanda retrata como valorização da literatura portuguesa que exaltava cada vez mais os feitos do Reino e das Grandes Navegações, enquanto o prestígio social e as crenças no real poder de Portugal decaíam. Justamente como exposto anteriormente, Hespanha aponta a irrealidade e as motivações dessa historiografia ufanista (HESPANHA, 2010, p. 50) que propagava a imagem de um "Império Português" grandioso, enquanto na realidade evidenciava um poderio capenga com dificuldades de sustentar a centralização do reino e sem controles efetivos sobre suas colônias.

Em razão da pluralidade jurídica, incapacidade administrava e ausência de uma centralização eficaz, a autonomia em alguns aspectos na colônia foi um resultado quase mecânico. Possibilitou a formação de métodos de regulação afetados por

particularismos e localismos que poderiam destoar do direito vigente na metrópole. Uma última observação é necessária, entre as exposições dos dois autores é eminente que haverão pontos de controvérsias e pontuações conflitantes que, embora não sejam tratadas no corpo desse artigo, devem ser mencionadas para que sejam prevenidos mal entendidos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em Raízes do Brasil e na obra de António Hespanha, verificam-se consensos que apontam para a descentralização e incapacidade portuguesa de administrar e reger, de modo incontestável, o Brasil colonial. Do mesmo modo, reflexos a respeito do propósito colonial aparentam apontar para a ausência de um plano português colonizador concreto. O estudo comparado entre os dois autores evidencia que os textos historiográficos de diversos campos dos saberes são capazes de se complementarem ao analisar o mesmo objeto a partir de perspectivas distintas. A partir dessa premissa, ampliam-se as possibilidades de debates historiográficos comparados.

A partir da leitura, pode-se concluir que a administração portuguesa na colônia brasileira não se deu de modo centralizado e bem ordenado, ao contrário, foram estabelecidas relações atípicas e descentralizadas entre metrópole e colônia. O que gerou determinada autonomia e complexidade nas colônias portuguesas, o que é amplamente perceptível na análise do modelo colonial brasileiro. Compreender as estruturas jurídicas vigentes na época pode trazer luz sobre este fenômeno, conforme explica Hespanha, a organização jurídica permitiu a existência e proliferação da pluralidade do direito que emanou na colônia, porém não se preocupou em conter as tendências centrípetas que proliferaram no solo brasileiro (HESPANHA, 2006, p. 80).

Por fim, a análise historiográfica das obras mencionadas pode evidenciar uma relação colonial limitada (em sentido de capacidade de fazer valer as determinações centrais) e peculiar. Enfim, pode-se verificar a partir da obra dos autores citados e referenciados no corpo deste artigo, que se desenvolveu no período colonial brasileiro uma relação hiper complexa caracterizada pelo pluralismo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, Sérgio. O Brasil de Sérgio Buarque de Holanda. *Soc. estado.*, Brasília , v. 29, n. 3, p. 823-839, dez. 2014 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000300008&lng=pt&nrm=iso. acessos em 05 out. 2020. https://doi.org/10.1590/S0102-69922014000300008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,* Florianópolis, p. 23-34, set. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p23. Acesso em: 05 out. 2020. Doi :https://doi.org/10.5007/2177-7055.2009v30n58p23.

FURTADO, Júnia Ferreira. As câmaras municipais e o poder local: Vila Rica - um estudo de caso na produção acadêmica de Maria de Fátima Silva Gouvêa. *Tempo,* Niterói,

v. 14, n. 27, p. 6-22, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141370420090002000002&lng=en&nrm=iso>. acesso em 06 ago. 2020. http://dx.doi.org/10.1590/S1413-7042009000200002.

HESPANHA, António Manuel. "A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes" In: FRAGOSO, João, BICALHO, Maria Fernanda & GOUVÊA, Maria de Fátima (orgs.). *O Antigo Regime nos Trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, pp. 163-88.

HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,* Florianópolis, p. 47-106, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15171/13797. Acesso em: 06 ago. 2020. doi: https://doi.org/10.5007/%x.

HESPANHA, António Manuel. Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português. In: FRAGOSO, José; GOUVÊA, Maria de Fátima. *Na trama das redes.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, 43-94.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.* Coimbra: Almedina, 2012. p. 13-30; p. 48-55. p. 62-67.

HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial: porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. Giuffrè Editore: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* n. 35, T. I, 2006. p. 59-68. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/35/0060.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020.

HESPANHA, António Manuel. Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa. Giuffrè Editore: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* vol. 41, 2012, p. 101-127. Disponível em: http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/41/0103.pdf. Acesso em: 04 jul. 2020.

HOLANDA, Sergio B. de. *Raízes do Brasil.* 1ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1936.

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

LIMA, Gabriel dos Santos. Cordialidade, malandragem e autoritarismo: aspectos do Brasil por Sérgio Buarque de Holanda, Antonio Candido e Roberto Schwarz. *Rev. Inst. Estud. Bras.,* São Paulo, n. 76, p. 93-104, Ago. 2020. Disponível http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0020=38742020000200093-&lng=en&nrm-iso. Acesso em 01 Out. 2020. Epub ago 19, 2020. https://doi.org/10.11606/issn.2316-901x.v1i76p93-104.

RUSSEL-WOOD, A. J. R. Centros e periferias no mundo luso-brasileiro,1500-1808. *Rev. bras. Hist.,* São Paulo, v. 18, n. 36, p. 187-250, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881998000200010&lng=en&nrm=iso.

acesso em 06 ago. 2020. https://doi.org/10.1590/S0102-01881998000200010.

SAMPAIO, Antonio Carlos Jucá de. António Manuel Hespanha, o Antigo Regime luso e a historiografia brasileira: notas sobre um diálogo transatlântico. *Topoi (Rio J.)*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 43, p. 7-14,Abr. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2020000100007&lng=en&nrm=iso. access on 01 Out. 2020. Epub Abr 17, 2020. https://doi.org/10.1590/2237-101x02104301.

SUBTIL, J, & HESPANHA, A. M. (2014). Corporativismo e Estado de Polícia como Modelos de Governo das Sociedades Euro-americanas do Antigo Regime. Eds. FRAGOSO, J. & GOUVÊA, M. F. *O Brasil Colonial.* Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, I, 127-166.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. *Sobre o Autoritarismo Brasileiro*, 1ª ed.. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL HOJE: NOTAS INTRODUTÓRIAS

REFLECTIONS ON THE LAW AND CONSTITUTIONAL LAW IN BRAZIL TODAY: INTRODUCTORY NOTES

Alexia de Melo Miguel*
Layane Leans Cardoso**
Rafael Luiz da Silva***

Resumo: Este artigo tratará do Direito Constitucional em sua perspectiva histórica ao abordar as diferentes fases do constitucionalismo ocidental. A problemática da cidadania como princípio igualitário será relacionada com as diversas conformações de Estado a fim de explicitar o desenvolvimento da integração popular. A cidadania em terras brasileiras será questionada e problematizada no que se refere às relações de subintegração e sobreintegração que aqui permanecem. Adiante, a Constituição como objeto de estudo do Direito Constitucional será exposta com relação a sua teoria, desse modo, procura-se adentrar em suas esferas formal e material. Finalmente, confrontar-se-á o Direito tipicamente do Brasil amparado na formação e consolidação do povo brasileiro. A Constituição da República de 1988 será observada no âmbito de sua efetivação, procura-se analisar quais as metas que esta estabelece e o que falta para que as demandas elaboradas se concretizem. Para tanto, utilizou-se método dedutivo a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Direito brasileiro; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988..

Abstract: *This article deals with Constitutional Law in its historical perspective when addressing the different phases of Western constitutionalism. The issue of citizenship as an egalitarian principle becomes related to the many state conformations in order to make explicit the development of popular integration. Citizenship in Brazilian will become questioned and problematized with regard to the subintegration and overintegration relations that remain here. Afterwards, the Constitution as object of study of Constitutional Law will be exposed in relation to its theory, making it possible with that to seek the process of entering into its formal and material spheres. Finally, it will be confronting the law of Brazil, supported by the formation and consolidation of the Brazilian people.*

* Acadêmica de Direito do sexto período da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e acadêmica-pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Teoria Crítica. E-mail: alexiamiguel13@gmail.com.
** Acadêmica de Direito do sexto período da Universidade do Vale do Itajaí (Univali).
E-mail: layane_ffc@hotmail.com.
*** Acadêmico de Direito do sexto período da Universidade do Vale do Itajaí (Univali).
E-mail: luizrafael98@gmail.com.

The Constitution of Republic of 1988 will be observed in the scope of its effectiveness. It seeks to analyze what goals it establishes and what is missing so that the demands made can be fulfilled. For that, a deductive method was used based on qualitative bibliographic research.

Keywords: *Constitucionalism; Brazilian Law; Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988.*

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise e abalo da confiança da população no Estado, surgem alternativas extremistas e autoritárias encabeçadas por agentes políticos que se dizem a solução da ingovernabilidade do país. A Constituição Federal é atacada, direitos e garantias há tanto tempo afirmados são questionados e o Direito brasileiro é posto à prova. Comparações com cartas e legislações estrangeiras aparecem a fim de deslegitimar a experiência brasileira e, não raro, chega-se ao extremo de afirmar a não existência de Direito em terras brasileiras.

Reproduções de senso comum, insuflado pela indignação das massas, são ouvidas em qualquer parte do país. O Direito, em meio as turbulências atuais – como instrumento de regulação da vida em sociedade – tenta sobreviver e se fazer presente enquanto seus procedimentos são menosprezados. É nesse contexto de instabilidade que se deve dar máxima atenção à análise do Direito Constitucional em sua perspectiva histórica e do Direito brasileiro como experiência única.

O conhecimento e instrução acerca dos momentos históricos que influenciaram a conquista e ampliação de direitos fundamentais à manutenção de uma vida digna, os quais se fazem necessários hoje, não é tarefa apenas do estudante de Direito. Juristas, governantes, estudantes do ensino fundamental e médio e a sociedade como um todo deveriam, como um exercício de cidadania, ser imbuídas a ter contato com os fundamentos teóricos e experiências históricas que serviram de base para a construção do constitucionalismo atual, não só no caso brasileiro, mas em um plano global.

No que se refere à análise da formação jurídica do Brasil, o estudo realizado dará importância à compreensão adequada do constitucionalismo brasileiro e do Direito que cresceu no território nacional. A utilização de referencial teórico que explicite a jornada do constitucionalismo, surgido na Europa, serve de base histórica para a compreensão da experiência brasileira, mas somente a partir desta ótica não são supridas as expectativas de verdadeira reflexão acerca da experiência jurídica do Brasil. A interpretação do Direito brasileiro deve ser feita, imprescindivelmente, a partir dos parâmetros únicos do que foi desenvolvido aqui. Existe Direito no Brasil e ele deve ser entendido de acordo com a formação do próprio povo brasileiro.

Com efeito, o trabalho produzido justifica-se pela importância e relevância do tema, uma vez que a compreensão da formação do Direito Constitucional no Brasil e no mundo é base para a construção de diversos artigos, dissertações e monografias

não somente na área jurídica. Ademais, no ano de 2018, comemorou-se os 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988.

Considerada Constituição cidadã, eternizada nas mãos de Ulysses Guimarães, a carta normativa que rege o Estado brasileiro ainda hoje, representa um grito de liberdade frente ao período de ditadura civil militar vivido anteriormente. Faz-se necessário, portanto, que depois de 30 anos de vigência da Constituição, sejam analisadas as conquistas e avanços alcançados, assim como o que ainda falta à carta magna brasileira para a sua efetiva concretização. Nesse sentido, o artigo elaborado pretende refletir acerca do que já está consolidado e do que ainda deve ser materializado.

A partir dessa premissa, o artigo será organizado em três tópicos em uma linha lógica de pensamento que parte do constitucionalismo como um movimento histórico europeu e termina nas características da experiência brasileira e na problemática da Constituição da República.

No primeiro tópico, serão abordados aspectos do Direito Constitucional no que se refere a sua consolidação, assim, irá se expor o histórico do constitucionalismo a partir da cidadania como princípio igualitário. Os subtópicos pretendem-se uma síntese das diversas conformações de Estados, nesse sentido, serão explicitadas características do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito. Outrossim, a cidadania no território brasileiro será analisada conforme os padrões de sobreintegração e subintegração presentes na sociedade atual.

Adiante, no segundo tópico, a Constituição como objeto de estudo do Direito Constitucional e resultado do movimento constitucionalista será posta em evidência. Dessa maneira, discorrer-se-á sobre a Teoria da Constituição nas suas dimensões formal e material. No final do capítulo, será dada atenção ao conceito de Constituição Dirigente, proposto pelo professor J.J. Gomes Canotilho, com fins de analisar e identificar as características das quais a Constituição brasileira compartilha.

Como última parte do artigo, o tópico três tratará de maneira específica do Direito brasileiro, serão expostas as características da experiência brasileira – com vistas a entender a formação do povo brasileiro e sua influência no Direito que aqui foi construído. Dessarte, com os fundamentos teóricos apresentados, far-se-ão considerações acerca dos 30 anos da Constituição da República, como é o constitucionalismo dirigente na teoria e como há a sua inversão na prática. Para encerrar, será discutida, a partir da referência de Luis Alberto Warat, a necessidade da concretização da utopia criada pelo Direito, em especial, o programa idealizado pela Constituição Brasileira de 1988.

2. HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO E A CIDADANIA COMO PRINCÍPIO IGUALITÁRIO

Representado pelas diversas conformações estatais, o desenvolvimento do constitucionalismo é uma temática importante na compreensão da experiência jurídica brasileira. A possibilidade real de ruptura da ordem estabelecida pela Constituição

da República de 1988 preocupa diante das conjunturas do cenário político brasileiro, dessa forma, o conhecimento do histórico constitucionalista desde o Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito é percebido como necessário a fim de politizar os debates feitos.

O constitucionalismo como movimento de limitação do poder dos governantes iniciou ainda na época moderna, ao questionar a pertinência da ordem anterior, simbolizada genericamente pelo absolutismo. A burguesia como classe detentora do poder econômico triunfa na liderança do Estado. A Revolução Francesa de 1789, que tinha como mote relevante apelo popular, acaba tornando-se um movimento de elite, cujo conteúdo pouco reflete as consternações do terceiro estado, verdadeira sustentação da monarquia francesa.

Paralelo interessante pode ser realizado com a situação brasileira atual, a descrença da sociedade na governabilidade do país insufla ondas neoliberais, representadas pelas privatizações em massa e a flexibilização das relações trabalhistas. Nessa ótica, o extremismo ganha espaço como "solução" dos problemas brasileiros, no entanto, esquece-se das lições da história ao longo dos anos. Todos os momentos de autoritarismo, tanto com Floriano Peixoto no início da república, quanto com Getúlio Vargas e a ditadura civil militar iniciada em 1964, apenas serviram para retirar direitos e manter a dinâmica de classes ativa.

Como endosso, as manifestações no Brasil são encabeçadas por elites, as quais defendem projetos de governo superficiais que mais vêm a ser instrumentos midiáticos. A democracia é suplantada por discursos de ódio, sem argumentação sólida. O que se vê é a emergência de grande polarização, simbolizada por um maniqueísmo reinante que transforma a democracia em um espaço de discursos vazios.

Diante disso, na tarefa de produzir verdadeira consciência política e abraçar a democracia como característica fundante do Estado Democrático de Direito, faz-se preciso o resgate de contextos históricos, uma vez que sem compreender os equívocos e falhas do passado, não há como projetar qualquer futuro.

2.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O liberalismo assume diversas facetas de acordo com o tempo e lugar onde é conceituado. Para a análise do Constitucionalismo ocidental e da consequente experiência brasileira, toma-se importante destacar os liberalismos surgidos na Europa da idade moderna. Segundo Moraes (2014), alguns antecedentes do início do constitucionalismo foram as influências do liberalismo econômico, o qual pregava a autorregulação do mercado, uma espécie de mercado natural, baseado na dinâmica entre ofertantes e demandantes, cujo movimento sempre tenderia ao equilíbrio por conta própria (VASCONCELOS, 2004).

É nesse contexto que a Revolução Francesa de 1789 vem pautada, principalmente, no liberalismo jurídico que incumbia ao Estado a tarefa de garantir os direitos individuais, colocava o homem como centro das relações jurídicas. Apesar de o movimento revolucionário francês ter contado com as camadas do terceiro Estado,

pode-se dizer que esta foi uma Revolução essencialmente burguesa, uma vez que a transformação pretendida no início do ato era apenas a fim de conter os poderes do soberano. Desse modo, a justiça social nunca foi o objetivo da classe burguesa, verdadeira controladora da Revolução. Uma vez dotada de poderes econômicos, a burguesia almejava poder de governança (MORAES, 2014). O campesinato e os *sans-cullotes,* nesse sentido, inicialmente, serviram apenas para dar volume ao movimento, enredados pelas falácias burguesas.

Com o ato revolucionário de 1789, consolidou-se, na França, o Estado Liberal que congrega tanto o liberalismo jurídico quanto o econômico e restringe o Direito à esfera privada, isto é, torna-se a dar atenção somente às questões individuais, estas relacionam-se com ênfase à liberdade descrita por Locke, a saber, a de propriedade. No Estado Liberal, a liberdade é direito fortemente defendido, referida essencialmente ao comércio e à indústria, demandas marcadamente burguesas (MORAES, 2014).

Direito à propriedade, liberdade e a igualdade formal são exemplos das reivindicações e concretizações do período liberal, no qual percebe-se o surgimento também dos direitos políticos, como símbolo da cidadania, neste contexto, como "cidadania burguesa". Desse modo, "a cidadania surge, então, como afirmação das liberdades negativas, na forma dos direitos civis clássicos" (NEVES, 1994, p. 256).

Ao Estado restava a incumbência de garantir o cumprimento dos contratos, principal instrumento jurídico da época, o qual era pautado na autonomia da vontade, isto é, pressupunha-se que as partes sempre realizavam um acordo pelo simples fato de que havia um elemento volitivo puro (GAGLIANO, 2014). Contudo, o que se percebe é que a camada mais pobre da população, principalmente no que concerne aos contratos trabalhistas, não era regida pela autonomia privada, mas pela necessidade.

O abstencionismo estatal permitia apenas que o Estado se manifestasse e interviesse quando constatados cerceamentos às liberdades individuais, que mais serviam aos burgueses do que qualquer outra classe. A ideia formal de igualdade desconsiderava as evidentes disparidades entres os indivíduos, partia-se da premissa de que se todos possuem liberdade para fazer parte de contratos, para ter propriedade e para trabalhar, são da mesma maneira iguais. Fruto de uma revolução – rompimento da ordem jurídica anterior – o Estado Liberal buscou durante todo o século XIX, até o primeiro pós-guerra, manter o *status quo* alcançado, ao pretender-se imutável, o que não ocorreu, haja vista as latentes mudanças sociais e econômicas no século XX (MORAES, 2014).

2.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A partir do final do século XIX e início do século XX, houve uma acumulação de capital incomparável, a produção aumenta de ritmo e a demanda por mão de obra também cresce. É nesse contexto que surgem as doutrinas socialistas que denunciam a desigualdade de classes, o monopólio dos meios de produção e a consequente concentração de capital. O proletariado, portanto, começa a reivindicar direitos sociais como trabalhistas e previdenciários. Via-se, aqui, a oportunidade de realizar a justiça social almejada pelo terceiro estado anteriormente no início da Revolução do século XVIII (MORAES, 2014).

Como forma de tentar manter o capitalismo e o modelo liberal de Estado, foram feitas concessões aos inconformados – direitos sociais, principalmente na esfera do trabalho, foram afirmados. O Estado Social surgiu, portanto, justamente da tentativa de manter o Estado Liberal. No entanto, é necessário ter a consciência de que as concessões feitas eram mais medidas para tirar o foco do insustentável modelo capitalista da época do que realmente uma ação de mudança (MORAES, 2104). Nesse sentido, os direitos sociais funcionaram em um primeiro momento apenas como normas programáticas, metas a serem conquistadas em um futuro não muito próximo se dependesse da burguesia da época.

Para além das conquistas do Estado Liberal, na segunda fase do constitucionalismo, o Estado tende a tomar uma postura positiva, de intervenção na economia, uma vez que a primeira guerra mundial movimentou o mercado de maneira impressionável (MORAES, 2014). A classe trabalhadora, então, lidera a busca por novos direitos e impulsiona a concessão de liberdades que adentram a esfera social por parte do Estado, o qual torna-se Estado Social de Direito. Assume-se uma postura prestativa com relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais exigem a ação estatal direta – nesse primeiro momento, apenas para a afirmação de tais liberdades (NEVES, 1994).

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na Idade contemporânea, surge o Estado Democrático de Direito, presente na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Brasileira de 1988. A nova conformação da ordem jurídica não deve ser entendida apenas como uma junção dos parâmetros anteriores, ou seja, o Estado Democrático de Direito não veio exclusivamente da soma das experiências liberais e sociais. Ele é antes de tudo fruto do acréscimo do elemento revolucionário, do desejo por mudança do *status quo*. Dá-se especial atenção à soberania popular e à democracia, que pressupõem essencialmente a participação popular nas decisões que afetam os direitos dos cidadãos, tanto na esfera individual e coletiva quanto no âmbito social (MORAES, 2014).

O que se percebe no Estado Democrático de Direito é a constante tentativa de conciliar os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, a saber, respectivamente, o abstencionismo estatal e as suas ingerências. À vista disso, medidas são tomadas para que a dicotomia presente na manutenção desse tipo de Estado permaneça em harmonia. O reconhecimento da necessidade de compreender a igualdade também sob uma perspectiva material pode ser analisada como uma dessas medidas (MORAES, 2014). Ao passo que as evidentes desigualdades sociais não podem mais ser negadas, cobra-se do Estado um papel intervencionista que procure oferecer condições aos grupos vulneráveis a fim de que haja uma equiparação.

No Estado Democrático de Direito, há a conjugação de diversas dimensões de direitos fundamentais. A inserção da esfera dos direitos difusos é um ponto importante da jornada democrática por qual o Estado atual passa. O apelo à criação de uma consciência coletiva leva a sociedade ao terceiro patamar na afirmação e efetivação dos direitos fundamentais. Tomam forma os direitos de terceira dimensão, chamados de difusos ou transindividuais, estes ultrapassam a esfera do indivíduo isolado

ou como integrante de uma coletividade específica, entra-se em uma esfera acima dos aspectos que individualizam as pessoas. Um exemplo de direito transindividual seria a proteção do meio ambiente (NEVES, 1994).

A igualdade é vista com um objetivo a ser alcançado e o Estado muito tem a ver com a materialização de tal princípio. A geração de oportunidades torna-se uma tarefa necessária à isonomia. Uma vez que não se pode negar as evidentes desigualdades entre os indivíduos, buscam-se meios para que essas discrepâncias não continuem a ser um impeditivo ao acesso à educação, saúde, cultura, instrução e lazer.

Adiante, no Estado Democrático de Direito, há a insipiência dos direitos subjetivos públicos democráticos, nesse sentido, a cidadania reflete a institucionalização dos direitos políticos. É dessa forma, que às liberdades positivas se dá relativa importância, visto que a possibilidade de participação efetiva na condução do Estado surge com mais afinco. A ação estatal na estrutura econômica e na dinâmica de classes toma grande proporção na tarefa de diminuir as discrepâncias que marginalizam diversos setores sociais identificados como minorias políticas (NEVES, 1994).

A preocupação do sistema jurídico de regular as relações de opressão deve ser constante a fim de concretizar a cidadania de maneira ampla. Com efeito, a juridificação das discriminações positivas contribui para a integração de minorias nos sistemas sociais, e, por conseguinte, para a ampliação do espectro da cidadania como princípio igualitário (NEVES, 1994).

Aparece ainda no Estado Democrático de Direito a necessidade de limitação formal e material do legislador, que não pode atuar totalmente segundo a sua discricionariedade, uma vez que é preciso, além de respeitar os procedimentos, estar em conformidade com o conteúdo constitucional (MORAES, 2014). No caso brasileiro, tal limitação pode ser observada sob a ótica do constitucionalismo dirigente que prevê e determina objetivos a serem alcançados, haja vista o art.3° da CRFB/1988 (BRASIL, 1988) , dessa maneira, qualquer norma criada pelo legislador deve ser ao encontro dos fins pretendidos pela carta magna.

Dessarte, percebe-se que toda a atmosfera presente no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, em torno da Constituição Brasileira de 1988 guia-se pela esperança, fruto do elemento revolucionário que marca esta nova fase do constitucionalismo (MORAES, 2014). A transformação da realidade é a tônica do constitucionalismo brasileiro. Por meio de normas programáticas, a Constituição determina os objetivos a serem perseguidos, o que nos falta, entretanto, é a concretização da utopia criada.

2.4 A CIDADANIA BRASILEIRA

Durante a evolução do constitucionalismo, do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, a cidadania como reflexo dos direitos adquiridos modificou-se e teve seu significado ampliado a partir das mudanças de paradigmas da realidade social. Nesse contexto, a igualdade, inerente à cidadania, é o objetivo a ser alcançado hoje, mesmo depois de séculos de acúmulos de direitos fundamentais, é a igualdade em

todas as suas dimensões que ainda necessita ser construída, afirmada e exercida por todos os sujeitos de direito. As opressões pretéritas e atuais que fazem de um grupo vulnerável, constituem a barreira a ser quebrada na conquista efetiva da cidadania.

De acordo com Neves (1994, p. 260), a cidadania como "integração jurídica igualitária na sociedade [...]" está ausente em países nos quais as relações de sobreintegração e subintegração são generalizadas e tornam-se parte do sistema constitucional. Tal processo, segundo o autor, ocorre principalmente em países periféricos, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, a exemplo do Brasil. No sistema jurídico brasileiro, fazem-se explícitas as divergências entre subcidadãos e sobrecidadãos, principalmente no que diz respeito aos dispositivos constitucionais.

Aqueles não integrados totalmente ao sistema jurídico são os chamados subcidadãos, grupos vulneráveis sem representação política suficiente para a reivindicação de suas necessidades. Os subcidadãos são apenas subintegrados, mas não excluídos do Direito, isto é, a cidadania como igualdade de direitos e deveres não se faz completa a esses indivíduos, resta-lhes apenas a subordinação ao aparelho estatal por meio da imposição de deveres. Dessa forma, esses sujeitos são apenas de deveres, os direitos prescritos na Constituição, aqui, são simplesmente afirmações, uma vez que do seu exercício tais grupos são privados (NEVES, 1994).

Os subcidadãos conhecem tão somente o lado coercitivo do sistema jurídico em todas as suas esferas. Nesse sentido, os subcidadãos não são excluídos do sistema, mas marginalizados, visto que não desfrutam das garantias previstas, somente submetem-se aos elementos punitivos do Direito. Razão para isso, é a falta de condições para que esses grupos exerçam o que já lhes é afirmado constitucionalmente. As oportunidades para o exercício da cidadania são ausentes ou escassas em uma modelo de sociedade no qual não existem cidadãos de fato, mas camadas de privilégios e de opressões (NEVES, 1994).

Ao contrário, os sobrecidadãos, destacam-se pela integração desmedida no sistema jurídico. Estes são propriamente os detentores de poder na sociedade. Pela condição de privilégio que dispõem, os sobrecidadãos disfrutam de maneira ímpar dos dispositivos constitucionais previstos, exercem os direitos afirmados, os quais, para esse grupo são também efetivamente garantidos. O que os particulariza, no entanto, é a manipulação do texto constitucional e dos direitos por ele prescritos. Os grupos beneficiados utilizam o sistema jurídico na medida em que lhes forem convenientes, ou seja, enquanto os privilégios de que usufruem não forem abalados pelo Direito. Assim, "em certa medida, a Constituição só é concretizada se interesses de grupos privilegiados não são comprometidos [...]" (NEVES, 1994, p. 262).

De acordo com Souza, as classificações dos indivíduos na sociedade brasileira são impulsionadas por consensos pré-reflexivos que mascaram a discriminação negativa, ao torná-la naturalizada (SOUZA, 2018). Nesse sentido, o autor explica:

> É apenas esse tipo de consenso, como que corporal, pré-reflexivo e naturalizado, que pode permitir, para além da eficácia jurídica, uma espécie de acordo implícito que sugere, [...] que algumas

> pessoas e classes estão acima da lei e outras abaixo dela (SOUZA, 2018, p.248).

A ideologia do desempenho, ou meritocracia, exerce papel fundamental para velar as evidentes discrepâncias entre os indivíduos pertencentes a diversas classes sociais e disseminar uma ideia de igualdade que só existe no papel (SOUZA, 2018). A meritocracia como instrumento de manutenção das desigualdades, prevê a equiparação social apenas como fruto do esforço pessoal, como se a ausência de oportunidades não importasse ao desenvolvimento da efetiva isonomia.

Fato é a existência de profundas desigualdades sociais no Brasil, no entanto, estas não impedem totalmente a manifestação da cidadania como princípio igualitário. A presença da subcidadania, apenas revela o caráter seletivo e excludente da modernidade brasileira, ou seja, aos subcidadãos não é afirmado totalmente o vínculo jurídico e político com o Estado ao qual pertencem. Na verdade, a igualdade como fundamento da cidadania, faz-se presente em apenas alguns aspectos da vida em sociedade.

A participação popular nas mudanças da ordem jurídica constituída na ditadura civil militar é um exemplo da cidadania em solo brasileiro. A elaboração do mais importante marco do Direto brasileiro, qual seja a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representa a forte participação popular de diversos setores. Outrossim, a consolidação de movimentos sindicais a partir da década de 30, alçou os trabalhadores a categoria de atores políticos legalmente reconhecidos (RODRIGUEZ, 2013). Nesse interim, explicita Rodriguez:

> Num contexto em que a liberdade de associação é garantida sem requisitos discriminatórios é impossível manter o processo de reconhecimento político de novos atores sob o controle dos poderosos. Abre-se espaço para que novos personagens entrem em cena sem a autorização de ninguém, bastando para isso cumprir dos critérios democraticamente estabelecidos em lei. Também não é possível controlar a atuação desses novos agentes. Sua ação pode voltar-se para a reinvindicação de mudanças no padrão de funcionamento das instituições, inclusive com alteração do modo de distribuição da propriedade sobre o capital entre as classes sociais (RODRIGUEZ, 2013, p.44).

À vista disso, o Direto existente no Brasil não pode mais ser compreendido como o agente responsável pela manutenção das desigualdades, ou da dinâmica de dominação entre as classes (RODRIGUEZ, 2013). Quanto às relações de subcidadania, o Direito deve ser visto como mediador e instrumento capaz de conferir aos grupos vulneráveis as condições necessárias para a equiparação social e conquista total da cidadania como princípio igualitário.

Por outro lado, a ineficiência da cidadania no caso dos países periféricos, em especial o Brasil, dá margem para o debate acerca de discursos que defendem a

desjuridificação de relações sociais, no sentido de supressão da criação de regras jurídicas que positivem direitos pela ação do Estado. No lugar do Direito Positivo estatal defende-se a utilização de outros sistemas sociais para a resolução de conflitos. Como parte de um discurso pós-moderno, a desjuridificação teria talvez, no âmbito de países estruturados no que concerne à cidadania e integração social, um apelo interessante ao pluralismo jurídico (NEVES, 1994).

Entretanto, em países nos quais a subcidadania é um fenômeno de massa (SOUZA, 2018), o discurso de desjuridificação significaria uma extrema insegurança jurídica. Resultaria, drasticamente, na conservação de privilégios e manteria, sem nenhuma expectativa jurídica de mudança, a condição de vida e participação política dos grupos vulneráveis e subintegrados à sociedade (NEVES, 1994). O que deve ser entendido, portanto, é a necessidade de manutenção e aperfeiçoamento dos direitos e dispositivos que a Constituição Federal propõe. O problema brasileiro não é a quantidade de normas constitucionais ou direitos previstos – por sinal, a carta normativa que se construiu aqui é uma das mais progressistas do mundo. A condição de tais normas apenas como programáticas é que deve ser analisada. É pungente a necessidade de concretizar o que a Constituição apenas programa.

3.TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

A Teoria da Constituição surge a partir das indagações de Kelsen, o qual ao colocar em evidência a relevância da juridicidade da Constituição, pôde então esclarecer que a base da Constituição não é o Estado, mas a norma fundamental, que é hipotética, não positivada. Mais tarde, Kelsen foi seguido por Carl Schmitt que analisou a teoria constitucional sob a ótica do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado, o que acabou redirecionando a política ao contexto da Teoria Constitucional. Adiante, Rudolf Smend diferentemente dos outros autores, não primou pela Constituição em seu aspecto normativo, mas por sua realidade integradora, permanente e contínua, o que a torna garantidora de que o Estado não possa exceder o que a ele é pré-determinado (BERVOVICI, 2004).

Posteriormente, será feita uma abordagem acerca de alguns pontos relevantes para a compreensão da Teoria da Constituição. O primeiro deles versa sobre as concepções formal e material da Constituição, revelando seus pontos principais e em que momentos históricos surgiram. Em seguida tratar-se-á sobre a concepção de Constituição Dirigente concebida pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, dando ênfase ao cenário brasileiro. E ao final será feita uma breve análise acerca da relação existente entre Constituição e política, destacando os conceitos de ambos os termos e como essa relação vem se concretizando ao longo dos anos (BERCOVICI, 2004).

3.1 TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

Segundo Tavares (2009), a Teoria Material da Constituição trata do conjunto, em sentido jurídico, de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que caracterizam uma determinada sociedade. Estas forças são o que Ferdinand Lassalle (1933, p. 12) chama de “fatores reais de poder”, que dirigem a sociedade e que

devem estar contidos na Constituição. Nesse sentido, o conceito de Constituição pertence majoritariamente ao mundo do ser e não do dever-ser, uma vez que prioriza o real ao duvidoso.

Todos os países, independentemente do tempo em que sejam considerados, tiveram uma Lei Fundamental em sentido material. A Constituição em sentido real, isto é, material, corresponde à descrição dos fatores reais de poder, conforme argumentou Ferdinand Lassalle (1933, p. 28):

> Assim, pois todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição *real* e *verdadeira.* A diferença nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância – não são as Constituições reais e efetivas, mas sim as *constituições escritas nas folhas de papel.*

A Teoria Material da Constituição trata da Constituição propriamente dita, fruto das decisões políticas fundamentais concernentes à organização do Estado, organização dos poderes e direitos e garantias fundamentais. Essa teoria apresenta natureza predominantemente social que se evidencia com a concepção dos direitos fundamentais também como valores. Ademais, a materialização da Constituição engloba a ideia de Constituição como totalidade, considerando além da realidade social da qual faz parte, a sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação. Esses aspectos fazem com que a Constituição Material, por meio de sua conexão com a realidade, seja a luz para a compreensão do Estado Constitucional Democrático (BERCOVICI, 2004).

3.2 CONCEPÇÃO FORMALISTA

A Constituição formal adquiriu destaque principalmente após a Revolução Francesa, quando, em virtude da forte oposição ao absolutismo, se afirmou a necessidade de escrever as garantias e os direitos individuais do cidadão, obedecendo-se a determinada forma. Nesse período, a Constituição Material já existia, porém, era necessário que se atribuísse legitimação àquilo que até então era real, mas instável, o que trazia insegurança ao povo (BERCOVICI, 2004).

Segundo Tavares (2009), Constituição no sentido formal é o conjunto de normas jurídicas desenvolvidas de maneira especial e solene. Estas normas são formalizadas na Constituição, independentemente de seu conteúdo ou substância. Em virtude desse aspecto, essa Constituição se torna mais relevante ao direito positivo do que ao próprio povo, cuja participação na tomada de decisões é postergada. A concepção formalista funciona como um mero instrumento de governo, traçando regras para nortear a forma de agir do Estado.

O constitucionalismo formalista se pretende neutro e apolítico, atribuindo à Constituição um sentido normativo-legalista de organização do poder e exteriorização formal de direitos. Essa concepção, por sua vez, não possui qualquer conteúdo social,

pelo contrário, defende que a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, desprezando o que se refere à sociedade. A constituição, em tal caso, no intuito de formar uma ordem estável diante da complexidade da sociedade contemporânea, se atém ao procedimento e não ao conteúdo das decisões, o que a torna um ser intangível, indiferente ao que concerne ao povo (BERCOVICI, 2004).

3.3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: CONCEPÇÃO DE CANOTILHO

No que tange ao constitucionalismo brasileiro, existe a ideia de Constituição Dirigente do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Como o próprio nome sugere essa proposta busca direcionar o foco do direito constitucional para a política, que, segundo Canotilho é o ponto em que todas as Constituições planejam chegar. A Constituição Dirigente tem por fundamento a legitimação material da Constituição pelo que está escrito em seu texto constitucional, e em consonância a isso busca racionalizar a política ao estabelecer-lhe um fundamento constitucional. Em síntese, a Constituição Dirigente se encarrega de definir fins e objetivos para o Estado e para a sociedade (BERCOVICI, 2004).

A Constituição Dirigente, por estar voltada à concepção material de Constituição não só tem suas garantias para o presente, mas também como projeto para o futuro e, desse modo, destaca uma correlação entre Estado e sociedade. Para Canotilho, essa Constituição é uma espécie de instrumento jurídico capaz de proporcionar uma mudança social. E dentro desse cenário cabe ainda destacar o caráter de autossuficiência da Constituição Dirigente, competente para resolver todos os seus problemas sozinha. É uma espécie de Constituição sem Estado e sem política, que acredita ser capaz de transformar a realidade apenas por meio de recursos constitucionais. Todavia, é justamente o Estado e a política que têm competência para tornar a Constituição efetiva e, ao analisar a Teoria da Constituição sem a ótica destes dois fatores, bem como incluindo o poder crescente dos tribunais constitucionais, nutre-se a manutenção da "Constituição sem Estado" (BERCOVICI, 2004).

3.4 RELAÇÃO ENTRE CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA

Para que se compreenda a relação entre Constituição e política é de suma importância a conceituação destes termos. Para tanto, serão utilizadas as definições de Ferdinand Lassalle e de Hannah Arendt, respectivamente. Segundo Lassalle (1933) existem duas espécies de Constituição: a Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e outra Constituição escrita, a qual, para distingui-la da primeira, o autor a denomina de folha de papel. Lassalle afirma ainda que de nada servirá o que se escrever numa folha de papel se não se justifica pelos fatores reais e efetivos do poder. Ademais, a definição de Hannah Arendt (2018) para política é no sentido de que esta é sinônimo de pluralidade, ou seja, diferença entre os homens. A política existe uma vez que somos diferentes, mas temos objetivos em comum, sendo ela o vínculo por intermédio do qual esses objetivos em comum são organizados. O sentido da política é liberdade, e esta liberdade só existe onde a condição plural do homem é respeitada. Logo, há momentos da história que ambos os conceitos se integram e essa pluralidade entre os homens é vinculada a fatores reais que permeiam a sociedade. Fatores estes que compõem a Constituição.

A relação existente entre Constituição e política advém de décadas, tendo seu ápice especialmente no segundo pós-guerra, cujo período impulsionou a inserção do elemento político na Constituição. Desse período em diante as Constituições passaram a ser políticas, não apenas estatais, mas assumiram conteúdo político ao englobar tanto o princípio de organização quanto de legitimação do poder. A esfera constitucional passou então a abranger toda a sociedade e não apenas o Estado, como acontecia antes. Outrossim, a política se evidencia tanto na instituição da Constituição, por meio do poder constituinte, quanto nas fases seguintes de concretização da ordem constitucional, por meio de uma política constitucional (BERCOVICI, 2004).

A política é o elo por intermédio do qual a Constituição se aproxima do povo. Sem o elemento político a Constituição se torna apenas um instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Contudo, o vínculo existente entre Constituição e política ao longo do tempo é deveras conturbado. A fim de pacificar essa relação, faz-se necessário que o pensamento constitucional seja reorientado a refletir sobre elementos políticos e, nesse sentido, é conveniente salientar a proposta feita por Loewenstein (1976 *apud* BERCOVICI, 2004), na qual ele julga que a Teoria da Constituição explica o papel que a Constituição tem no contexto político. É evidente, portanto, que esse vínculo entre Constituição e política precisa respeitar certos limites para que ambas possam trabalhar em harmonia. A política, de certo modo, é fundamental para a manutenção dos princípios constitucionais. E esta realidade nos mostra que a Constituição não é apenas jurídica, mas um misto dos aspectos político e normativo (BERCOVICI, 2004).

4. CARACTERÍSTICAS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Há de se dizer que dissertar sobre o Direito brasileiro é um árduo trabalho, principalmente, em situações nas quais o escritor decide por transcender ao senso comum. Nesse contexto, percebe-se que existem, ainda, inúmeros estudiosos e fundamentos que são embasados pela ideia miserável do Direito tupiniquim (RODRIGUEZ, 2013).

A exemplo disso, tem-se o projeto assinado por Sérgio Buarque de Holanda (1976 *apud*, RODRIGUEZ, 2013) , "Raízes do Brasil", o qual expõe que a sociedade brasileira precisa erigir uma ordem jurídica própria, a fim de suplementar as lacunas dos preceitos que, ainda, representam o modelo jurídico europeu.

Nesse sentido, Buarque volta à Antígona, mito grego, com intuito de retratar o Direito brasileiro. Expressa, dessa maneira, que os métodos de resolução das discordâncias sociais afetam quaisquer aspectos de conflito de classes, os quais seriam capazes de incorporar a narrativa grega em território nacional. Assim, Rodriguez menciona que o auge de Antígona brasileira foi a personagem da canção de Chico Buarque de Holanda, "Quem te viu quem te vê", a qual foi obrigada a optar pela riqueza ou por seus companheiros de samba e, no fim, decidiu por sua evolução social (HOLANDA, 1976 *apud* RODRIGUEZ, 2013). Conclui, dessa forma, que a questão transcende os valores éticos, mas adentram ao antagonismo da pobreza e da riqueza, o qual perpetua até hoje na esfera jurídica do País.

Há uma dificuldade primordial no Direito brasileiro: a ligação do nosso ordena-

mento aos preceitos jurídicos advindos do liberalismo burguês da Europa. É necessário, portanto, que haja a identificação de tais formalismos europeus para que, assim, sejam revistos quais poderiam ser eficientes à realidade do Brasil. Infere-se, dessa maneira, que o ponto central não se encontra nas mazelas do Direito europeu, mas, sim, na individualidade brasileira (RODRIGUEZ, 2013).

Não há como realizar um estudo de uma sociedade sem trazer consigo o contexto histórico no qual está inserida. Isto é, torna-se primordial analisar a individualidade de cada grupo social, uma vez que não há como equiparar duas (ou mais) realidades distintas. Exemplifica-se com o caso brasileiro em relação aos outros países ocidentais no que diz respeito ao regime escravocrata. O Brasil, dentre estes, foi o último a abolir a escravidão. Dessa forma, inexistem dúvidas que o retardamento da abolição foi e, continua sendo, um dos motivos da forte perpetuação do racismo no País.

No mesmo contexto, explicita-se o conceito de favor, de Roberto Schwartz (1990, *apud* RODRIGUEZ, 2013), este que elenca inúmeras dificuldades do liberalismo. Assim, há, também, o exemplo do abolicionismo e suas consequências, uma vez que se pode relatar que o escravismo era protegido por fundamentos baseados no direito de propriedade, preceito originado por Locke. Dessa forma, entende-se que a abolição do regime confrontaria o direito de propriedade, posto que os proprietários dos escravos tiveram que "abrir mão" destes, o que motivou a indenização garantida pelo Estado. Logo, veio a ser perceptível a função vital de estabelecimento de uma verdadeira oposição social incorporada pelo ativismo abolicionista (RODRIGUEZ, 2013).

Conclui-se, dessa maneira, que se deve analisar o Direito brasileiro sob um aspecto específico, descartando, assim, a universalidade. Nessa perspectiva, torna-se inaceitável ignorar os fatores históricos em casos concretos. Há um equívoco, por exemplo, em obter um conceito de "família" baseando-se em aspectos do século passado. Por outro lado, é superficial estudar o racismo sem trazer consigo o contexto histórico no qual o preconceito se originou. Deve-se, portanto, avaliar os casos concretos de acordo com suas próprias peculiaridades (RODRIGUEZ, 2013).

Há que se destacar a importância da Constituição Federal de 1988, uma vez que, após a sua origem, o Direito foi colocado como protagonista em quaisquer estudos da sociedade brasileira. A Carta Magna previu ainda, questões referentes ao capitalismo, em virtude deste estar em seu auge global. As ações visando à igualdade, por suas vezes, foram, também, referenciadas (RODRIGUEZ, 2013). Percebe-se, dessa forma, como visto anteriormente, o antagonismo entre a riqueza e a pobreza, o qual permanece presente nos dias atuais, visto que, mesmo com a ascensão econômica mundial, houve a necessidade de criar políticas igualitárias para diminuir a discrepância social no País. Nesse sentido, cita-se Luiz Werneck Vianna (1999 *apud* RODRIGUEZ, 2013), que acredita que o Poder Judiciário se transformou em um instrumento de reivindicações populares, em consequência, principalmente, da inclusão da parcela marginalizada da população brasileira.

Vale destacar, ainda, os inúmeros casos polêmicos resolvidos a partir da mediação do Direito, como foi a ocorrência do impeachment do ex-presidente da República, Fernando Collor de Mello, e a greve dos petroleiros, ocorrida em 1994. Não obstante,

citam-se as condenações judiciais de grandes políticos brasileiros, a exemplo disso, tem-se a prisão do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, inclusive, em relação a este, há que se falar na garantia constitucional da presunção de inocência, a qual, após a rediscussão no Supremo Tribunal Federal (STF), teve um entendimento divergente ao seu texto constitucional (RODRIGUEZ, 2013). Em tempos atuais, a análise da atuação do Direito e seus órgãos reguladores na sociedade se torna um elemento de extrema relevância. Pondera-se, nesse contexto, o envolvimento da política no mundo jurídico e a possível insegurança que pode ocasionar. Afinal, qual o limite para que a política não afete as garantias constitucionais e até qual ponto a (in) justiça é exercida?

Embora o Direito e suas instituições estejam em vigência, ainda podem e devem ser criticados, uma vez que há a cobrança de suas efetivações. Nesse aspecto, tem-se "o abismo entre a lei e realidade" (RODRIGUEZ, 2013, p. 34), que se conceitua pela divergência entre o que está previsto no texto legal e o que se tem na vida real dos cidadãos. O direito à saúde é previsto na Constituição, mas, ele é, de fato, efetivado? É perceptível que, mesmo com a sua garantia em texto constitucional, a saúde pública do Brasil é precária.

No entanto, deve-se discernir os casos, por exemplo, o artigo 7º, inciso II, da Constituição Federal, o qual prevê o seguro-desemprego, não pode ser equiparado ao direito à educação, este previsto no artigo 6º, da Carta Magna, posto que no primeiro há a regulamentação específica para resolução de casos de tal natureza e o segundo depende de aspectos econômicos, políticos e sociais para sua efetivação (RODRIGUEZ, 2013).

Nesse seguimento, Rodriguez diz que solucionar impasses referentes à desigualdade social não se limita à "vontade política". Para ele, é um problema institucional (RODRIGUEZ, 2013, p. 37). A solução dos problemas de uma nação não se define apenas em uma entidade ou governante, tampouco surgirá a curto prazo. Um País corrupto desde o seu princípio, por exemplo, não abandonará suas origens ao aparar suas folhas contaminadas, uma vez que o ponto central da questão se encontra na raiz. Torna-se, portanto, um equívoco tratar as consequências e ignorar as suas causas.

4.1 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIRIGISMO

Diante o exposto, em virtude da necessidade de efetivação das políticas públicas para diminuição das desigualdades sociais, surge o termo "Constituição dirigente", a qual é definida como a carta normativa que estabelece as finalidades e caminhos a serem seguidos, tanto para o Estado quanto para a sociedade (BERCOVIC, 1999). Isto é, não basta, apenas, o estabelecimento das metas sociais. Necessita-se, também, dos meios eficientes para alcançá-las. É explícito, dessa maneira, apontar que o Estado não falha em elencar seus objetivos, no entanto, negligencia a efetivação destes.

Nesse sentido, cita-se que a Carta Magna deve ter o aspecto histórico como elemento primordial, uma vez que os objetivos devem seguir as circunstâncias da sociedade no momento de sua elaboração (BERCOVICI, 1999). Dessa forma, vale exemplificar que a Constituição de 1988 tem um forte aspecto democrático devido,

principalmente, à redemocratização após os anos de governos ditatoriais nos quais o País se encontrava.

Assim, afirma-se que a Constituição Federal de 1988 do Brasil tem o caráter dirigente, em virtude de ela estabelecer as finalidades e o planejamento para alcançar o desenvolvimento social e econômico do País. O jurista Paulo Bonavides acredita que, após a Constituição de 1988, o Estado teve seu objetivo alterado. Antes, dever-se-ia ter a preocupação em dispor dos direitos. Posteriormente, teve-se a responsabilidade de conceder os meios para a efetivação desses direitos (BONAVIDES, 1996 *apud* BERCOVICI, 1999). É possível, portanto, mencionar que a Constituição dirigente tem como objetivo diminuir o abismo entre a lei e a realidade, ou seja, a fim de que os direitos não se tornem apenas dispositivos, mas que sejam possíveis de serem usufruídos.

Destaca-se que a maior problemática da Constituição dirigente é consequência da mudança da realidade social, o que se permite entrar em um dilema, no qual há dúvida se tal alteração de realidade deve estar claramente expressa ou não na redação constitucional. Observa-se, portanto, um conflito entre Constituição dirigente e Constituição-garantia. A primeira, é tratada como a instituição de objetivos e os meios para alcançá-los, em que o Estado e a sociedade devem ser os atuantes, a partir das normas programáticas. Já a segunda, serve como "instrumento de governo", ou seja, preocupa-se com o procedimento de criação das normas a fim de que as tornem legítimas (BERCOVICI, 1999).

Ao adentrar a realidade atual do Brasil, percebe-se o risco evidente que seria ter apenas uma Constituição-garantia como a lei máxima do País, uma vez que ela atua, principalmente, em um plano formal. Em tempo de crise, inclusive, da democracia, há que se estabelecer as garantias e os devidos meios para alcançá-las, trazendo ao texto constitucional, portanto, o seu aspecto material.

4.1.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE INVERTIDA

A Constituição Dirigente, como visto anteriormente, traça o caminho, ou seja, estabelece os objetivos e para onde se quer seguir. Hoje, vive-se a Constituição Dirigente invertida (BERCOVICI, 2006), decorrente de um momento de desarticulação das ordens financeira e econômica. Essa Constituição trouxe pela primeira vez a ideia de inversão da lógica dirigente da Constituição, centralizando o direito financeiro na organização do capitalismo e postergando ao direito econômico e social as chamadas "sobras orçamentárias". Em síntese, ao invés da Constituição dirigir a atuação do Poder Legislativo, está acontecendo o oposto, visto que as finanças e o mercado estão começando a ficar acima da própria Constituição.

No contexto brasileiro, um exemplo claro dessa inversão de valores é a Emenda Constitucional de nº 95 (BRASIL, 2006), referente ao teto de gastos. O projeto dessa emenda foi desenvolvido em 2016 com o intuito de estabilizar a economia que passava por um déficit orçamentário decorrente do aumento dos gastos e diminuição da receita. Assim, a EC-95 estabelece que durante um período de 20 anos haverá uma limitação orçamentária para as despesas primárias, ou seja, aqueles concernentes

à saúde, educação, segurança, previdência, etc. Há muitas divergências quanto à integridade dessa emenda, mas no tocante à inversão constitucional de que se trata, esta é uma amostra de como se evidencia na prática essa Constituição. As questões financeiras se sobrepuseram aos princípios constitucionais que são a base para uma sociedade justa, digna e igualitária.

Segundo Bercovici e Massonetto, a constituição dirigente devido a suas políticas públicas e aos direitos sociais é corriqueiramente vista como desfavorável aos interesses do país, uma vez que, nas palavras dos autores, gera "instabilidade econômica, déficit público e "ingovernabilidade". Em contrapartida, a constituição dirigente invertida, por meio de suas políticas neoliberais de ajuste fiscal é considerada benéfica ao conferir ao país credibilidade perante o sistema financeiro internacional. Logo, a constituição dirigente invertida seria a autêntica constituição dirigente, que submete toda a política de Estado brasileira à tutela financeira do capital (BERCOVICI, 2006).

Destarte, no que tange ao contexto histórico em que se promoveu essa Constituição, se a ideia do constitucionalismo do século XX é justamente a de se buscar a "alteração da estrutura econômica existente"(BERCOVICI, 2005, p. 33), esta concentração e engrandecimento atribuídos ao orçamento e à Constituição Financeira é uma afronta e uma inversão a busca dos objetivos descritos na Constituição de 1988, os quais deveriam ser seguidos com afinco pelos legisladores.

4.2 CONCRETIZAÇÃO DA UTOPIA

Não há grandes flexibilizações no que concerne às espécies de interpretação do Direito. No entanto, ainda assim, existem as teorias interpretativas utópicas, as quais se relacionam aos métodos de criação da ordenação emblemática do povo. Há, nesse sentido, os princípios e discursos jurídicos que embasam as relações sociais, em que a justiça e a proteção jurídica são elementos essenciais. Assim, utopia tem grande valor ideológico, a qual transcende os métodos de interpretação da norma (WARAT, 1994).

De modo geral, Warat acredita que as espécies de interpretação jurídica, apesar de suas importâncias no âmbito do Direito, não afetam o sistema dominante a ponto de substituí-lo. Ainda acerca do assunto, o jurista explana que tais métodos de interpretação necessitam de diversos conhecimentos universais. De outro modo, entende-se que, a partir da iniciativa de ruptura com o conservadorismo jurídico, muitos dos direitos, os quais são negados à população, podem ser garantidos (WARAT, 1994).

Em outras palavras, a quebra com o conservadorismo jurídico é de extrema relevância, sobretudo, quando esta beneficia a inclusão social das parcelas marginalizadas do País. Isto é, o fato de estender e, por corolário, garantir os direitos fundamentais às minorias. A exemplo disso, tem-se a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, os quais foram estabelecidos, respectivamente, pela decisão do STF e pela resolução do CNJ. Houve, para isso, uma desconstrução de ideologias majoritárias que embasam o Poder Judiciário brasileiro. Ainda assim, há operadores do Direito que insistem em negar tais direitos a essas pessoas. Percebe-

-se, portanto, que, para garantir - ou tentar garantir - direitos a determinadas classes sociais, faz-se necessária a ruptura com esse conservadorismo.

Há de considerar, ainda, que, ao interpretar o Estado de Direito enquanto garantia ao cidadão, este, por sua vez, traz consigo a expectativa de possuir aquilo que não detém. Entretanto, a utopia, ante circunstâncias conflitantes, tem a tendência de extinguir a tentativa de instituir o sistema social democrático (WARAT, 1994).

Nesse sentido, para estabelecer a autonomia deste sistema social, necessita-se de "utopias eficientes", as quais devem intimar os marginalizados a requererem seus direitos, assim como despertar o sentimento de expectativa nestes, para que, assim, o fracasso não seja a chave à porta da desistência. Para Warat, tais utopias funcionam, em outras palavras, como provocação ao autoconhecimento do indivíduo, com a finalidade deste identificar as situações opressoras em que está submetido e, assim, lutar contra o sistema autoritário (WARAT, 1994).

Em quaisquer períodos de redemocratização, a luta e a resistência foram elementos essenciais para sua efetivação. Precisa-se, dessa forma, em tempos obscuros, despertar a consciência dos alienados, para que estes consigam refletir em qual lado estão - se é do lado opressor ou do oprimido - fazendo com que, assim, consigam reivindicar os seus direitos e garantias.

Destaca-se que a utopia perde sua eficiência, caso seja encarada como calmante, uma vez que, em tese, ter-se-ia uma Constituição "perfeita" (WARAT, 1994). Vale ressaltar, portanto, que para as mudanças sociais se efetuarem com sucesso, há que se mudar tanto o pensamento individual quanto o que é pensado sobre a sociedade. As normas não podem ser criadas "de cima para baixo", como forma de imposição forçada, sem qualquer análise do que a sociedade pensa. Torna-se, portanto, necessária a percepção crítica de cada cidadão, uma vez que a mudança tem de nascer em seu interior para que floresça ao exterior, possibilitando, assim, que a sociedade "colha bons frutos".

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade brasileira é, sem dúvida, repleta de contradições, a manutenção de privilégios e conservação de desigualdades fazem-se presentes e são alimentadas pela desinformação, superficialidade de discursos e a falta de resgate histórico. A Constituição Brasileira de 1988 veio como símbolo da redemocratização do País, depois de violentos anos de ditadura civil militar. A carta magna representou a esperança, depositada cegamente em seus artigos.

Embora a elaboração de um texto constitucional tão progressista seja deveras relevante, a confiança exclusiva em sua redação não se revela suficiente para mudar a realidade social. Tem-se, portanto, que, apesar das garantias previstas na constituição, a efetivação de muitas delas não é observada ainda hoje. A utopia criada necessita ser concretizada, e, para tanto, é imprescindível que a democracia, mais do que nunca, seja conservada a fim de que reivindicações populares e críticas de representação ao governo possam ser realizadas.

O espaço de discussão da democracia é o verdadeiro instrumento de auxílio na construção de uma sociedade reflexa das determinações presentes na Constituição de 1988. Produções científicas como esta, propõem-se à formação de um senso crítico conciso na população, uma vez que, somente por meio do olhar para o passado e da análise do presente, é possível colocar em prática o futuro já planejado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *O que é política?* 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2018. 280 p.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas,* Coimbra, p.57-77. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo. *Boletim de Ciências Económicas,* Coimbra, p.737-754. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa,* Brasília, v. 142, n. 36, p.35-52, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política:* uma relação difícil. Lua Nova [online]. 2004, n.61, pp.5-24.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento.* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 190 p.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Impactum Coimbra University Press,* Coimbra, p.57-77, 2006. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (2016). 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. Brasília, DF.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

FUTURA, Canal. *Os 30 anos da Constituição Cidadã* - Debate. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mlOHS2cugao>. Acesso em: 25 ago. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Roberto. *Novo curso de direito civil:* parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* 1933. Disponível em: <http://biblio-

tecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MORAES, Ricardo Quartim de. *A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.* Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014.

NACIONAL, Congresso. *30 anos da constituição da cidadania.* 2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/*internet*/agencia/infograficos-html5/constituinte/index.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente.* Dados (Rio de Janeiro. Impresso), Rio de Janeiro, v. 37, n.2, p. 253 - 275, 1994; Meio de divulgação: Impresso; ISSN/ISBN: 00115258

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Existe direito no Brasil? a cabrocha e o magistrado.* In. Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de janeiro: Editora FGV, 2013.

SOUZA, Jessé. *Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro.* Rio de Janeiro: Leya, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1309 p.

VASCONCELLOS, Marco Antônio S.; GARCIA, Manuel E. *Fundamentos de Economia.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I:* interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre, RS: Sergio Antônio Fabris, 1994.Capítulo 2. Utopias, conceitos e cumplicidades na interpretação da lei. p.19-29.

TRADICIONALISMO E (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ENTRE O FORMALISMO E A RUPTURA EMANCIPADORA DO UNIVERSALISMO ABSTRATO

TRADITIONALISM AND (RE)INVENTION OF HUMAN RIGHTS: BETWEEN THE FORMALISM AND THE EMANCIPATING RUPTURE OF ABSTRACT UNIVERSALISM

Evaristo Tomasoni Neto*

Resumo: O presente artigo busca verificar a possibilidade de se (re)inventar os direitos humanos a partir da teoria pluralista, afastando-se de padrões universais e abstratos. Para isso, visa questionar a correlação entre o tradicionalismo e a noção de direitos humanos no contexto social moderno, construindo a partir do pluralismo jurídico teorizado por Antonio Carlos Wolkmer – que se revela como modelo contra-hegemônico do monismo jurídico – uma epistemologia crítica, com fito a dar suporte a (re)invenção dos direitos humanos proposta por Joaquin Herrera Flores. Negando o universalismo abstrato e o formalismo na formatação dos direitos, descortina-se uma real ruptura com o pensamento tradicional e forma-se um pensamento voltado a racionalidade de luta e aos contextos que se inserem determinados processos para consecução de direitos. Por meio do método hipotético dedutivo, o artigo apresenta o pluralismo jurídico e sua crítica à centralização do direito, bem como a redefinição de direitos humanos a partir de uma teoria crítica, apontando as linhas de convergência entre as duas teorizações apresentadas. Pretende-se, após toda discussão, verificar se é possível se buscar um modelo que consiga fugir do tradicionalismo teórico e caracterize esses direitos como a consolidação de espaços de luta, e por conseguinte, consiga dar real efetividade aos direitos humanos enquanto exercício da dignidade humana.

Palavras-chave: Teoria crítica. Direitos humanos. Pluralismo jurídico. Dignidade da pessoa humana.

.

Abstract: *This article seeks to question the correlation between traditionalism and the notion of human rights in the modern social context, building on the legal pluralism theorized by Antonio Carlos Wolkmer - which reveals itself as a counter hegemonic model of legal monism - a critical epistemology, with the aim to support the (re) invention of human rights proposed by Joaquin Herrera Flores. Denying abstract universalism and formalism in the formatting of rights, showing a real rupture with traditional thinking*

*Graduando em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná. Estagiário na Defensoria Pública do Estado do Paraná. E-mail: neto.tms@gmail.com.
Orientador: João Paulo Derbli Marcowicz. Graduado em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná.

and forming a thought focused on the rationality of struggle and contexts which certain processes for achieving rights are inserted. Using the hypothetical deductive method, the article presents legal pluralism and its critique of the centralization of law, as well as the redefinition of human rights based on a critical theory, pointing out the lines of convergence between the two presented theories. The work seeks to arrive at a model that manages to escape from theoretical traditionalism and characterizes these rights as the consolidation of spaces for fight, and therefore, manages to give real effectiveness to human rights as an exercise of human dignity.

Keywords: *Critical theory. Human rights. Legal pluralism. Human dignity.*

1. INTRODUÇÃO

O direito é fruto das diversas evoluções sociais, políticas, culturais e econômicas que se estabelecem em determinados contextos históricos e visa a regulação das relações intersubjetivas que se desdobram em cada sociedade. Inúmeros autores tentam dar explicações para as diversas relações travadas diariamente e a produção do direito se consolida ao passo que essas evoluções são cotidianamente resolvidas dentro do aparato social.

Tais embates demandam soluções adequadas e é nessa realidade que surge o Estado como regulador desses entraves, e consequentemente é quem oferece o resultado das demandas pretendidas pelos agentes, determinando um protagonismo do ente público na resolução de conflitos e na produção do direito.

Com isso, percebe-se que a presença estatal em cada período da humanidade tem importante papel na conjectura de um processo de dominação e no modo com que é aplicado e interpretado o direito, bem como possibilita uma análise das relações entre Estado e sujeitos e as formas de criação jurídica que se estabeleciam (e se estabelecem) entre esses atores.

Entretanto, vê-se que tais exercícios resultam em padrões excessivamente formalistas e que pretendem ser caracterizados como universais e aplicáveis de maneira similar nos diversos contextos sociais ao redor do mundo, ainda que cada seio social possua características e peculiaridades próprias.

Assim, o presente trabalho busca verificar se é possível, a partir da teoria pluralista propostas por Antonio Carlos Wolkmer, (re)inventar os direitos humanos de modo a afastar-se destes padrões universais, formais e abstratos. Para isso, utilizando-se do método hipotético dedutivo e revisões bibliográficas, alia-se a teorização de Wolkmer às concepções propostas por Joaquin Herrera Flores em sua teoria crítica, visando essa ruptura emancipadora do tradicionalismo que predomina hodiernamente.

Em um primeiro momento, o trabalho busca caracterizar a centralização das fontes do direito, onde o Estado monopoliza essa criação em um modelo monista, que se traduz hodiernamente como instrumento de satisfação de determinadas classes.

Na segunda parte, apresenta-se a teorização de Herrera Flores como forma de superação do universalismo abstrato, propondo por meio de elementos críticos uma (re)invenção na maneira de se pensar os direitos humanos. Compreende-se também a ausência de neutralidade da teoria tradicional, apontando um ponto de partida para a construção de uma teoria crítica, de caráter emancipador e comprometida com os indivíduos e coletividades marginalizadas.

Por fim, a terceira parte do trabalho busca correlacionar as duas teorias, elencando seus principais pontos de convergências e suas interdependências, implicando em um modelo de (re)pensar a partir de uma visão mais ampla e crítica do direito, visando o contexto de luta de determinados povos e suas peculiaridades. Tem-se nessa relação a intenção de desmistificação da teoria tradicional enquanto pretensamente adequada para as tratativas dos direitos na contemporaneidade, instigando uma autocrítica e abrindo horizontes para um novo pensar descolado dos padrões universais e formais suscitados.

2. O PLURALISMO JURÍDICO E A CENTRALIZAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

A partir do século XVII, iniciou-se um processo de solidificação de uma cultura dominante na sociedade ocidental - notadamente na seara concernente às disposições normativas - denominado monismo jurídico, fruto das evoluções sociais e científicas, bem como das adaptações estruturais sofridas à época, que culminou em um modelo que reflete até hoje na aplicação e interpretação do direito ao redor do mundo inteiro.

Com o implemento do Estado liberal/burguês, tem-se o afastamento da ideia da titularidade do poder nas mãos do soberano – tal como no absolutismo – para a concepção de que o detentor desse poder deve ser o povo, que manifesta a vontade popular direta e indiretamente nas disposições legais.

Após as revoluções liberais do século XVIII reforçou-se mais ainda esse pensamento, trazendo à tona a noção de que o desejo da população estaria garantido pelo primado da lei em relação ao arbítrio do seu governante (HESPANHA, 2010, p. 139). Construiu-se, portanto, uma conceituação de soberania inserida dentro de uma teoria do direito que identifica um Estado soberano como aquele que produz uma ordem jurídica autônoma e unificada, seguindo seu próprio processo de criação normativa.

É dentro desse cenário em que as grandes codificações, tal como o Código Napoleônico, foram promulgadas, sofrendo uma influência muito forte da escola exegética, que defendia a lei positivada como fonte única das decisões jurídicas, sendo estas o resultado entre a concatenação lógica entre uma premissa maior abstrata, a lei e o fato concreto (DINIZ, 2003, p. 50). Tais ideações e fundamentos formam a cultura monista do direito, ou seja, com base na suposta vontade popular, o Estado é caracterizado como único legitimado a ditar as leis e disposições dentro do ordenamento jurídico, tendo por consequência lógica a ideia de que qualquer manifestação normativa ou legal que não seja praticada pelo ente estatal não ocupa *status* de lei, e portanto, não teria qualquer vinculação ou obrigatoriedade.

Nessa tentativa de escapar dos arbítrios do poder soberano, o ideal burguês transfigura o papel da lei como mero regulador das práticas sociais para construir essas disposições normativas como limitador do poder do governante, ao passo em que se traduz como expressão da vontade popular, devendo sua aplicação se pautar em um exercício silogístico por parte do intérprete.

Essa nova cultura jurídica, inserida no projeto da modernidade, tem um objetivo claro: satisfazer os anseios da classe burguesa. Como leciona Dalaneze, "utiliza-se desses novos conhecimentos e tecnologias para incrementar ainda mais a produção, circulação de mercadorias e acumulação de riqueza" (DALANEZE, 2010, p. 67). A partir dessa inserção de um novo pensar, a razão científica toma o controle da história, colonizando as formas de saberes, instituindo uma cultura eurocêntrica em suas práticas, que retira as pulsões naturais advindas das manifestações sociais (LIXA, 2010, p. 125).

Com o enfraquecimento das estruturas estatais, aliado à decadência das práticas jurídicas tradicionais, evidencia-se a falta de efetividade de um modelo ultrapassado que não consegue responder à pluralidade de questões e conflitos na sociedade moderna. Juntando a isso, o crescimento dos bolsões de miséria e das desigualdades sociais, bem como a relação colonizadora entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, nos indica a real necessidade em se encontrar alternativas ao modelo monista, com novos mecanismos que consigam se adaptar a novas realidades e práticas cotidianas.

Nesse cenário estrutura-se o pluralismo jurídico, traduzido como modelo contra-hegemônico, mobilizando uma relação concreta e direta entre os novos sujeitos sociais e o poder institucional, onde radicaliza-se um processo comunitário participativo, com mecanismo plurais e democráticos de afirmação do direito, onde a alteridade é ponto central de desenvolvimento (WOLKMER, 2001). Esse modelo, nas palavras de Wolkmer, é entendido do seguinte modo:

> Sendo assim, há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidos por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, 2003, p. 82).

Vê-se, portanto, que as bases do pluralismo se assentam na quebra do monopólio estatal como fonte do direito, de modo a descentralizar a criação jurídica para além das práticas burocráticas e monopolizadas pelas mãos do detentores do capital, notadamente no seu viés político, levando em conta as práticas cotidianas sociais e seus desdobramentos.

Nesta linha de intelecção, Wolkmer ensina que a partir dos novos movimentos sociais, buscando-se uma nova lógica para compreender o fenômeno jurídico, os "sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estrato sociais e integrantes de uma prática política cotidiana objetivando a realização de necessidades humanas

fundamentais" (WOLKMER, 2001, p. 12) conseguem afastar a burocracia, a formalidade e centralização estatal inerente ao se produzir o direito.

Com isto, novos horizontes se abrem, visando um olhar para os 'esquecidos' e 'marginalizados', sujeitos estes que formam uma coletividade em busca da dignidade humana deixada de lado pela evolução social e avanços do capital, se revelando como uma forma emancipadora de se entender o fenômeno da juridicidade e suas práticas tradicionalistas.

O autor traz em suas obras cinco pontos de efetividade para a construção de um modelo denominado pluralismo comunitário-participativo, listados conforme os ensinamentos de David Sánchez Rubio como "o reconhecimento de novos sujeitos de juridicidade, "a identificação de um sistema de necessidades", a "reorganização política do espaço público", a "identificação de uma ética concreta de alteridade"; e a "racionalidade enquanto necessidade e emancipação" (RUBIO, 2010, p 50).

Na mesma linha, deve-se levar em conta primordialmente a coletividade para se chegar em uma prática com um ideal de alteridade que reconheça a existência de sujeitos que são afastados das práticas pelo monismo, como leciona LIXA:

> [...] os novos sujeitos coletivos de direito – atuantes e autodeterminados – que emergem no cenário político brasileiro na década de 1970 carregam uma pluralidade de identidades e necessidades fundamentais – desde as materiais e sociais à culturais – negadas pela lógica monista que apenas podem ser contempladas numa perspectiva política democrática, descentralizada e participativa. Uma prática que admite a pluralidade parte do pressuposto pedagógico e ético da alteridade, reconhecimento da existência de sujeitos negados que possa romper com práticas jurídicas formalistas tecnicistas justificadas por pressupostos idealistas e metafísicos, absolutamente desvinculados dos reais interesses e necessidades humanas (LIXA, 2010, p. 134).

Dentro de uma multiculturalidade de interações das formas de vida, novas estratégias se revelam, desdobrando uma nova participação:

> empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação vinculadas à participação consciente e ativa de novos sujeitos sociais. É ver em cada identidade humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária e emancipadora, abrindo mão do imobilismo passivo liberal e do beneficiamento individualista comprometido (WOLKMER, 2000, p. 97).

Logo, a partir dessa ideia, situa-se o sujeito a partir do conceito histórico-cultural em que ele se encontra e também às lutas e resistências. Tal entendimento consolida a verificação dos novos sujeitos coletivos enquanto protagonistas da produção e consecução do direito.

3. A (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA TEORIA CRÍTICA COMO SUPERAÇÃO DO UNIVERSALISMO

Joaquin Herrera Flores, em seus estudos, busca propor uma contestação ao tradicionalismo teórico, que baseado na concepção de um universalismo abstrato e pertinência inata dos direitos à pessoa humana simplesmente pelo fato de ter nascido como tal, nega todos os contextos econômicos, sociais, políticos, históricos e culturais dos direitos humanos, camuflando o seu caráter ideológico e reducionista, que os limita a normas jurídicas formalmente escritas, imobilizando, portanto, a luta para a sua consecução, como se esta fosse um processo histórico pronto e acabado (HERRERA FLORES, 2009).

Torna-se, portanto, imprescindível para a compreensão das teorizações aqui explanadas, a contextualização dos direitos humanos no marco de relações as quais os sujeitos estão inseridos, asseverando a noção da importância da coletividade para tais questionamentos.

Herrera Flores (2009b, p. 143) preconiza, por exemplo, acerca da aparente dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais, entre a metáfora das gerações de direitos e a descrição das gerações de problemas/paradoxos entre direitos e deveres humanos. A visão tradicional rememorada até hoje se dá pelo fato de nos acostumarmos em tratar da matéria a partir de uma abordagem pensada e elaborada nos séculos XVII e XVIII, sem trazer à tona as implicações decorrentes dos períodos modernos nas relações intersubjetivas.

Partindo dessa noção, para se chegar em uma (re)invenção dos direitos humanos, Herrera Flores leciona que a luta pelos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica. Desconstruir a noção de universalismo presente na teoria tradicional é essencial para a busca de um novo entendimento, visto tal generalização abstrata ter como pressuposto a uniformidade de valores, onde todos os indivíduos compartilhariam da mesma forma de ver o mundo e por meio dos meios processos de luta buscariam a dignidade em suas vidas (HERRERA FLORES, 2009).

Nesta linha, desde os sujeitos que integram uma comunidade indígena na Bolívia até os moradores de um bairro nobre de São Paulo, teriam as mesmas noções acerca de determinado direito e inclusive se autodeterminariam do mesmo modo para a efetivação deste direito, o que na realidade prática se mostra completamente incoerente.

Soma-se a isto a defesa do inatismo dos direitos à pessoa humana, simplesmente pelo fato de ser humano, que desfigura completamente o seu caráter emancipador, gerando uma "lista" pronta e acabada de garantias no momento do nascimento do indivíduo. Sobre o tema, Leilane Serratine Grubba preconiza:

> [...] trata-se de um problema de contexto, que afirma que todos têm direitos essencialmente por terem nascido humano. Contudo, a realidade normativa nem sempre coincide com a realidade

> empírica. Quando os direitos humanos não serem reconhecidos pelas práxis cotidiana em diferentes culturas, esse se torna tão somente, um nome no vazio, reificado, o qual institucionaliza uma mentira existencial (GRUBBA, 2015, p. 46).

É neste sentido que a (re)invenção caminha, diante da necessidade de se reconhecer as relações e práticas sociais, a historicidade, as instituições, o espaço, o desenvolvimento, os valores, as forças produtivas, bem como as demais características e circunstancias que compõem o grupo ou comunidade na qual os direitos humanos estão inseridos, sempre situando-os dentro do seu contexto (HERRERA FLORES, 2009), afastando assim o universalismo abstrato, que tem como escopo a generalização dos direitos a partir de valores e práticas dominantes em determinado seio social.

Ainda, para o autor, faz-se necessária uma crítica sobre o modo como esses direitos são identificados dentro da coletividade, rechaçando o reconhecimento destes simplesmente com as normas jurídicas documentadas, e entendendo-os como consequência das lutas travadas para a obtenção dos bens necessários à vida, sendo, portanto, mais que "direito propriamente dito", para se enquadrar como processos; ou seja, caracterizados como o resultado de lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida (HERRERA FLORES, 2009).

Portanto, não se pode interpretar o ideário dos direitos humanos a partir de uma noção de cunho formalista/positivista. Esses direitos são frutos das lutas de determinados grupos oprimidos para consecução da dignidade humana, por meio de métodos próprios de busca e realização, nos diferentes contextos em que estão inseridos.

Seria leviano afirmar que uma norma, que tem como base a "essência humana" apenas, teria o condão de legitimar e dar existência a toda noção de direitos humanos existentes, devendo-se, portanto, fazer uma análise das ações cotidianas e consequentemente as lutas que esses grupos travam em seu meio.

Dimana disso que a promulgação de determinada lei em um documento positivado dentro do ordenamento não pode ser entendida como marco final da consecução do direito. É necessário que ocorram intervenções diretas pelos destinatários das garantias positivadas em um constante processo de construção e reconstrução, onde se busque criar uma racionalidade de resistência que possa traduzir e consolidar as lutas por esses espaços de conquista da dignidade humana.

Deve-se ter em mente que não se pode rechaçar as conquistas normativas advindas dos avanços sociais e políticos, mas apenas desmistificar a identificação destas como a única expressão dos direitos humanos.

Contudo, esse cenário desenhado pelo formalismo desemboca na falsa neutralidade ideológica que a teoria tradicional diz ter.

O modo de se pensar os direitos humanos, dentro do modelo tradicional, tem

suas raízes nas Declarações de Direitos do século XVIII, resultados das revoluções ocorrida à época, e contém um forte ideário liberal e individual, que a partir de uma investigação da natureza por meio da razão, são proclamados valores universais de "liberdade, igualdade e fraternidade".

Tal formação, fundamentada no tecnicismo, resulta em uma epistemologia que tem como corolário o fetichismo pelas documentações normativas, bem como a criação de uma dogmática de aplicação rígida, onde os valores individuais de liberdade se sobressaem aos valores coletivos, fundamentada na ideia de que a razão de mercado e a propriedade privada são a base na instrumentalização desses direitos (HERRERA FLORES, 2005b).

O reflexo desse pensamento tradicionalista é constatado na própria maneira de se ensinar o direito, inclusive nos dias de hoje. A divisão doutrinária dos direitos humanos em gerações (ou dimensões, segundo alguns autores) demonstra esse aspecto hierarquizado e universalista, onde deixa-se de lado a vinculação e concomitância desses direitos uns aos outros, criando um escalonamento que impacta diretamente na maneira de se aplicar e interpretar o ordenamento jurídico.

Essa teoria geracional, tendo como origem o jurista Karel Vasak, segundo George Marmelstein (2008, p. 42)

> [...] baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre "as gerações – evolução – dos direitos fundamentais", da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A mentalidade liberal enraizada nestas categorias de direito é duramente criticada por Herrera Flores, que leciona:

> Como la racionalidade liberal dominante supone, por um lado, desconocimento y desorientación general en los de abajo: y, por outro, um esfuerzo político e ideológico por construir percepciones ideológicas adecuadas a los interesses del poder em los de arriba (HERRERA FLORES, 2005a, p. 12).

O pensador espanhol analisa, portanto, os direitos humanos, partindo da noção de que estes direitos são fenômenos presentes no cotidiano das diversas comunidades, onde por meio das lutas de determinados grupos, inseridos em um contexto local (e não universal), afasta-se a ideia da essencialidade humana como formatador, bem como rechaça-se a interpretação da documentação normativa como o fim da consecução do direito.

Em sentido semelhante Habermas, questionando o ideal dos direitos humanos pautados em critérios exclusivamente jurídicos, visto que tais direitos necessitariam de fundamentações para além do mero tecnicismo do direito

> Os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e a democracia. Contudo, não está suficientemente claro como esses dois princípios se comportam reciprocamente (HABERMAS, 1997, p. 127).

A partir disso, compreendendo também a ausência de neutralidade da teoria tradicional, tem-se o ponto de partida para a construção de uma teoria crítica, de caráter emancipador e comprometida com os coletivos marginalizados e com os indivíduos enquanto seres alocados em determinados contextos e possuidores de diferenças que os qualificam enquanto sujeitos de direito.

4. UM PARALELO ENTRE O PLURALISMO JURÍDICO E A (RE)INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A partir da identificação de três pontos de convergência entre as teorias, onde tais traços conversam e se complementam, forma-se um modelo epistemológico apto a alcançar a real efetivação dos direitos humanos, ou no mínimo dar maior efetividade às práticas convencionais aqui descritas.

O primeiro ponto seria o reconhecimento de sujeitos esquecidos pela teoria tradicional que, na construção de uma coletividade, lutam de maneira direta para que seja alcançada e efetivada a dignidade da pessoa humana. Wolkmer afirma inclusive que um dos pontos de construção do modelo pluralista se baseia no reconhecimento hermenêutico dos novos sujeitos coletivos.

Logo, aliando as conceituações de Herrera Flores, pode se afirmar que para a formação de uma epistemologia emancipadora e pluralista que busque uma real efetividade alheia do modelo tradicional deve se colocar estes sujeitos como a base do modelo de pensamento, como se vê nas palavras do autor:

> Quando um grupo determinado de pessoas ou um movimento social alternativo que encaminha a ação deles em uma direção diferente à imposta pela ordem hegemônica alcançam essa posição de força que lhes permite falar em sua própria linguagem,

> estamos nos aproximando de algo muito importante para uma teoria crítica dos direitos humanos: o empoderamento do cidadão. De tudo isso, deduz-se a necessidade de complementar a adoção dessa "forma de falar" politicamente correta com um tipo de "ações políticas, sociais e culturais incorretas", quer dizer, não susceptíveis de serem absorvidas pelos leviatãs do momento, seja o Estado, sejam as grandes corporações transnacionais (HERRERA FLORES, 2009, p. 43).

Interligar e analisar o sujeito (e o meio que está inserido) com o ideal de dignidade da pessoa humana se mostra como uma dimensão intersubjetiva da dignidade, que dá ênfase à situação básica do ser humano enquanto pertencente à coletividade, em contraponto ao modelo tradicional que "insiste em limitar o indivíduo como mero ser singular e individualizado" (PÉREZ LUÑO, 1995, p 318).

Neste passo, a inserção do sujeito em determinada comunidade é de suma importância para a compreensão do contexto de luta e efetivação de direitos, inclusive na real busca pela dignidade da pessoa humana contida na Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> [..] cada pessoa tem de ser compreendida em relação com as demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade com a referência à mesma dignidade social que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13, nº 1, e 59, nº 1, alínea b), decorrente da inserção numa comunidade determinada (MIRANDA, 2000, p. 189).

No segundo ponto, evidenciam-se elementos que se identificam com as concepções modernas inseridas no pensamento monista, inserindo na discussão sobre este modelo a crítica ao legalismo e à racionalidade liberal do fenômeno jurídico. Disto, aparece o pluralismo como teoria contra-hegemônica, onde a pretensa racionalidade e o formalismo são deixados de lado para que entre em cena o reconhecimento de novos meios – para além dos formais – de produção jurídica e surja uma nova racionalidade que não seja pautada em critérios estritamente técnicos.

Nesta senda, a teoria de Herrera Flores se desdobra no sentido de enxergar os direitos humanos a partir dos processos de luta para sua efetivação, que cotidianamente se inserem em um contexto que tenta transparecer suas verdadeiras necessidades e visões sobre tais direitos, que são esquecidos e muitas vezes reprimidos pela visão tradicional.

Nesse tradicionalismo apoiado em uma fórmula supostamente neutra, os documentos formais passam a monopolizar o dizer dos direitos humanos, que deveriam ser constituídos não como um conjunto de disposições formais, mas como normas que a nível nacional e internacional, se asseguram como parte da tendência humana em construir e assegurar suas condições políticas, sociais, culturais e econômicas,

com o propósito na busca da dignidade, possibilitando a revelação da potência e capacidade de atuação subjetiva, que é o que nos caracteriza enquanto humanos (HERERRA FLORES, 2010).

Por fim, o terceiro ponto de convergência entre as teorias se identifica com o modo plural nas quais as práticas jurídicas e os valores devem ser assentados, repudiando o universalismo abstrato e tendo como ponto de visão o 'marginalizado' e o 'diferente'. Ao tratar dos pontos de efetividade, Wolkmer suscita a reorganização política do espaço público, bem como trata acerca da identificação de uma ética concreta de alteridade.

É na tomada de força da comunidade, onde exigências e interações em torno de uma política descentralizada fundadas em participação de base, controle comunitário, sistemas de conselhos e poder local, aparece uma nova forma de se fazer política que institua uma cidadania coletiva, uma cidadania que nasce com a participação de diversos setores da sociedade nas tomadas de decisões (WOLKMER, 2001).

Tal participação se daria a partir de uma ética concreta de alteridade que além de revelar as expressões dos valores e condições histórico-materiais dos povos periféricas, romperia com os formalismos técnicos e abstracionismos metafísicos advindos de uma lógica tradicionalista (WOLKMER, 2001).

Para além da subsunção a engenharias ontológicas e juízos apriorísticos universais, essa ética de alteridade aplicada a situações cotidianas e reais traduziria concepções valorativas advindas dos contextos de lutas, conflitos, necessidades e interesses individuais e coletivos, insurgidos em permanentes afirmações e combate. Logo, deixa-se de lado a contemplação por princípios racionais universalizantes para se priorizar práticas culturais de uma dada historicidade particular (WOLKMER, 2001).

Assentado em conceitos e práticas que visem conquistar maior quantidade de espaços sociais de democracia, Herrera Flores baseia sua teoria onde indivíduos e grupos encontrem possibilidade de formação e tomada de consciência (HERRERA FLORES, 2009b). Nesta perspectiva, faz-se o paralelo entre o que o doutrinador denomina universalismo a *posteriori,* asseverando que

> [...] os direitos não são algo prévio a construção de condições sociais, econômicas, políticas e culturais que propiciam o desenvolvimento das capacidades humanas e sua apropriação e desdobramentos nos contextos em que se situem. A relação entre os direitos humanos e esse conjunto de condições é estreita. Por isso, a partir da riqueza humana, rechaça-se qualquer universalismo "a priori" que imponha critérios como se fossem padrão-ouro da ideia da humanidade. O único universalismo que podemos defender desta posição é um universalismo a posteriori, um universalismo de chegada, que todas as culturas possam oferecer suas opções e as discutir em um plano não de mera simetria, mas de igualdade (HERRERA FLORES, 2009, p. 23).

Ainda, segundo o jurista André de Carvalho Ramos (2005) atesta-se a problemática ao confrontar o discurso e a prática dos direitos humanos e as conveniências e interesses de países capitalistas – e suas consequências enquanto colonizadores em determinados períodos:

> [...] observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemômicos. Um discurso genérico e sedutor sobre direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, que foram avaliadas com revoltante duplicidade de critérios. Escrevendo em 1981 sobre a manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação social, Richard Falk identifica uma 'política de indivisibilidade' e uma 'política de supervisibilidade', Como exemplo da política de indivisibilidade menciona Falk a ocultação total pela mídia das notícias sobre o trágico genocídio do povo Maubere em Timor Leste (que ceifou mais de 300 mil vidas) (...). A verdade é que o mesmo pode dizer-se dos países da União Europeia, sendo o exemplo mais gritante justamente o silêncio mantido sobre o genocídio do povo Maubere, escondido dos europeus durante uma década, assim facilitando o contínuo e próspero comércio com a Indonésia (RAMOS, 2005, p. 186-187).

Ainda que discurso e prática acerca dos direitos humanos se interliguem de certo modo quando da aplicação e interpretação do direito, o que se vê in loco é uma real discrepância entre a situação cotidiana vivida pelas comunidades periféricas, por exemplo, e a consecução por direitos e a expressão da dignidade da pessoa humana.

Isto nos leva a criticar o modelo com que os aplicadores e intérpretes enxergam os direitos humanos a partir de uma visão universal e teoricamente aplicável para todas as situações que demandarem do auxílio jurisdicional, o que reforça as reflexões trazidas, e as consequentes críticas acerca desse tradicionalismo teórico e do universalismo abstrato pretendido.

Para Costas Douzinas (2009, p. 13), os direitos humanos estão perdendo seu fim, pois não mais se mostram como uma prática "contra dominação e opressão públicas e privadas para se transformar em instrumentos de política externa das grandes potências do momento, a 'ética' de uma missão 'civilizatória' contemporânea que espalha o capitalismo e a democracia".

A partir das concepções multiculturais, que relacionem-se diretamente com as lutas cotidianas, é que se pode verificar as incompletudes existentes, e por conseguinte, afastar-se de um universalismo camuflado por caracteres imperialistas, e caminhe no sentido de se buscar o diálogo intercultural que confirme os diferentes princípios, valores e manifestações dos sujeitos em cada contexto, como ensina Boaventura de Sousa Santos:

> A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois se cada cultura fosse tão completa quando se julga, existiria apenas uma só cultura. A ideia de completude está na origem de um excesso de sentido de que parecem sofrer todas as culturas e é por isso que a incompletude é mais facilmente perceptível ao exterior, a partir da perspectiva de outra cultura. Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos (SANTOS, 2003, p. 442).

Vê-se, portanto, que os pontos de convergências apontados, implicam em um modelo de pensar a partir de uma visão mais ampla do direito, visando o contexto de luta de determinados povos, bem como dando espaço aos marginalizados, para que se percebam e reconheçam a ética concreta de alteridade inserta nesse modelo de pensamento.

Tem-se, portanto, o escopo de se desmistificar o senso tradicionalista de análise dos direitos humanos a partir de um aspecto crítico que consiga evidenciar as lutas por direitos e as diversas expressões da dignidade da pessoa humana, fugindo do mero formalismo e fetiche pelas documentações que não expressam na prática a real situação dos povos e as lutas cotidianas elencadas em prol da dignidade da pessoa humana.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os paralelos traçados entre as teorias de Herrera Flores e Wolkmer, percebe-se as similitudes na forma de pensar o fenômeno jurídico, bem como a tentativa de se repensar de maneira crítica o formalismo técnico e tradicionalismo teórico que o direito enquanto centralizado é aplicado e interpretado hodiernamente.

Com os estudos dos dois pensadores, foge-se dos padrões teóricos baseados na cientificidade mecânica, buscando critérios que se pautem na realidade concreta e cotidiana, bem como foca nos atores sociais que compõem cada coletividade, abandonando o legalismo positivista que marginaliza determinados sujeitos durante a histórica e afasta a concretude do ordenamento em diversas comunidades.

Ademais, propõe-se uma ruptura que caracteriza o direito enquanto dinâmico e vivo, visando um diálogo contínuo e preocupado com as exigências reais de uma práxis social, sempre levando em conta as diversas peculiaridades e dissonâncias de cada contexto analisado.

Com fito na busca da real efetividade dos direitos humanos, o caminho necessário se baseia na desconstrução das teorias tradicionais e no (re)inventar do pensamento, construindo formas de se pensar "*desde abajo*", que se traduzam no desapego aos moldes "iluminados" de viés eurocêntrico e colonizador. Nesse contexto, as duas teorias apresentadas refletem a preocupação com essa ruptura, tornando-se uma poderosa arma na construção de uma sociedade mais igualitária e armada contra a tirania do capital.

A reinvenção dos direitos surge como uma alternativa contextualizada, que busca filosoficamente e politicamente as bases de compreensão da desigual distribuição hierárquica dos direitos humanos, sempre com um viés crítico, e tenta traçar a consecução desses direitos com a satisfação material de bens aptos a promover uma vida digna aos sujeitos de determinada coletividade.

Ainda, tenta desmistificar a caracterização dos direitos humanos pautada em uma hierarquia essencial e estática de valores concebidos previamente, que transpassa uma aparência de naturalidade e imutabilidade, para que possamos compreender estes direitos como a própria vida e luta cotidiana buscando a dignidade.

Nesta senda, ao compreender que os direitos humanos não possuem uma definição conclusiva ou delimitadora, e sim, que devem ser compreendidos enquanto processos que possibilitem uma abertura e diálogos, e levem em conta as diferenças de cada contexto, e se consolidem na luta de cada coletividade pela dignidade da pessoa humana, de modo impuro e híbrido, ou seja, no cotidiano social de cada seio social.

Com isso, no momento em que se revela o real significado das lutas pela consecução do direito enquanto pertencentes a cada comunidade, com suas identidades e peculiaridades não universais, é possível exercitar o (re)pensar crítico dos direitos humanos que se afaste das proposições tradicionalistas e formalistas pautadas na marginalização de sujeitos e satisfação básica de anseios dos detentores do capital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALANEZE, Sérgio. *Contribuição do Pluralismo no debate das ideias jurídicas.* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos.* São Leopoldo: Unisinos, 2009. 418 p.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à ciência do direito.* 15º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRUBBA, Leilane Serratine; AQUINO, Sérgio Fernandes de. Direitos humanos: o problema do contexto. *Revista Eletrônica Direito e Política,* Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos.* Florianopolis: Fundação Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Las lagunas de la ideologia liberal: el caso de la constitucíon europea.* Revista braileira de Direito Constitucional: São Paulo: 2005a.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como produtos culturais. Critica del humanismo abstracto.* Madrid: Catarata, 2005b.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Os direitos humanos no contexto da globalização: três*

precisões conceituais. Lugar Comum – Estudo de Mídia, Cultura e Democracia: Rio de Janeiro: 2009b.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Estadualismo, pluralismo e neorrepublicanismo. Perplexidade dos nossos dias.* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Pluralismo jurídico: Insurgência e ressignificação hermenêutica.* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais.* São Paulo: Altas, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RUBIO, David Sánchez. *Pluralismo jurídico e emancipação social.* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. IN: SOUSA SANTOS, Boaventura de. (org.). *Reconectar para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito.* São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos, poder local e novos sujeitos sociais. In: RODRIGUES, H. W. (Org.). *O direito no terceiro milênio.* Canoas: Ulbra, 2000.

Artigo Científico

UMA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI: REFLEXÕES SOBRE PREVISIBILIDADE E ARBITRARIEDADE DOS PODERES PUNITIVOS ESTATAL E PARALELO

A JURY COURT SESSION: REFLECTIONS ON PREDICTABILITY AND ARBITRARINESS OF STATE AND PARALLEL PUNITIVE POWERS

Leonardo Cristovam de Jesus*

Resumo: Com constante representação na mídia e nas produções de entretenimento, o Direito Penal figura na consciência coletiva como a área representativa da função precípua do sistema de justiça. Nesse sentido, os atributos relacionados à formalidade, racionalidade e universalidade, próprios do sistema normativo, comporiam esse espaço com a mais alta intensidade. Tão logo, o Tribunal do Júri ocupa a representação máxima da aplicação da justiça e da lógica do direito. Assim, delimitou-se como tema da presente pesquisa uma sessão no Tribunal do Júri da Comarca da Capital, no egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O objetivo geral foi identificar como a formalidade, a racionalidade e a universalidade, atributos do sistema normativo, manifestam-se nesse espaço. Como objetivos específicos, buscou-se compreender como os referidos atributos impactam na percepção dos indivíduos que não detém o capital jurídico – em disputa no campo do direito, bem como analisar as distinções estruturais entre o *ius puniendi* do Estado e o *ius puniendi* das organizações criminosas. Para tanto, observou-se uma sessão do Tribunal do Júri e selecionou-se elementos do discurso para relacioná-los com categorias encontradas em pesquisa bibliográfica. Para as análises, utilizou-se a teoria geral dos campos de Bourdieu e as contribuições de Boaventura de Souza Santos sobre pluralismo jurídico. Os resultados da análise dos discursos apontam para o fato de que a formalidade, a racionalidade e a universalidade maquiam a arbitrariedade do poder de punir do Estado, enquanto o poder punitivo das organizações criminosas é explícito no que tange a conformação dos corpos.

Palavras-chave: Direito Penal, Tribunal do Júri, Organização Criminosa, Poder Punitivo.

Abstract: *As a constant representation in the media and entertainment products, or in the Criminal Law, it appears in the collective conscience as an area that represents the just function of the justice system. In this sense, the attributes related to formality, rationality and universality, typical of the normative system, would compose this space*

* Acadêmico da 3ª fase em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pesquisador no Grupo de Direito Ambiental e Sociedade de Risco da UFSC, Subeditor-Chefe da Revista Avant, periódico eletrônico do Curso de Direito da UFSC, cristovam.ufsc@gmail.com. O presente artigo é resultado de um trabalho de pesquisa de campo realizado na disciplina de Sociologia do Direito, ministrada pela Profa. Dra Luana Renostro Heinen, em 2019-2, na UFSC.

with the highest intensity. As soon as possible, the Jury Tribunal occupies the maximum representation of the application of justice and the logic of law. Thus, the theme of this research was defined as a session at the Court of the Jury of the District of Capital, at the egregious Court of Justice of Santa Catarina. The general objective was to identify how formality, rationality and universality, attributes of the normative system, are manifested in this space. As specific objectives, we sought to understand how the criteria defined for the perception of requirements that do not hold the legal capital - in dispute in the field of law, as well as analyzing the necessary distinctions between the ius puniendi of the State and the ius puniendi of criminal organizations . To this end, a session of the Jury Tribunal was observed and elements of the discourse were selected to relate them to those found in bibliographic research. For the analyzes, a general theory of the fields of Bourdieu and the contributions of Boaventura de Souza Santos on the legal pluralism were used. The results of the analysis of the speeches point to the fact that formality, rationality and universality make up for the arbitrariness of the State's punishing power, while the punitive power of criminal associations is explicit regarding the conformation of bodies.

Keywords: *Criminal Law, Jury Court, Criminal Organization, Punitive Power.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de campo teve por objeto uma sessão do Tribunal do Júri. A sessão observada ocorreu no dia 14 de novembro de 2019, no Tribunal do Júri da Comarca da Capital, no egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Com início marcado para às 9h da manhã, o julgamento encerrou-se por volta das 20h da noite, totalizando, assim, um montante bruto de 11 (doze) horas de julgamento.

Em cada sessão do júri são sorteadas 25 (vinte e cinco) pessoas para comparecerem ao Tribunal a fim de atuarem como jurados. O sorteio dá-se mediante uma lista de pessoas interessadas que se inscreveram previamente. Quando do momento do julgamento, são sorteados 7 (sete) nomes para comporem o Conselho de Sentença, sendo o restante dispensado. É possível ainda, durante o sorteio, que cada parte - defesa e acusação - dispensem até 3 (três) jurados.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXVIII, é do Tribunal do Júri "a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" (BRASIL, 1988). O órgão é formado por sete juízes leigos que decidem a culpa dos réus ao término do julgamento, ou seja, se os réus merecem ser condenados ou absolvidos. O juiz de direito da sessão apenas dará forma a sentença e conduzirá os trabalhos do julgamento.

2. RELATÓRIO DO JULGAMENTO

Primeiramente, em relação à arquitetura: o espaço físico do Tribunal do Júri é dividido em 3 (três) grandes áreas: (i) o hall de entrada, (ii) uma antessala e (iii) o próprio auditório com a tribuna;

O hall de entrada é acessado mediante uma porta de vidro, as paredes são feitas

do mesmo material. Essa parte conta com a disposição dos banheiros e de duas salas administrativas. A área é de acesso irrestrito e incondicionado aos horários do julgamento. A antessala, por sua vez, tem acesso restrito e condicionado aos horários do julgamento, bem como, por consequência, o auditório.

Ao chegarmos, adentramos o hall de entrada e fomos informados pelos guardas - dispostos a frente da porta que concedia acesso à antessala - da necessidade de aguardar o início do julgamento para acessar o auditório. Permanecemos no hall até a abertura do julgamento. A família, por sua vez, aguardou esse período do lado de fora do hall de entrada.

Quando do início do julgamento fomos convidados a entrar e orientados a nos sentar logo a frente da tribuna. O auditório tem capacidade para comportar um público significativo. A tribuna, num formato retangular, tem em sua extremidade direita e esquerda, a mesa dos jurados, e a mesa dos advogados respectivamente. Ao centro, numa mesa extensa em comprimento, encontrava-se o juiz, na posição central, à sua esquerda o Promotor de Justiça e sua assistente, bem como a direita dois técnicos auxiliares. A frente da mesa do juiz havia uma pequena mesa para ser utilizada pelas testemunhas. A parede atrás da mesa do juiz contava com duas portas, uma na extremidade esquerda e outra na direita, local que dava acesso a um espaço restrito com copa, banheiros e o espaço dos réus, com uma cela.

O juiz abriu a sessão e explanou a matéria que estava na pauta do julgamento. O julgamento em tela tratava de um caso ocorrido em dezembro de 2017, na comunidade do Siri em Florianópolis, em virtude da guerra de facções entre o Primeiro Grupo Catarinense (PGC) e o Primeiro Comando da Capital (PCC).

O banco dos réus era formado por dois homens - a quem denominaremos de “A” e “C” - ambos acusados em concurso de pessoas com outros quatro indivíduos pela prática de homicídio qualificado por motivo torpe, cruel e pela impossibilidade de defesa da vítima - art. 121, §2, I, III e IV do Código Penal (BRASIL, 1940). Além disso, os réus foram acusados por ocultação de cadáver - art. 211 do CP, vilipêndio ao cadáver - art. 212 do CP, organização criminosa - art. 288 (BRASIL, 1940), bem como corrupção de menores - art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

A vítima - para fins de identificação doravante denominada por “R”, uma mulher de aproximadamente 35 (trinta e cinco) anos, tinha envolvimento com a facção do PCC e, segundo os relatos, propagava abertamente o seu pertencimento. O conflito entre as facções pelo domínio de influência na região motivou o crime. Os réus, imbuídos da ordem de seus superiores hierárquicos, decapitaram a vítima ainda vida, depois amputaram uma de suas pernas, um de seus braços e três dedos. A conduta foi gravada e divulgada nas redes sociais.

O julgamento teve início com a prestação de alguns depoimentos. O primeiro depoimento ocorreu pelo informante “GA”, responsável por gravar o homicídio, já em cumprimento de pena por outros crimes, na época menor de idade. Em seguida, colheu-se o depoimento de um policial militar que reconheceu a existência de crimes motivados por tráfico na região.

Na sequência houve dois depoimentos favoráveis ao réu "A". O primeiro depoente, amigo próximo do réu "A", destacou que "A" é um homem trabalhador e que dedica sua vida ao trabalho, ao futebol e à família. Interrogado pela acusação e pela defesa, prestou as seguintes informações sobre "A": 1) nunca agiu de modo violento; 2) é pai de família, tem uma filha de 2 (dois) meses e um filho de 9 (nove) anos; 3) trabalha como servente de pedreiro e é assíduo; e 4) em que pese reconhecer a existência de facções no Norte da Ilha jamais envolveu-se com facções ou com drogas.

O segundo depoente, chefe de "A" nos serviços de pedreiro, acrescentou que controla as faltas de seus funcionários, em não havendo faltas no mês de dezembro os funcionários recebem uma bonificação de natal. O réu "A" teria recebido tal bonificação, segundo a testemunha.

O último depoimento foi dado pelo então menor à época dos fatos - identificado aqui por "GK" - responsável pela edição do vídeo no qual os réus assassinavam a vítima "R". O depoimento foi transmitido em vídeo, vez que colhido por carta precatória, já que o depoente mudou-se para Santa Maria no estado de Rio Grande do Sul. Nas informações prestadas, reconheceu-se a participação dos réus no caso, citados nominalmente pelo depoente. Ao ser perguntado acerca da motivação para o crime, o depoente informou que, embora não tivesse presenciado os fatos, mas apenas tido acesso posterior aos nomes dos envolvidos, quando do recebimento do vídeo para edição, os membros faccionados devem obedecer às ordens hierárquicas, pois "se não matar paga com quem mais ama".

Após os depoimentos, falou a acusação, na pessoa do Procurador de Justiça sustentando, em apertada síntese, sua certeza sobre o envolvimento e a culpa dos réus no caso. O promotor ressaltou a responsabilidade dos jurados em levar um recado à sociedade e ao crime organizado, defendendo a condenação total. As tentativas de persuasão ao júri gravitaram na classificação dos indivíduos como "cidadãos de bem" e os outros, identificando os primeiros com a maior parte da sociedade, assim como com os jurados. e os segundos com os réus.

Também se colhe de sua sustentação oral, a invocação de argumentos religiosos. A fim de persuadir os jurados, acrescentou que sua certeza da condenação estava pautada no conhecimento, esse proveniente dos muitos livros, alguns dos quais levou consigo para a sessão e distribuiu aos jurados. Nesse momento questionou a defesa de "C", na pessoa do defensor público, afirmando que as certezas das defesas não se pautam em conhecimento, no que o defensor pediu parte e mostrou ao público alguns livros que carregava na bolsa. Por fim, em ressaltando o caráter truculento e violento que emana do DNA das organizações criminosas, o promotor exibiu o vídeo do assassinato com a decapitação e reforçou o pedido pela condenação.

Em prosseguindo o julgamento, na sequência falou o defensor público - doravante identificado por M. Em sua explanação, "M" sustentou dúvidas quanto à condenação de seu cliente "C", vez que as únicas provas dos autos que direcionavam para sua participação no crime era o depoimento de "GK" e um laudo pericial realizado no vídeo do assassinato que apontava para a possibilidade de reconhecimento de "C".

O referido laudo apontava a possibilidade do indivíduo que aparecia no vídeo

ser o réu "C". Para tanto, já com o réu na prisão, comparou-se suas feições com as da gravação. O defensor público utilizou-se, preponderantemente, da tese de que o Estado de Santa Catarina detém uma das maiores capacidades investigativas do Brasil, no que tange a recursos tecnológicos, diante disso não seria cabível condenar um indivíduo por um laudo pericial que apontava o índice "dois positivo", numa escala que variava de "quatro negativo a quatro positivo".

Ainda na sustentação de "M", subsidiariamente, pugnou pelo descrédito ao depoimento de GK, visto que não presenciou os fatos e reconheceu ser membro da facção durante 5 (cinco). Ademais, criou um clima de desconfiança nos jurado em relação ao depoimento, vez que apontou o fato do menor ter sido abandonado em Florianópolis por sua mãe, quando criança, portanto, sem meios de subsistir, mas conseguir ter mudado de cidade, dispondo de meios para manter-se longe e estar disposto a expor-se num depoimento no qual delata todos os nomes dos envolvidos, mesmo sem ter presenciado o crime.

Para o defensor, "GK" agiu a mando do crime organizado para delatar os envolvidos diretos modificando a linha de investigação e impossibilitando que os mandantes fossem alcançados. Por fim, reconheceu a barbárie do crime, e apelou para a consciência dos jurados para que se, assim como ele, tivessem dúvidas da real participação de "C" que o absolvessem, do contrário estariam "jogando-o no inferno e marcando sua vida para sempre".

A defesa do réu "A", a advogada doravante identificada pela incial "P", sustentou a absoluta falta de provas de que o réu A estivesse presente e envolvido no caso. Ademais, utilizou-se das informações prestadas pelas testemunhas a fim de afirmar o caráter idôneo do réu, um homem trabalhador, com família para criar e filhos pequenos. Cumpre destacar que ambos os réus encontravam-se em prisão preventiva por mais de 11 (onze) meses na data do julgamento, motivo pelo qual a advogada sustentou a tese de que a prisão de "A", sem prova alguma, já acarretava em prejuízos à família. Em se tratando de família, a advogada por inúmeras vezes ressaltou a presença da família, seu sofrimento e o clamor por justiça.

Por fim, sobreveio réplica da acusação e tréplica da defesa. Os ânimos exaltaram-se. A acusação, na pessoa do promotor de justiça, desmereceu a informação da advogada de defesa de que seu cliente, se condenado pelos crimes de que fora acusado, estaria fadado a passar, no mínimo, 15 (quinze) anos na prisão. O promotor insinuou incompetência da advogada na dosimetria da pena num tom irônico. Nessa mesma esteira, informou aos jurados não ser, nem de longe, esse o tempo cumprido, já que na prisão diversas são as medidas para diminuir as penas como manter práticas de leitura e trabalhar.

Em especial atenção à primeira medida, o promotor de justiça ironizou desconsiderando-a, vez que afirmou que os presos "viajam até a biblioteca e fingem ler os livros". Para finalizar, apelou para a sabedoria dos jurados, afirmou que fariam a coisa certa e que confiava tanto que "os homens julgam pelo intelecto", quanto "na sensibilidade que é própria das mulheres".

Na tréplica do defensor "M", houve apelação para que os jurados, caso em dúvi-

da, absolvessem o réu, vez que, embora tivesse sido designado ao caso somente dias antes do julgamento, a certeza da palavra do réu somada à incerteza da prova pericial e ao depoimento de um "vagabundo faccionado" não poderiam ser suficientes para condenar a vida de um homem ao inferno.

Por derradeiro, a tréplica da advogada de "A" pugnou pela absolvição de seu cliente, visto a inexistência de provas que o ligassem ao crime, bem como os relatos das testemunhas em seu favor. Afirmou ter competência para exercer sua profissão e para realizar uma dosimetria de pena, em resposta ao promotor de justiça que ironizou sua afirmação do tempo pelo qual "A" passaria na prisão. Também disse que, no Tribunal do Júri, sua função não é lecionar direito aos jurados, mas demonstrar através do processo e das provas que seu cliente merece ser absolvido e, por isso, não distribui livros aos jurados. Reprovou a afirmação do promotor sobre as medidas de remissão de pena afirmando que infelizmente o número de vagas de trabalho e de bibliotecas é ínfimo.

Por derradeiro, os jurados foram conduzidos para uma sala na qual puderam registrar seus votos. Após um longo intervalo para café, no qual o público foi retirado do auditório, o julgamento foi retomado com a leitura da sentença pelo juiz. Em relação ao réu "A", os jurados absolveram-no de todas as acusações. O réu "C", por sua vez, foi condenado a 18 (dezoito) anos de prisão.

3. QUE CAMPO É ESSE?

É comum encontrar alguns obstáculos quando da visita a um local pela primeira vez, numa visita a um novo local, os empecilhos tendem a surgir já de início, no planejamento dos horários e da locomoção, por exemplo. Engana-se quem pensa que é diferente quando do acesso - pela primeira vez - a espaços públicos como esse. Do contrário, é sobretudo, mais difícil.

A questão começa pela legitimidade para se estar nesses espaços. Qual o atributo próprio desses espaços que faz com que tenhamos que nos perguntar: 1) quem pode assistir?; 2) é preciso autorização?; 3) qual a roupa correta?; 4) qual o local que eu posso/devo ficar?; dentre outros inúmeros questionamentos.

O Tribunal do Júri talvez configure a imagem mais marcante da consciência coletiva acerca do que faz um advogado. As representações culturais e simbólicas através de filmes e séries, por exemplo, parecem ligar a atividade do advogado, precipuamente, ao Direito Penal e ao universo do crime. A leitura, embora problemática por excluir desse universo os demais ramos do direito, esbarra num segundo problema, de cunho prático.

As representações dessa seara do Direito extravasam uma dimensão propriamente ritualizada e formalizada, conformando, na consciência coletiva, um espaço no qual vige uma outra lógica, a lógica do rigor, da técnica e da ordem. Conforme apontado por Chasin (2013), características como essas são as trazidas por Bourdieu, quando da análise do direito enquanto um dos campos que compõem a sociedade. No campo do Direito, vige um funcionamento interno pautado na autonomia, na lógica e na razão.

Por certo, não é novidade que o direito, de um modo geral, seja um espaço ritualizado e formalizado, no qual vige um comportamento típico de seus agentes. Não de outra forma, como apontado por Chasin (2013), Bourdieu reconhece que, em sendo um dos campos de disputa de poder na sociedade, os seus agentes efetivam um *habitus* próprio,

> Apesar das diferentes posições que eventualmente ocupem, todos os integrantes desse campo tendem a compartilhar o mesmo *habitus*, ou seja, certo estilo de vida, jeito de se vestir, de se comportar, de falar, etc (CHASIN, 2013, p. 84)

Assim, é do comportamento padronizado, interiorizado pelos agentes do campo, sejam eles advogados, juízes, promotores, dentre outros, mesmo sem reflexão, o que garante que haja previsibilidade, ou seja, como lembra Chasin (2013, p. 85) "é essa sintonia do habitus que garante a previsibilidade do texto jurídico".

A partir do *habitus* e da lógica de funcionamento interno, há a garantia da eficácia simbólica do Direito. É o *habitus* que dá a resposta para as quatro perguntas que realizamos acima, portanto, é por isso que se acredita que os familiares do réu mantiveram-se à margem do tribunal. Ao não disporem do referido *habitus,* por consequência, não estavam de posse de nenhuma das respostas para as perguntas citadas, o que os afastou, jogando-os para as margens, o lado de fora, fora até mesmo do hall de entrada.

Contudo, além do exposto, lembremos que Chasin (2013) aponta para o fato de que Bourdieu ressalta que essa lógica interna mascara as arbitrariedades de um Direito que, externamente, reproduz desigualdades.

4. DA PREVISIBILIDADE À ARBITRARIEDADE

O ambiente do Júri sofre duras críticas pela possibilidade das partes manipularem os jurados com argumentos não técnicos, mas sim psicológicos e emocionais, ignorando a técnica jurídica (KIRCHER, 2008). No entanto, é certo que ambas as partes podem utilizar desses recursos, tanto a defesa, quanto a acusação. No presente caso ambas as partes - defesa e acusação - utilizaram-se da emoção dos jurados. Contudo, são nesses momentos que as arbitrariedades aparecem, àquilo que resta escondido no campo do direito descortina-se de alguma forma, a possível mácula da forma, da lógica, da autonomia e da racionalidade.

No julgamento observado é possível identificar a figura do promotor de justiça como um ente inquisitorial. Mas não só isso, sua missão no julgamento foi buscar a punição. Não de outra forma, imbuiu-se do desejo social latente na sociedade - a sede punitivista - e apresentou argumentos, por várias vezes, também punitivistas.

O promotor não se furtou de caracterizar os jurados como aqueles responsáveis por manter a ordem da sociedade, ordem essa fragilizada pelos criminosos, os *outros,* aqueles que, segundo o promotor, não fazem parte do seleto grupo de "cidadãos

de bem".

Em Durkheim encontramos a ideia de que o crime é a ofensa grave aos valores objetivados na consciência coletiva,

> Portanto, é na própria consciência coletiva que se deve buscar as explicações para aquilo que é considerado um crime em determinado sociedade, afinal o crime é aquilo que coloca em risco a validade dessas representações que constituem essa consciência, que é a maior fonte de autoridade moral e a condição de possibilidade da própria sociedade (WEISS, 2013, p. 46).

Assim, o promotor agiu como um instigador da consciência coletiva dos jurados, a fim de lograr êxito em sua demanda. Incumbiu ao promotor relembrar qual a ordem com a qual estamos comprometidos em manter, e porque nossa consciência coletiva deve reprovar exemplarmente esse tipo de crime, sobretudo por ser bárbaro, e cruel.

Contudo, o discurso do promotor aponta para uma reprovação que vai além da lei, para ele a punição passa pelo *exemplo*. Segundo ele, é por prendermos "pessoas como essas" - uma classe e não mais o julgamento de um indivíduo, (o que inclusive passa a confundir as bases do direito penal de fato, rumando para um direito penal do autor) que se consegue garantir a ordem. A ingenuidade de que a instituição do presídio, por si só, é capaz de manter a ordem, foi elemento constante na sustentação do promotor.

Interessante salientar que esses elementos não são tão claros assim, justamente porque, em específico na figura do promotor de justiça, há uma maquiagem da forma.

Isso ocorre com o *habitus* característico do promotor, o qual materializa a lógica do funcionamento do direito. Não por outro motivo o promotor faz questão de trazer consigo os livros e acusar seus adversários de não os possuir, vez que os livros simbolizam a razão, a lógica e o conhecimento. O intuito é dominar o capital do campo em disputa, qual seja

> ´o direito de dizer o direito´; ou seja, a separação entre quem participa desse campo e quem não participa é dada pela capacidade de interpretar o corpo dos textos - consagradores de uma visão legítima e justa do mundo social - que o integram. Apenas quem detém competência social e técnica para compreender a linguagem interna do direito é que está habilitado a tomar parte em seus rituais. São considerados 'profissionais', em oposição aos 'profanos', desconhecedores desse funcionamento específico (CHASIN, 2013, p. 83).

Nesse sentido, o elemento da erudição do promotor, aparece no modo como se veste e no repertório cultural das citações, vez que as palavras *bem ditas* parecem

querer seduzir aos jurados.

Para além de efetivar o *habitus* de um profissional do campo, aquele que tem o *direito de dizer o direito,* o promotor instiga a consciência coletiva dos jurados para que enxerguem a pessoa da defesa como símbolo do despreparo, justamente ao destacar pontos que tradicionalmente destoam do *habitus* do campo jurídico, como a falta dos inúmeros livros, fazendo-o com que seja identificado mais como um profano do que com um profissional.

5. O PLURALISMO JURÍDICO DO MEDO

Boaventura de Souza Santos (1970) realizou um estudo numa comunidade, nomeada por ele, de modo fictício, como *Pasárgada,* a fim de entender como o pluralismo jurídico manifestava-se nessa localidade. Uma de suas conclusões é que "a indisponibilidade estrutural dos mecanismos oficiais de ordenação e controle social e a ausência de mecanismos não-oficiais comunitários criaram uma situação que designarei por *privatização possessiva do direito* (SANTOS, 1970, p. 11).

Por sua vez, no texto, *Pasárgada Revisitada*, Junqueira e Rodrigues (1992) revisitam a comunidade de Pasárgada, objeto de estudos por Boaventura de Sousa Santos, apresentado acima, no qual analisou, sobretudo, o papel de resolução de conflitos desempenhado pelas associações de moradores na localidade. Em *Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada,* Boaventura de Sousa Santos analisou as questões do pluralismo jurídico e dos conflitos de classe, assim

> [...] o discurso jurídico praticado na favela constituía um direito não oficial, reconhecido e prezado pela comunidade [...], um direito aberto, pouco formal, organizado com significativa participação da sociedade local [...], uma alternativa de organização jurídica emancipatória diante do direito fechado, burocrático e opressor do Estado" (CASTRO, 2013, p. 167).

Contudo, em *Pasárgada Revisitada* os autores apontam que as projeções otimistas em relação ao estabelecimento de uma ordem com base nas associações de moradores sucumbiram a outra forma de organização do espaço político: o crime organizado, aquele que detém *ius puniendi* do espaço.

Deste modo, anos depois, encontra-se um cenário no qual as associações de moradores não desempenham mais suas funções de conformação jurídica da ordem social, mas sucumbem às organizações paralelas que detém meios coercitivos para conformar a ordem através da força.

Por certo, há inúmeros fatores que possibilitaram a conformação dessa nova ordem jurídica em detrimento daquela registrada por Boaventura. Contudo, a partir daí, é possível, também, a abertura de um espaço no qual identificamos uma das principais críticas ao pluralismo jurídico,

> [...] na literatura sobre pluralismo jurídico, não há discussão suficiente sobre relações de poder, que ocorrem em muitas situações, até mesmo entre 'novos sujeitos de direito' e no interior de grupos da sociedade civil que se proponham a resistir ao direito 'oficial'. É nesse sentido que Barzilai alerta: "[a]s pesquisas sobre pluralismo jurídico têm mostrado a tendência de não prestar atenção ao [uso do] poder político. (CASTRO, 2013, p. 170)

O caso julgado no Tribunal do Júri é um exemplo claro no qual o pluralismo jurídico pode deturpar-se numa lógica opressora e violenta. As facções criminosas chegam em lugares que o Estado não chega, mas não só como provedores, chegam como braço punitivo alternativo que se estabelece como o *ius puniendi* legítimo daquele espaço.

A lógica estrutural dessas facções não corresponde ao direito aberto, pouco formal, com participação comunitária do qual falava Boaventura, pelo contrário, os códigos são rígidos e claros, vez que, geralmente, são atrelados a uma lógica de retribuição, próxima à máxima de Talião "*olho por olho, dente por dente*", fazendo com que a estruturação jurídica desses grupos seja imprescindível para seu funcionamento.

Lembremos do depoimento de GK, quando questionado dos motivos que levaram os indivíduos a executarem a vítima "R" de maneira tão fria e cruel ele respondeu que "*se não matar paga com quem mais ama*". Ou seja, há clareza da pena a uma transgressão da ordem hierárquica da facção, e da sua efetiva imposição por meio da força, sem garantias, sem processo, sem defesa.

Por certo, as organizações criminosas estruturam suas conduções com base em determinados princípios e regras. O PCC, por exemplo, mantém um código penal próprio no qual há a "tipificação" de diversas atitudes passíveis de "cominação" de penas. O referido material já foi matéria de reportagens em jornais, contudo, atualmente, o material podia ser encontrado numa *página web*[1].

O Dicionário do PCC, espécie de Regimento Disciplinar expõe diversos atos que são proibidos na facção. Para cada um deles existem penas relacionadas, desde a suspensão por 90 dias, até penas de morte. Práticas como *mão na cumbuca* – quando um faccionado rouba algo da facção, armas, dinheiro, munição, etc, e *traição* – prejuízo causado à organização por parte de um faccionado que concede informações à polícia ou facciona-se em outra organização, por exemplo, são cominados com penas de morte.

Da análise breve dos *tipos penais* do referido regimento, é possível afirmar que se tratam de categorias abertas, as quais tem grandes imprecisões, tanto de conteúdo como de destinação. De modo geral, o código de conduta não tem por base delimitar o alcance e a intensidade do *ius puniendi* da organização, mas garantir sua aplicação.

[1] Durante o desenvolvimento da presente pesquisa o material constava na página <https://faccaopcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/faq-1533-perguntas-frequentes/>.

Assim, esse ordenamento jurídico próprio e a falta de qualquer garantia atingem, sobretudo, os *inimigos*. O assassinato de "R" é a face mais clara da opressão de um direito alternativo. É um direito que se pretende oficial em seu território, que pretende vigir não em coexistência com o direito oficial, mas suplantá-lo. No presente caso, operou como uma clara uma opressão tradicional, aquela que passa pelo exemplo aos demais membros da comunidade.

O homicídio de "R" não foi uma simples eliminação de alguém que ameaçava a hegemonia em ditar as regras do jogo naquele território, foi uma mensagem, um exemplo.

Percebamos a semelhança dessa pena com o suplício descrito por Foucault (1987) na obra *Vigiar e Punir*. A pena é imposta de forma dolorosa no corpo da condenada pela ordem jurídica emanada da facção, a pena é cruel e degradante e age sobre o corpo da condenada, materializa-se no dilaceramento de seus membros.

Ademais, há o elemento de publicidade, que na sociedade moderna ganha força com o advento da *internet*. Percebamos, o suplício foi gravado e divulgado nas redes sociais. Assim, há a materialização de um exemplo perfeito do que ocorre com quem desafiar a soberania da facção.

No julgamento analisado, outro detalhe salta aos olhos. Relembramos o fato de que o motivo da execução foi o conflito entre as facções PGC e PCC. A primeira executou "R" com a finalidade de demonstrar seu domínio sobre a área, já que a vítima ostentava participar da facção rival, PCC, postando várias fotos em suas redes sociais. O PCC, facção da qual a vítima fazia parte, tem um símbolo de identificação, o qual se faz com a mão ao juntar o dedo polegar com o indicador e levantar os outros três dedos. Na execução da vítima, além da decapitação da cabeça, de uma das pernas e de um dos braços, os criminosos arrancaram três dedos. Ou seja, "há um código jurídico da dor" (FOUCAULT, 1987, p.31).

Os debates sobre pluralismo jurídico são variados e contam com diversas críticas. Cumpre destacar um questionamento: seria possível reconhecer os estatutos dessas facções como direito, e aí haver um pluralismo?

Segundo Wolkmer (2015), os critérios para delimitar onde começa o direito e onde começa a vivência social ainda não são claros, contudo, por certo, esse limite ético passa pela esfera do respeito à vida humana.

6. CONCLUSÃO

Como mencionado anteriormente, o Tribunal do Júri talvez configure a imagem mais marcante da função de um advogado e do funcionamento do Direito na sociedade. Em assim sendo, os atributos próprios do direito poderiam ser encontrados em sua forma mais intensa num espaço como esse.

Assim, ao longo do julgamento pôde-se observar como os atributos próprios do campo jurídico, descritos por Bourdieu, manifestaram-se no julgamento. A formali-

dade, o rigor e a técnica fazem parte do *habitus* compartilhado pelos operadores do direito, *habitus* que garante a previsibilidade do sistema.

Nesse sentido, não dominar o *habitus* do campo é um fator dificultante ou impeditivo, seja para observá-lo, como se percebeu pelos questionamentos que assolaram os pesquisadores quando do planejamento da observação, seja para acessá-lo, como ocorreu com a família do réu, a qual se manteve às margens do espaço físico do Tribunal.

Observou-se, também, que a disputa pelo capital do campo jurídico, o *direito de dizer o direito,* foi disputado pelo promotor e pela defesa através de aspectos simbólicos como as vestimentas, o repertório cultural e o conhecimento. Assim, o promotor de justiça, cujo papel era alcançar a condenação, assumiu em si mesmo a máxima representação dos referidos atributos, manipulando na consciência coletiva dos jurados o profissionalismo de quem pode dizer o direito e, portanto, tem a razão e identificando na defesa a marca do que é profano.

Contudo, sob tal previsibilidade do campo, debruçam-se arbitrariedades, pois embora o promotor encarnasse a máxima do habitus, não significou que ele se furtou de manipular a consciência coletiva dos jurados com argumentos não jurídicos, ao superestimar o papel das instituições carcerárias, estimular o discurso que demoniza o "outro" e se utilizar de categorias vagas como "cidadão-de bem", desvirtuando os saberes técnicos em detrimento de alegações populares como, por exemplo, a utilização do direito penal do autor.

Essas arbitrariedades do campo tem o condão de fazer refletir sobre como o *ius puniendi* do Estado se dirige aos indivíduos com uma prática que destoa da lógica de funcionamento embutida na consciência coletiva.

Em termos de *ius puniendi*, pôde-se observar ao longo do julgamento que a execução da vítima, motivada pela guerra entre as facções, também se inscrevia numa lógica de punição, porém, fora das balizas do Estado.

Observamos que esse pluralismo jurídico das organizações criminosas, que no presente caso denominamos como *pluralismo jurídico do medo*, não corresponde às categorias inicialmente descritas por Boaventura de Souza Santos, já que não se comporta como um direito aberto e com participação ativa da sociedade, do contrário, sucumbe à lógica da violência e da violação de garantias individuais.

Nesse sentido, os depoimentos forneceram elementos necessários para identificar que a punição no sistema das facções criminosas remonta a uma lógica de punição medieval, ao suplício descrito por Foucault, por exemplo, com a publicidade da pena do transgressor como elemento pedagógico para os demais indivíduos que compõem a comunidade.

Ao mesmo tempo em que flexibiliza as garantias aos seus subordinados é extremamente duro quando aplicado contra os inimigos, como ocorreu com o assassinato julgado na sessão. Por certo, não há como enquadrar esse pluralismo jurídico como um direito alternativo válido, justamente porque desrespeita o mais elementar limite

ético, o respeito à vida humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

CASTRO, Marcus Faro de. *Pluralismo Jurídico:* principais ideias e desafios. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. (org.). Manual de Sociologia Jurídica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 157-177.

CHASIN, Ana Carolina. Considerações sobre o Direito na sociologia de Pierre Bourdieu. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79-92.

FOUCAULT, Michel. *A ostentação dos suplícios.* In: _____. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Traduzido por Raquel Ramalhete. Petrópolis : Editora Vozes, 1987, p. 06-56.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; RODRIGUES, José Augusto de Souza. *Pasárgada Revisitada.* Sociologia, Problemas e Práticas, n. 12, 1992, p. 9 -17.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Visão crítica acerca do tribunal do júri. mbito Jurídico, 2008. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-55/visao-critica-acerca-do-tribunal-do-juri/#_ftnref31. Acesso em: 20 de julho de 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada.* 1970.

SELL, Carlos Eduardo. Capítulo III - Émile Durkheim. In: _____. *Sociologia Clássica.* Rio de Janeiro : Vozes, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEISS, Raquel. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-50

CONTROVÉRSIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM ÉPOCA DA PANDEMIA DA COVID-19

Maria Luisa Machado Porath*

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, visando a guarda, a proteção, a formação e o desenvolvimento biopsíquico da prole. Dessa forma, o artigo 1.589[1] do Código Civil determina que

> O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Independente de rompimento amoroso entre os pais, a finalidade da convivência familiar – antigamente, denominada direito de visita –, é a adequada permanência dos laços afetivos entre os genitores e os filhos. Assim, os artigos 1.630 e 1.634 do Código Civil e o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem que os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar, o qual é competência de ambos aos pais (PORATH; SANTOS, 2020).

Em vista disso, o ordenamento jurídico brasileiro determina que a ruptura da conjugalidade não significa o rompimento dos vínculos entre a criança ou o adolescente e os seus pais. O término do relacionamento entre os genitores não deveria gerar, de forma alguma, o fim dos laços afetivos entre pais e filhos (PEREIRA, 2020, p. 401).

É mister destacar que a convivência familiar se manifesta através do direito-dever do poder familiar. Em outros termos, ao mesmo tempo em que o menor tem o direito de manter a convivência com seus pais, estes têm o dever de zelar pelo filho. Caso esse dever não seja devidamente cumprido, pode ocorrer execução judicial, com a possibilidade de imposição de multa pecuniária (MADALENO, 2017, p. 456).

* Estagiária do escritório Schiefler Advocacia. Graduanda, atualmente, da sétima fase em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Licenciatura e Bacharelado em Teatro na Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) - 2015. E-mail: malu.mporath@gmail.com.

[1] "O parágrafo único desse mesmo artigo afirma que esse direito também se estende aos avós, a critério do juiz, conforme o interesse do menor. Apesar de não ser o foco do estudo, é válido mencionar que as recomendações aqui expostas também podem ser aplicadas, de acordo com o caso concreto, a situações de convivência familiar entre avós e netos" (PORATH; SANTOS, 2020).

No entanto, devido à atual pandemia da COVID-19, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou o distanciamento social; isto é, apenas sair em situações excepcionais (OPAS/OMS, 2020). A partir dessa medida, existe a possibilidade de achatar a curva da disseminação do coronavírus (SARS-Cov-2) e de viabilizar que o sistema de saúde possa atender a população de forma eficiente.

Partindo desse pressuposto, é notável que esse cenário trouxe profundas modificações na sociedade, inclusive no âmbito jurídico. Diante dessa situação, a convivência familiar entre o genitor ou a genitora que não possui como a residência fixa da criança a sua e o filho se altera, a fim de se adequar ao novo contexto social.

Evidentemente, caso haja uma relação saudável entre os genitores, o bom senso perdurará ao longo deste período. Entretanto, muitos ex cônjuges vivenciam uma oposta realidade. Em casos assim, o Judiciário se torna um dos instrumentos capazes de proporcionar a continuidade da convivência parental (PORATH; SANTOS, 2020).

Antes de adentrarmos na análise dos julgados, é importante salientar que há entendimentos divergentes. Por exemplo, existem aqueles que defendem a substituição da convivência pessoal do genitor ou da genitora pela virtual, pautando-se na segurança do menor e nas recomendações do Ministério da Saúde. Na contramão, outros entendem que a convivência pessoal deve permanecer, desde que não apresente risco à saúde e ao bem-estar do menor e dos demais envolvidos (PORATH; SANTOS, 2020).

Em relação ao primeiro entendimento, destaca-se que o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em atenção à proteção das crianças e dos adolescentes durante a pandemia da COVID-19, recomendou

> [...] 18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:
> a. **As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida** [grifo nosso];
> b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;
> c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;
> d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado; [...].

Na mesma linha da orientação do CONANDA acerca da visitação de forma virtual, a Desembargadora Vera Lúcia Deboni do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), num caso julgado em abril de 2020, determinou que o convívio pessoal fosse suspenso temporariamente em razão da situação excepcional decorrente da pandemia da COVID-19. Colaciona-se a referida decisão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. VISITA PATERNA AOS FILHOS MENORES. COVID-19. VISITAS NO MODO VIRTUAL. O convívio com o pai não guardião é indispensável ao desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes. Situação excepcional configurada pela pandemia de COVID-19 e recomendação do Ministério da Saúde para manutenção do distanciamento social que apontam para o acerto da decisão recorrida, ao determinar contato do pai com o filho por meio de visita virual diária, pelo menos por ora. Medida direcionada não só à proteção individual, mas à contenção do alastramento da doença. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA.
> (TJRS, Agravo de Instrumento, Nº 70084141001, Sétima Câmara Cível, Relator: Vera Lucia Deboni, Julgado em: 16-04-2020)

A Juíza Fernanda Maria Zeberto, da 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba, em decisão julgada em março de 2020, também determinou a substituição do convívio pessoal pelo modo virtual:

> [...] 5. Diante do conhecimento público e notório quanto à pandemia do Coronavírus (COVID-19) que assola o mundo e o país, bem como considerando as diversas restrições determinadas pelos poderes públicos para fins de contenção da proliferação do vírus (orientação de isolamento, evitar aglomerações, suspensão das atividades de shoppings centers, cuidados na higienização, etc.), oportuno acolher o pedido formulado, a fim de restringir, temporariamente e excepcionalmente, o direito de visitação paterno, de modo a evitar que a criança seja retirada do seu lar de referência neste período, expondo-se à contaminação do vírus, assim como os seus familiares e demais pessoas do seu convívio social.
> A medida é necessária no caso em apreço considerando a informação de que a criança reside com pessoa enquadrada em grupo de risco, de acordo com a classificação do Ministério da Saúde, já estando, inclusive, em isolamento domiciliar.Friso, novamente, que se trata de uma medida temporária, num momento em que os cuidados para com a criança devem ser adotados por ambos os pais, não se rompendo por completo o convívio com nenhum dos genitores, ainda que esse contato se dê de forma virtual. Neste caso, pensando no bem estar da criança e visando evitar a ruptura do vínculo paterno-filial, adequado que se mantenha o convívio paterno de forma segura mediante chamada de vídeo nos mesmos dias de visitação acordados entre as partes.

(TJPR, Autos n. 0018199-09.2019.8.16.0188, Relatora Juíza Fernanda Maria Zerbeto, 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba, Data da decisão: 20/03/2020)

Nota-se que os dois julgados têm como diretriz o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nas palavras de Antônio Jorge Pereira Júnior e Francisco Flávio Silva Rodrigues (2018, p. 2),

> Há uma tríade de princípios que são pilares da doutrina e da legislação em matéria de direitos infanto-juvenis: a prioridade absoluta, posta no art. 227 da Constituição Federal (CF) e decantada no art. 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); a proteção integral, constante do art. 1 do ECA, e o princípio do melhor interesse da criança, estabelecido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, vigente no Brasil por força do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Portanto, para os dois autores, o princípio do melhor interesse da criança decorre de um conjunto basilar para a proteção do menor. Daniela Freitas (2015) complementa que esse princípio se encontra fundamentado no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 3º ao 5º do ECA. Partindo desse pressuposto, as decisões foram fundamentadas no sentido de que a situação pandêmica em que atualmente vivemos deve ser sopesada ao direito-dever da convivência familiar de forma pessoal.

As decisões pautadas nas recomendações da OMS almejam assegurar a saúde e o bem-estar da criança; evita-se assim, que o menor tenha contato com pessoas com as quais não reside. Em função disso, o entendimento é de que a convivência familiar de forma presencial, por mais que tenha a boa intenção de contato com o filho, pode acarretar sérios riscos ao bem-estar e à saúde da criança, além de outros familiares que residam com ela.

Vale ressaltar que ambos os julgados estabeleceram o contato virtual nos mesmos dias do que foi anteriormente acordado para o convívio pessoal. Ressaltam também que se trata de uma medida excepcional e temporária em que nada invalida outros acordos que os genitores venham a ter, como estipulação de maior tempo de convívio pessoal pós situação pandêmica.

Conforme mencionado anteriormente, a pandemia foi imperativa ao modificar o cotidiano de diversas famílias. Nesse sentido, as decisões nos levam a ponderar qual o bem da vida mais significativo e a pensar no coletivo, uma vez que todos estão se reajustando à nova realidade.

Ainda, há o segundo posicionamento: a convivência pessoal deve permanecer desde que não apresente risco à saúde e ao bem-estar do menor. Assim entendeu o Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro em decisão proferida no TJRS no mês

de abril de 2020:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. VISITAÇÃO MATERNA. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO INDEVIDA. A fim de preservar a necessária convivência entre mãe e filha, deve ser mantida a regulamentação da visitação materna, nos moldes estipulados em audiência. Descabida a pretensão de suspensão da visitação diante do evento COVID-19, uma vez que ausente comprovação de que as visitas da mãe importariam risco à saúde e ao bem-estar da criança, presumindo-se que empreenderá todos cuidados necessários para a respectiva preservação. Manutenção da adequada convivência da mãe com a filha menor. Precedentes do TJRS. Agravo de instrumento desprovido.
> (TJRS, Agravo de Instrumento, Nº 70084149186, Sétima Câmara Cível, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em: 23-04-2020)

Nesse caso concreto, fundamentou, de igual modo, a sua razão de decidir no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Contudo, partiu do viés de que a menor possui o direito à convivência com a genitora; em outras palavras, o melhor interesse da criança seria o não afastamento pessoal da genitora.

Ressaltou que a mãe tem condições de zelar pelo bem-estar da menor, contanto que siga os cuidados essenciais para refrear o contágio do vírus SARS-Cov-2. Na mesma linha desse entendimento, o Desembargador Rogério Etzel do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), também em abril de 2020, decidiu:

> [...] Nessa toada, conforme já explicitei, vislumbro, pelo menos para o momento, que o agravado reúne condições igualitárias de cuidado da petiz e a decisão deve ser alterada desde a análise preliminar. A metodologia sugerida já foi referendada pelo Ministério Público (mov. 301.1) e deve desde logo ser aplicada. A convivência será exercida pelos genitores por quinze (15) dias consecutivos, a começar pelo agravante, a partir da intimação desta decisão pela parte contrária. Não haverá prejuízo de contatos com o genitor que não estiver responsável pela convivência, pela *internet*. Essa medida deve ser obedecida até o julgamento definitivo deste agravo de instrumento ou: se acaso as partes transigirem; a ação originária foi julgada; a situação casuística (pandemia e seus reflexos) se alterar; e a evolução da instrução processual indicar seja o momento de sentença (ato que pode alterar a evolução desse agravo). 3.Diante do exposto, a antecipação dos efeitos da tu DEFIRO tela para alterar a visitação paterna, com efeitos a partir da intimação desta decisão e conforme fundamentação. Regulamentação de visitas. Convivência paterna. Melhor interesse da criança e adolescente. COVID-19.
> (Agravo de Instrumento, Relator: Des. Rogério Etzel, Data da deci-

são: 24/04/2020. TJ-PR, segredo de justiça)

Nos autos, o pai relatou que labora no regime *home office,* contribuindo, por conseguinte, para a tese do convívio igualitário. Diante do caso concreto, o Desembargador entendeu que ambos os genitores possuem condições de zelar pela criança. Assim, descabida a tese de que o convívio com o genitor deveria ser realizado somente através de meios virtuais em função da pandemia.

Ademais, salientou que, embora fosse possível a compensação posterior dos dias não usufruídos pelo genitor, a atual situação de pandemia nos impede de vislumbrar um fim a curto prazo. Para ele, essa compensação possui dois problemas em termos práticos: a postergação de forma indefinida do período de convivência do genitor; e a posterior ausência da genitora, enquanto a criança estivesse com o genitor em época pós pandemia.

Rodrigo da Cunha Pereira (2020) possui um entendimento alinhado à decisão do Desembargador, no sentido de que ambos os genitores deveriam zelar, de forma igualitária, pelo bem-estar da criança. Por essa lógica, declara que a pandemia tem revelado que tanto a guarda compartilhada quanto a convivência igualitária não são uma realidade brasileira. Ele afirma que o risco de contágio, exceto de quem vive na linha de frente da COVID-19 ou possui alguma particularidade, é o mesmo para ambos os genitores. Portanto, não há o que se falar em suspensão do convívio entre o genitor ou a genitora que não possui como residência fixa do filho a sua e a criança.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) entendeu da mesma forma. Tanto que, em de junho de 2020, emitiu considerações sobre a recomendação do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19. Ressaltou que

> [...] a guarda compartilhada é o modelo legal vigente, capaz de permitir o vínculo entre pais e filhos é que não se fala mais em 'direito de visita' do pai, posto que um pai não visita seus filhos, mas com eles convive (viver com), permitindo-lhes a dupla referência e a transmissão de valores (2020, p. 2).

Ainda, informa que o Judiciário só deve optar pela suspensão da convivência presencial quando comprovado risco para o menor ou para a sociedade. Isso se deve ao fato de que, dentre diversos outros fatores, essa suspensão imotivada dá ensejo à alienação parental.

Através da análise das decisões judiciais acerca da convivência familiar em época da pandemia da COVID-19, é perceptível a controvérsia entre elas. Isso porque o contexto histórico-social influencia substancialmente o Direito das Famílias. Por esse motivo, é impossível abarcar todos os casos concretos com apenas um entendimento jurisprudencial.

Em primeiro, destacamos as decisões judiciais que realçam a substituição da

convivência pessoal pela virtual. A fundamentação primordial é pautada nas recomendações da OMS de distanciamento social e do CONANDA, através do contato virtual.

Para essa corrente de pensamento, a distância física não deveria representar distanciamento afetivo. Defendem a utilização de meios virtuais, a fim de preservar o convívio familiar ainda que de forma diversa. Além disso, ressaltam o fato de que, após a pandemia, o genitor ou a genitora que teve seu período de convivência restrito poderia usufruir de um tempo mais longo, no intuito de "compensar" esse convívio prejudicado.

Depois salientamos as decisões judiciais que entendem a possibilidade da manutenção do convívio pessoal sob condição de que não haja risco à saúde do menor e às demais pessoas que residam com a criança. A fundamentação consiste no fato de que os pais empreendem todos os cuidados necessários para o bem-estar da criança.

Para essa corrente, o princípio do melhor interesse do menor está mais no viés do indivíduo, ou seja, para a relação íntima da família. O verdadeiro sentido seria preservar o interesse da criança em manter o convívio social com o genitor ou com a genitora que não reside na mesma casa.

De modo diverso, a primeira corrente entende que esse princípio está para o coletivo, com o objetivo de evitar a disseminação do vírus. Por esse motivo, pautam as suas decisões na substituição do convívio pessoal pelo virtual, com o propósito de poupar deslocamentos não urgentes. Logo, o foco seria resguardar a saúde do menor e dos demais integrantes da mesma residência.

Conforme já explicitado, o objetivo do trabalho foi traçar um comparativo entre as divergências jurisprudenciais acerca do direito de convivência ao longo da atual pandemia do COVID-19. Com a pesquisa, restou evidente a necessidade de individualizar os casos concretos, para que se compreenda o contexto social de cada família. Ademais, tanto o Judiciário quanto os genitores devem se atentar às recomendações da OMS, com o propósito de se concretizar a solução mais benéfica para o menor, em função do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Decisão nº 0018199-09.2019.8.16.018*. Relatora: Juíza Fernanda Maria Zerbeto, 3ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Curitiba, 20 de março de 2020. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/uplo-

ad/files/Decis%C3%A3o%20visita.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Decisão (segredo de justiça).* Relator: Des. Rogério Etzel. Paraná, 24 de abril de 2020. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decis%C3%A3o%20Covid-19.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Decisão Monocrática nº 70084141001*. Relatora: Desembargadora Vera Lucia Deboni. Rio Grande do Sul, 16 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 05 jun. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Decisão Monocrática nº 70084149186*. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro. Rio Grande do Sul, 23 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 jun. 2020.

CONANDA. *Recomendações do Conanda para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19*. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf. Acesso em: 05 jun. 2020.

FREITAS, Daniela. *Princípio do Melhor Interesse da Criança*. 2015. Disponível em: https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca. Acesso em: 22. out. 2020.

IBDFAM. *Considerações sobre a Recomendação do Conanda para a Proteção Integral a Crianças e Adolescentes Durante a Pandemia do Covid-19*. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/IBDFAM%20-%20Considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20do%20Conanda.pdf. Acesso em: 08 jul. 2020.

MADALENO, Rolf. *Direito de família.* 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OPAS/OMS. *Distanciamento social, vigilância e sistemas de saúde mais fortes são chaves para controlar pandemia de COVID-19, afirma diretora da OPAS*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6188:distanciamento-social-vigilancia-e-sistemas-de-saude-mais-fortes-sao-chaves-para-controlar-pandemia-de-covid-19-afirma-diretora-da-opas&Itemid=812. Acesso em: 03 jun. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada*. 2020. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1409/Direito+de+Fam%C3%ADlia%2C+coronav%C3%ADrus+e+guarda+compartilhada. Acesso em: 05 jun. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; RODRIGUES, Francisco Flávio Silva. *Aplicação do Princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018*. 2018. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/ espacojuridico/article/view/17052. Acesso em: 04 jun. 2020.

PORATH, Maria Luisa Machado; SANTOS; Laísa. *Família: Convivência familiar em época da pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: https://schiefler.adv.br/familia-convivencia-familiar-em-epoca-da-pandemia-de-covid-19/. Acesso em: 07 jul.2020.

A CONTRIBUIÇÃO DE PAOLO GROSSI À INICIAÇÃO DO ESTUDO DA CIÊNCIA JURÍDICA EM "PRIMEIRA LIÇÃO SOBRE DIREITO"

Vitor Espíndola Ribeiro*

REFERÊNCIA DA OBRA: GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca.

1. SÍNTESE DA OBRA

Grossi inicia seu texto falando da natureza imaterial do direito, isto é, que ele não pertence ao mundo sensível, sendo necessário, portanto, se materializar por meio de significados e objetos próprios do plano físico. A imaterialidade do direito, em um primeiro ponto de vista, o torna uma coisa não só misteriosa a uma pessoa comum, mas corriqueira e perigosamente desagradável, pois quando se apresenta vem como ordem, norma arbitrária, acompanhada das figuras não amigáveis do juiz e do policial. Desse modo, o direito acaba por sofrer o risco de uma separação entre si e a sociedade; entre o jurista dos demais cidadãos.

Essa dissonância entre direito e sociedade, em que pese ser processo gradativo, tem marco na Revolução Francesa, de 1789, que sedimenta o poder político e a mitologia legislativa: o Estado se apropria do direito com exclusividade, tornando-o parte de sua estrutura e o utilizando como instrumento de controle social, pautado na aparente legitimidade do direito como expressão da vontade geral. O direito passa, então, a ser sinônimo de norma, de comando inderrogável, materializado em texto escrito, fechado, imóvel e envelhecido, que somente se sustenta graças ao serviço dos juristas.

Para que se possa retornar a uma completa compreensão do direito, Grossi traz dois caracteres que são essenciais: a humanidade e a socialidade do direito. Sobre a humanidade, esse fator distingue o direito das ciências exatas, por exemplo. O direito é uma construção histórica do homem e para o homem, quando este está ligado intersubjetivamente com outros indivíduos. Ligada a isto está a socialidade: o direito requer relação entre sujeitos.

O autor também se preocupa em tentar descrever quando há a origem do direito no meio social, e elenca dois fatores a serem observados: a auto-organização de um

* Graduando da 7ª fase do Curso de Direito da Universidade de Santa Catarina e membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional – Ius Gentium UFSC/CNPQ. Endereço eletrônico: vitorer90@gmail.com. Currículo Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9351207714186448>.

grupo e a observância espontânea das normas que o organizam. Sobre o primeiro, o autor aponta que o direito, por conseguinte, não requer uma entidade política, ou nos termos atuais, Estado, mas sim um grupo de pessoas articuladas, ou melhor, uma sociedade.

Outra concepção que se deve ter em mente é a do direito como ordenamento do social, isto é, como organização da sociedade e meio de prevenção e resolução de conflitos. Essa perspectiva tira de foco o direito como comando para atribuir a ele uma função ordenadora e, por conseguinte, considera o direito como elemento fundamental da sociedade (condição para sua subsistência, e não algo externo e puramente impositivo, descolado de seus destinatários).

O direito, não se limitando a ser ordenamento, é um ordenamento observado, pois seus sujeitos recebem naturalmente as normas tendo consciência da sua razão de ser. Essas normas, nesse contexto, são tidas como objetivamente boas e válidas. O direito observado passa a integrar o conjunto de valores de uma sociedade, configurando-se como modelo a ser seguido e a perpetuado, cada vez mais enraizando-se na sociedade. Essa perspectiva afasta a concepção do direito como mera regra imperativa, pois isso o colocaria novamente no papel patológico de mantenedor do poder político.

Grossi avança tratando das congruências entre direito e linguagem. Em verdade, tanto um quanto a outra possuem uma base comum, seja a sua dimensão intersubjetiva, seja na sua função ordenadora da dimensão social do sujeito. Desse modo, há uma espontaneidade na submissão dos indivíduos em relação ao direito. Direito e linguagem, para o autor, também são complexos institucionais, representando estruturas que vão além do indivíduo; são conjuntos de relações, organizações, funções e valores, de origem das práticas sociais tidas como mais eficazes, e por isso constantes e espontaneamente observadas. Desse modo, o direito não se resume à lei, como pretende o monismo jurídico estatal. Antes é costume, que sustenta sua força normativa nas práticas reiteradas.

Como desfecho da primeira parte da obra, Grossi traz a concepção do direito como ordenamento jurídico e sua vocação pluralista. Aqui, a principal ideia desenvolvida é que se deve resgatar o direito pluralista, isto é, aquele que não se limita às normas postas pelo poder político e que reflete as mais diversas e particulares relações entre indivíduos de todos os estratos sociais, sendo essas normas sedimentadas como costume. Como tentativa falha de manter-se, o Estado prevê mecanismos que obriguem a obediência ao seu ordenamento, como sanções, coações e nulidades. Entretanto, presencia-se hoje uma globalização jurídica, ou seja, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos privados.

Iniciando a segunda parte da obra, Grossi se propõe a trazer as principais eras históricas do direito. O primeiro passo é o direito romano, o que o autor considera como sede da ciência jurídica. Tal qual estavam a filosofia e a matemática para os gregos, estava o direito para os romanos. Caracteres muito importantes dessa experiência que estava muito além do seu tempo são, em primeiro lugar, a construção de uma linguagem jurídica própria, e o consequente intérprete dessa linguagem: o jurista. O direito romano utilizava uma metodologia singular para apreciar a realida-

de socioeconômica, um pensamento jurídico. Pensamento esse construído de modo notadamente doutrinário, que se propunham a inventar, a refletir e a definir normas, procedimentos e conceitos. Esse trabalho de constante evolução intelectiva deu ao direito romano alto rigor argumentativo, servindo seu sistema como base para o direito liberal que urge na modernidade. Isso também ocorre porque (e aqui aparece o segundo caractere) os juristas romanos estavam inseridos no contexto político romano, dando suporte técnico-jurídico para a conservação do corpo social.

A ciência jurídica experimentou, no medievo, espaço para novas manifestações, tendo em vista o vazio político e jurídico deixado pelo império romano. O direito, agora longe do poder político, não tem mais função de controle social, mas sim de ordenamento em essência: aqui, tem a oportunidade de reaproximar-se dos fatos naturais, sociais e econômicos de modo mais flexível. O direito foi tão plural quanto as comunidades medievais, além de mais consuetudinário e cotidiano do que legislativo, tendo caráter eminentemente fático.

Na segunda metade dessa era, a interpretação do direito passa paulatinamente dos juízes aos professores de direito das primeiras universidades. Se faz um regresso aos escombros romanos, assumindo o papel de debruçar-se sobre o passado e dá-lo nova significação na sociedade europeia que via florescer o comércio e ascender a igreja. Desse modo, eram marcantes dois sistemas: o *iura própria* (o direito do cotidiano, das comunidades, dos feudos, do comércio e da igreja), e o *ius commune* (comum tanto no sentido geográfico de seu alcance quanto pela fonte una de produção jurídica).

Grossi avança para a Idade Moderna. Essa tem em seu cerne a presença crescente de um sujeito que durante a Idade Média não se manifesta, e justamente por isso, o direito pôde ter uma faceta singular: o Estado. Este se pretende dominador e totalizante em relação à sociedade. Assim também será o direito, que de um pluralismo vívido terá no monismo o seu fim aparente. O soberano moderno não irá tolerar pluralismos, ordenamentos concorrentes. Somente um direito, o que ele controla, é o legítimo. Esse direito irá ser cada vez mais confundindo com a lei, entendida como expressão da vontade geral, que terá seu ápice na codificação. Esse é o fato mais significativo desse período: o direito se resume a artigos organizados em códigos. Se torna imóvel, norma exclusiva e presunçosamente completa do Estado. Os juristas, tanto acadêmicos quanto juízes, darão vez ao onipotente legislador. Não obstante, uma contribuição da Revolução burguesa foi o princípio da legalidade, tida como garantia ao indivíduo em face do Estado.

O autor também traz dois sistemas jurídicos corolários dessa estatização do direito: o *civil law,* manifesto nos países da Europa continental que aderem a essa redução do direito à codificação e ao legalismo; e o *commom law,* observável na Inglaterra, onde as experiências medievais não são descartadas, o jurista tem papel central no desenvolvimento direito e a lei não ocupa superioridade hierárquica em relação às demais fontes do direito.

Em desfecho desse percurso histórico, encontra-se a complexa e multifacetada posição atual do direito. A codificação burguesa, alguns séculos depois, viu-se

ultrapassada pelas constantes transformações sociais. A diversidade da realidade gerou rachaduras no direito engessado pelos códigos, e essas rachaduras levaram a crises não só jurídicas, mas também políticas. Tentou-se emendar a situação com atos legislativos excepcionais, mas com o surgimento de novas relações jurídicas o Estado perde a proteção que tinha com o direito. O que se vê enfraquecido é o poder político do Estado centralizador e monista, o direito em si experiencia apenas mais uma mudança, seja com o processo de constitucionalização que prima a sociedade, seja com as entidades supranacionais e seus mecanismos de implementação direta de suas normas. Os indivíduos se tornam protagonistas importantes na globalização jurídica dos tempos atuais, procurando mecanismos próprios para ordenarem suas relações, revivendo o pluralismo do medievo em novas roupagens.

Passada a análise puramente histórica, Grossi traz um estudo sobre outros caracteres do direito, iniciando pela sua manifestação espacial: território e sociedade. Sobre o primeiro, como o direito ainda está fortemente ligado ao Estado, e esse exerce sua soberania sobre um território definido, é resultado esperado que dentro desse território haja um direito oficial e minimamente unitário, resquícios do absolutismo jurídico do século XX. Já em relação à sociedade, o direito se vê muito mais livre. A globalização, como já mencionado, tem por característica permitir que fronteiras sejam transpassadas e normas jurídicas sejam flexibilizadas, onde a condição *sine qua non* não é mais o território, mas sim a relação entre indivíduos. O direito, como manifestação na sociedade e não no Estado, supera amarras políticas para ser regulado pelos próprios particulares.

Grossi traz, em sequência, três meios de manifestação do direito, isto é, formas que o ordenamento assume em uma sociedade contextualizada. O primeiro é o direito natural, que ao longo dos séculos foi interpretado de diversas formas, mas sempre trazendo um elemento supra-humano, seja por uma revelação divina ou por uma consciência histórica e social supralegal. Comumente contraposto ao direito positivo, este que foi utilizado como ferramenta de controle, segregação e eugenia no século passado: tenta o direito natural ser justo, indo além da forma e do conteúdo muitas vezes problemáticos da lei.

A segunda manifestação do direito é a constituição, lei suprema, mas acima de tudo conjunto de princípios e valores que caracterizam uma sociedade. É a expressão do povo, e não do chefe de Estado (fator que diferencia as constituições da segunda metade do século XX de qualquer experiência anterior). Ocupa posição privilegiada na hierarquia normativa, manifestando valores profundos da sociedade e ordenando-a em sua completude e complexidade. Aqui, o direito comumente encontra a moral, a religião e o costume. Também se instituem as cortes constitucionais, cujo objetivo é viabilizar ordem e correspondência entre a constituição de um Estado e suas leis inferiores, resguardando o sistema de normas contrárias aos princípios constitucionais de caráter rígido.

Por último se tem a lei, já debatida no tópico do Estado Moderno. O conceito de lei vem acompanhado de outros termos, como legolatria, Estado de Direito e legalidade. Esses conceitos remetem ao Estado soberano parlamentar, que detém o monopólio de produção do direito, e ainda assim se diz democrático. Consequências observáveis são o excesso de leis e a impossibilidade de um pleno conhecimento de

todas elas; conteúdos cada vez mais específicos; normas tecnicamente malfeitas e incoerentes em si mesmas. Ganha destaque o papel dos juízes, como intérpretes e aplicadores desse arcabouço. Contudo, como já foi visto anteriormente, o direito como lei tem perdido espaço, pela sua incapacidade de se adequar a todas às situações privadas e por não vir da sociedade, mas do poder político como imposição.

Os últimos capítulos da obra de Grossi são dedicados a tratar dos dois modos mais correntes pelos quais o direito encarna, ou melhor, os modos pelos quais o direito sai de seu plano abstrato para integrar a realidade concreta. O primeiro modo é através do costume, que não é só fonte do direito. Constitui-se em uma repetição de fatos, observância contínua de determinados valores em uma sociedade. Esse é o direito nos primórdios da humanidade: não como lei, mas como costume. Tem uma dimensão plural, isto é, manifesta-se na comunidade. Isso não ocorre em um curto período de tempo, mas é um processo contínuo. Entretanto, o costume se vê ineficiente em sociedades muito complexas, pois vem dos casos particulares, e não de generalidades.

O segundo modo de encarnação do direito ocorre pela interpretação/aplicação: essa consubstanciação é ao mesmo tempo atividade, centrando nos juristas o papel de transformar o texto legislativo imóvel em direito aplicável a um novo contexto. Em toda aplicação surge um problema de intepretação, muitas das vezes decorrente do atraso da lei em relação à mobilidade da sociedade. Além disso, aos olhos da hermenêutica contemporânea, o texto e a lei não são completos em si, mas ganham acabamento no momento de sua interpretação/aplicação. O intérprete é o intermediador entre a lei e seu destinatário.

Em sede conclusiva, Grossi traz algumas considerações sobre as terminologias "direito" e "direitos". O primeiro é o que tem sido explanado até aqui. O segundo se refere às situações jurídicas de um sujeito na sociedade, merecedor de proteção. Contudo, é preciso cautela em relação à supervalorização do individual. Esses direitos não são conferidos ao indivíduo em uma concepção que o isola da sociedade, mas sim como parte de uma coletividade histórica. Vale lembrar também que estes direitos não se apresentam sozinhos, mas vêm acompanhados dos deveres que competem a cada um, significando reciprocidade e responsabilidade entre o particular – o indivíduo – e o meio onde está inserido – sociedade.

2. APRECIAÇÃO CRÍTICA

Preambularmente, apresenta-se uma breve biografia do Autor. Paolo Grossi nasceu em Florença, em 1933. É professor catedrático de História do Direito Medieval e Moderno na Universidade de Florença. Recebeu a titularidade de Doutor Honoris Causa de diversas universidades, como as Universidades de Bolonha e Sevilha. Também fundou a revista Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno e o Centro Studi Sulla Storia del Pensiero Giuridico. É membro da Accademia dei Lincei, e foi membro da Corte Constitucional Italiana até 2018.

Partindo para a análise da obra, esta foi estruturada com o caráter mais didático possível: Grossi, ao traçar o percurso, elaborou cautelosamente cada parada. Seus argumentos avançam na seguinte linha de raciocínio: A incompreensão do direito na sociedade contemporânea; caracteres preliminares para se entender o direito; gênese e delineamento do que é o direito; itinerário histórico do direito; espaços onde o direito se manifesta; formas de manifestação do direito; meios de encarnação do direito e, por fim, o debate direito x direitos.

Ao decorrer do texto, percebe-se que Grossi ressalta muito a produção acadêmica italiana, colhendo dela elementos que embasem sua obra e influenciam sua própria concepção do que é o direito. Alguns autores citados são: Santi Romano, Zagrebelsky, Franco Bonelli e Norberto Bobbio.

"Primeira Lição Sobre Direito" se torna uma obra importante sob vários aspectos. Primeiro, pela presunçosa, mas bem sucedida empreitada de sintetizar, ao longo de pouco mais de 100 páginas, os principais caracteres daquilo que entendemos ser o direito. Após terminar de ler a obra, percebe-se que não se trata apenas de História do Direito, mas também Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional, Política, e assim por diante. Trata-se, portanto, de uma análise multidimensional do fenômeno jurídico.

Outro ponto que merece destaque é o estilo de escrita de Grossi: sempre claro e exemplificativo, preocupado em conseguir transmitir com eficiência a mensagem a seu público alvo – os iniciantes na carreira jurídica, seja prática ou acadêmica. Nesse sentido, a leitura é extremamente fluida e objetiva, com enunciados coerentes e de fácil compreensão.

Em terceiro lugar, merece destaque a tese central que Grossi desenvolve ao longo do texto – isso apreende-se após se ter uma noção da conjuntura da obra, e não do capítulo conclusivo em si. O direito não se resume à lei, como proclamam os lególatras e os positivistas, mas é algo muito mais complexo e que não se encerra em um texto escrito, mas que está genuinamente enraizado na própria sociedade, refletindo sua história, valores e princípios. Nas palavras do autor,

> O resgate do direito na sua essencial dimensão ordenadora tem uma ulterior validade, e que não é pequena. Não descamba do alto, não se impõe com forças coativas; é, ao contrário, quase uma pretensão que vem debaixo, é a salvação de uma comunidade que somente com o direito e no direito, somente transformando-se num ordenamento jurídico, pode vencer seu jogo na história (GROSSI, 2006, p.13).

Por fim, a obra do professor Grossi é indicada principalmente para aqueles que estão iniciando seus estudos jurídicos, ou até mesmo nunca tiveram um contato anterior com o direito. Mesmo assim, seus escritos não são excluídos da apreciação daqueles que possuem mais experiência no tema.

CRÍTICA DE FRIEDRICH ENGELS E KARL KAUTSKY AO SOCIALISMO JURÍDICO

Lucas Christian de Oliveira Nascimento*

REFERÊNCIA DA OBRA: ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *Socialismo jurídico.* 2ª ed. São Paulo: Boitempo, p. 01-81, 2012.

A obra *Socialismo Jurídico,* publicada originariamente em 1887, trata-se de uma resposta de Friedrich Engels e Karl Kautsky ao livro *O direito ao produto integral do trabalho historicamente exposto* do jurista Anton Menger, lançado em 1886. De acordo com a posição teórica defendida pelo jurista, as modificações estruturais nas sociedades capitalistas precisariam partir do direito. Assim, reconhecendo o papel das representações jurídicas como força motriz do movimento histórico, Menger acaba por relegar a concepção materialista de Karl Marx, considerando seus estudos sobre a economia-política como simples ornamentos econômicos e plágio de autores do socialismo utópico[1], a exemplo de William Thompson.

Com o objetivo de desconstruir as posições defendidas pelo jurista, Engels e Kautsky começam destacando trechos da obra de Menger que descrevem a necessidade de uma reformulação jurídica do socialismo, circunscrevendo as ideias do movimento ao direito. Os autores esclarecem que o discurso socialista trata exatamente das relações econômico-políticas, especificamente do capital e trabalho assalariado. Desse modo, os estudos de tais relações são inseparáveis das discussões que envolvam o movimento de emancipação da classe operária. Sobre isso, Engels e Kautsky dissertam que as investigações da qual trata a economia-política

> [...] não são meros estudos econômicos. São essencialmente estudos históricos. Demonstram a via do desenvolvimento social do modo de produção feudal da Idade Média até o modo de produção capitalista desenvolvido de hoje, o declínio das antigas

* Graduado no curso Bacharel Interdisciplinar em Humanidades, Universidade Federal do Extremo Sul da Bahia, Campus Paulo Freire, Teixeira de Freitas. Graduando no curso de Direito, Universidade Federal do Extremo Sul da Bahia, Campus Sosígenes Costa, Porto Seguro. Endereço eletrônico: lucasch_oliveira@yahoo.com

[1] Em seu livro *Filosofia do direito,* Mascaro (2018) afirma que a tradição marxista desmembra o socialismo científico daquilo que vulgarmente ficou conhecido como socialismo utópico. Sobre tal questão, o autor escreve que "Essa visão, típica do século XIX, era bastante idealista, baseada numa espécie de boa vontade social. Fourier, Saint–Simon e vários reformadores do século XIX foram chamados socialistas utópicos. A origem de tal visão idealista sobre o futuro remonta a textos muito conhecidos, como a Utopia de Thomas Morus, de onde se extrai a acepção moderna do termo" (MASCARO, 2018, p. 532).

> classes e dos antagonismos de classe e a formação de novas classes com novos interesses contraditórios, os quais, entre outras coisas, também se exprimem sob a forma de novas reivindicações jurídicas (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 23).

De acordo com os autores, Menger trata o socialismo sob uma perspectiva jurídico-política, ou seja, "[...] a pequenas fórmulas jurídicas, a 'direitos fundamentais' socialistas, reedição dos direitos humanos para o século XIX" (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 28). Isso significa a eliminação de pilares importantes do movimento, como sua síntese histórica e conteúdo, reduzindo-o a uma filosofia do direito carente de valor prático. São três os direitos fundamentais a qual o socialismo é reduzido juridicamente: o direito ao produto integral do trabalho, o direito à existência e o direito ao trabalho. Contudo, o objetivo de Engels e Kautsky é tratar apenas do primeiro direito fundamental apontado.

Entre as críticas atribuídas ao direito que cada indivíduo deva ter ao produto integral do seu trabalho, destaca-se a de que não há a sociabilidade dos meios de produção em sua demanda, afastando um posicionamento a favor das reivindicações operárias de cunho comunista. Esse impasse fez com que Menger ampliasse seu primeiro direito fundamental com o objetivo de atender as reivindicações coletivistas, resultando em uma segunda classificação: o direito à existência.

O jurista acredita que mesmo ocorrendo a abolição da produção de mercadorias, esta continuaria a existir. Seguindo tal lógica, mesmo em uma sociedade socialista as mercadorias permaneceriam condicionadas ao seu valor de troca e a força de trabalho continuaria a ser vendida também como mercadoria, perpetuando as estruturas que em seu livro propôs transformar. Assim, a questão mais importante em sua obra seria saber se a condição referente ao preço histórico e tradicional do trabalho iria manter-se, com acréscimo, ou seria determinado de forma totalmente diversa em comparação às sociedades anteriores.

Menger realiza forçosas investidas ao pensamento marxista, afirmando que não é apresentado de forma clara as relações que envolvam o direito integral ao trabalho. Engels e Kautsky, contrapondo o jurista, elucidam que Marx não expôs em seus estudos quaisquer reivindicações jurídicas ou posicionou o direito como meio revolucionário, por isso, infundada seriam tais críticas. Nesse sentido, os autores pontuam que

> O direito jurídico, que apenas reflete as condições econômicas de determinada sociedade, ocupa posição muito secundária nas pesquisas teóricas de Marx; ao contrário, aparecem em primeiro plano a legitimidade histórica, as situações específicas, os modos de apropriação, as classes sociais de determinadas épocas, cujo exame interessa fundamentalmente aos que veem na história um desenvolvimento contínuo, apesar de muitas vezes contraditório, e não simples caos [Wust] de loucura e brutalidade, como a via o século XVIII (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 34).

Para Menger caberia a filosofia do direito a reformulação jurídica do socialismo. A datar de reformas pacíficas a ordem jurídica, sob os interesses das massas, seria possível as mudanças substanciais na sociedade capitalista. Isto significa que o autor apresenta o socialismo como um sistema jurídico, cabendo aos operadores do direito estabelecerem o curso para o desenvolvimento social.

A constituição teórica do jurista estrutura-se de forma intrínseca aos direitos fundamentais. Contudo, Engels e Kautsky demonstram incertezas em passagens da obra de Menger relativas ao papel da filosofia jurídica, colocando em dúvida a sua função delegada anteriormente e passando tal dever ao desenvolvimento histórico. Do mesmo modo, as mudanças necessárias que no início do seu livro seriam realizadas contemporaneamente ao próprio estudo, deslocam-se para momentos futuros, indefinidos. Menger não tem certeza de como o próprio desenvolvimento histórico poderia se posicionar, seja a favor do direito ao produto integral do trabalho ou contra ao próprio direito ao trabalho, descartando sua própria teoria sobre os direitos fundamentais. Os autores questionam que

> […] se esses direitos fundamentais nem sequer estão em condições de produzir alguma eficácia, se eles não determinam nem realizam o desenvolvimento social, mas são determinados e realizados por este, para que então esse esforço de reduzir todo o socialismo a direitos fundamentais? Para que o esforço de despir o socialismo de seus "ornamentos" econômicos e históricos, se posteriormente ficamos sabendo que os "ornamentos" constituem seu real conteúdo? (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 46).

Visto que o direito espelha as condições econômicas, entende-se que o desenvolvimento das lutas de classe em contornos jurídicos, como apresentado na teoria de Menger, representa apenas uma vertente do reformismo[2]. As críticas de Engels e Kautsky não se limitam a mostrar a inviabilidade de efetivas transformações sociais pelo direito, mas também explicitar sua subordinação as relações econômicas. Nessa perspectiva, as contribuições de Pachukanis (2017) são valiosas para a compreensão do direito à luz do pensamento marxista. De acordo com o autor, as mudanças centrais para a reprodução do capital são inviáveis pelo direito, dado que o próprio constitui a representação de uma forma social específica no capitalismo, a forma jurídica[3].

Engels e Kautsky, por fim, não negam a possibilidade da existência de reivindicações jurídicas advindas da classe operária. De modo a atingir a estrutura capitalista

[2] Os reformistas não reconhecem a necessidade da revolução como pilar central no processo de transição ao socialismo. Suas ações ocorrem através de instâncias que dentro do próprio modo de produção capitalista atuam na exploração da classe trabalhadora (MASCARO, 2018).

[3] Pachukanis (2017), em sua obra Teoria geral do direito e marxismo, afirma que a forma jurídica deriva-se da forma mercantil. O autor, contrariando a corrente positivista, esclarece que "[…] a dogmática jurídica conclui que todos os elementos existentes na relação jurídica, entre eles o próprio sujeito, são gerados pela norma. Na verdade, claro, a condição prévia fundamental por meio da qual todas essas normas concretas ganham significado consiste na existência da economia mercantil-monetária" (PACHUKANIS, 2017, p. 92).

"[...] toda classe em luta precisa, pois, formular suas reivindicações em um programa, sob a forma de reivindicações jurídicas" (ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 47). As reivindicações devem existir, representando o interesse comum. Contudo, devem ser praticadas em um momento posterior a tomada do poder político, podendo assim, sob a forma da lei, alcançar validade universal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *Socialismo jurídico.* 2ª ed. São Paulo: Boitempo, p. 01-81, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito.* 6ª ed. São Paulo: Atlas, p. 01-628, 2018.

PACHUKANIS, Evguiéni Bronislávovitch. *Teoria geral do direito e marxismo.* 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 01-144, 2017.

MARIA DA PENHA E A DENÚNCIA CONTRA A MOROSIDADE DA JUSTIÇA

Ana Clarissa Santos Araújo*

REFERÊNCIA DA OBRA: FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... Posso contar.* 2.ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

Em primeira abordagem, vale enfatizar que o livro possui grande valor para a área jurídica, pois além de a autora ser símbolo da luta contra a violência doméstica, a obra também mostra toda a montagem e corrimento do processo. Maria relata sua posição de mulher intelectualizada, o que gera o questionamento: se a violência doméstica atinge dolorosamente quem possui informação, a mercê de que fica a população sem instrução? Maria da Penha sobreviveu... E pode contar, melhor do que qualquer outra pessoa.

Farmacêutica bioquímica, natural de Fortaleza, filha de cirurgião-dentista e de professora, inicia o relato com sua história de infância. Na década de 70, cidade de São Paulo, Maria ingressa em mestrado na Universidade de São Paulo após um divórcio marcado por decepções. Por meio de amigos, conheceu um colombiano chamado Marco Antonio Viveiros, teve uma boa impressão do rapaz e enfatiza bem que o mesmo não aparentava haver distúrbio em seu temperamento, o fato de não saber bem a língua portuguesa o aproximou de Maria da Penha que sempre demonstrou empatia e disposição a ajudá-lo. Após se conhecerem paulatinamente, consolidaram um relacionamento afetivo.

Durante o relacionamento, a autora ressalta o comportamento educado de Marco Antônio, alega que o rapaz conquistava a simpatia de todos e o descreviam como: gentil, atencioso e prendado. De início, Marco passou por inúmeras dificuldades financeiras, perdeu sua bolsa de estudos e sua origem estrangeira o impedia de ingressar no mercado de trabalho. Por conta disso, Maria o sustentou financeiramente durante esse tempo de dificuldade e ao passar dos dias casaram-se em um consulado da Bolívia, uma vez que na condição de desquitada, Maria da Penha não poderia casar-se em seu país.Ademais, o divórcio no Brasil foi criado posteriormente por meio de Emenda Constitucional em 28 de junho de 1977. Marco declarava ser solteiro, mas já fora casado.

Após constituir uma família com Penha, Marco perseguiu seu objetivo: naturalização brasileira, para poder ingressar em uma oportunidade de emprego e desligar-se da responsabilidade em relação a um filho seu nascido na Colômbia, fato que Maria

*Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Uninovafapi, 6º período; pesquisadora na área de Direito Constitucional; endereço eletrônico: anaclari04@gmail.com; contato (86)99533-2007.

soube anos após a união. Marco ampliou seus contatos profissionais e integrou-se em grupos de amigos.A partir disso, foi envaidecendo-se e modificou totalmente o seu modo de ser, não se importava mais de mostrar sua face mesquinha e violenta. Maria relata que o companheiro até então afável transformou-se em uma pessoa agressiva e intolerante com a esposa e suas próprias filhas.Já não havia mais troca de informações, ele não a permitia opinar, como mãe, o que melhor convinha para as filhas, ele não as protegia de acidentes, pelo contrário, aproximava-as do perigo, sempre as reprimia e não as permitia chorar, o que é inevitável para crianças de tão pouca idade.

A partir desse fato, Maria vivia tensa e não teve mais uma noite de tranquilidade, as crianças eram controladas a todo o momento para não irritarem o pai com futilidades, pois caso contrário, eram violentamente agredidas. Na sua ausência, as crianças podiam ser de fato crianças: correr, brincar, gritar, chorar, desarrumar... Sem temor, sem coação, sem palmadas e sem cenas de destempero. Perante estranhos, Marco se portava como uma pessoa educada, cortês e comedida.

Nesse contexto, a violência doméstica contra a mulher obedece a um ciclo, devidamente comprovado, que se caracteriza pelo "pedido de perdão" que o agressor faz à vítima, prometendo que nunca mais aquilo irá acontecer. Maria alega em sua obra que nessa fase, a mulher é mimoseada pelo companheiro e passa a acreditar que violências não irão mais acontecer. Nessa etapa do ciclo tiveram uma nova gravidez, entretanto a criança que sequer sabia caminhar não poderia apoiar-se nas paredes e nem urinar pela casa, sendo que a mesma ainda não possuía tal controle.

Entre outros feitos de Marco, inesperadamente, pediu que Maria assinasse um seguro de vida, beneficiando-o. Contudo ele a enganou, dramatizando uma simples transação comercial, sem que ela soubesse, reconheceu naquele mesmo dia a sua firma e escondeu em uma gaveta também fotocópias de outros documentos autenticados, tudo feito sem o seu conhecimento. Além de outros falsos documentos, entre eles um pretenso e falso título de doutor em administração apresentado à Universidade do Rio Grande do Norte.

Certo dia, Maria acordou e não conseguia mexer-se, havia sofrido um disparo de arma de fogo por conta de um suposto assalto que ocorreu em sua casa e fora socorrida pelas empregadas. Posteriormente, recebeu o diagnóstico de que nunca mais poderia caminhar, pois se encontrava em estado de paraplegia com total falta de equilíbrio do tronco, ausência de flexão e extensão do pescoço, atrofia da musculatura do quadril esquerdo e da escápula, rotação do pescoço somente para o lado direito, entre outras disfunções. Marco, com seu superficial ferimento no ombro, não só mostrava total desinteresse pelo meu estado de saúde, como o minimizava com descaso no sentido de fornecer subsídios, fatos ou pistas que facilitassem o trabalho de investigação policial e continuou seu comportamento agressivo, áspero e autoritário, não só com Maria no hospital, mas também em casa com as crianças.

Durante esse período de hospitalização, Marco fez Maria perder o voo para o hospital, convenceu uma das domésticas a assinar um papel ofício em branco. Antes da divisão dos pertences do casal, por ocasião da separação consensual, Marco surrupiou os bens de valores mais elevados, com o simples comunicado ao advogado

de que os tinha vendido para quitar dívidas pessoais. Além de vários outros crimes, chantagens e ameaças de afastar as crianças da mãe, de trancá-la em cativeiro em sua casa, entre outros.

Quanto aos filhos, Marco adotou maus-tratos que chamava de "medidas pedagógicas", afastava as crianças da família, as espancavam por qualquer motivo fútil, as proibiam de beber água. Durante a fisioterapia, Maria da Penha planejava minuciosamente os procedimentos judiciais para a separação. Não pôde mais ingressar no mercado de trabalho por conta da deficiência, havia perdido o direito de viver como pessoa fisicamente íntegra. Quando voltou para casa sobreviveu dias terríveis com Marco Antônio, que a impedia de ter uma recuperação pacífica e ainda tentou matá-la mais uma vez por meio de um choque no chuveiro, Maria da Penha mais uma vez sobreviveu. Após uma viagem de Marco, pôde arrumar seus pertences para ir embora juntamente com as crianças. Também procurou por indícios suspeitos nos pertences de Marco. Para sua surpresa, encontrou documentos falsos e várias cartas amorosas, Marco tinha uma amante.

Maria comunicou a Marco que havia saído de casa mediante autorização judicial e que o contato entre os dois seria por meio de advogado, o mesmo pediu desculpas e assumiu ser o único culpado. Por muitos dias foi na casa dos pais de Maria da Penha chutar a grade, insistindo em conversar com ela.

Em 10 de janeiro de 1984, começaram os depoimentos, foram ouvidos também os vizinhos e as empregadas. Feitas investigações no local do crime. Ao final, os elementos materiais, informações e circunstâncias apontavam para Marco como o principal suspeito do atentado, pois foi possível a descoberta de várias mentiras e farsas criadas por ele. Ademais, meses após o primeiro depoimento, Marco não lembrara mais o que havia proferido e passou a contradizer-se.

As acareações foram determinantes para as confirmações das suspeitas de Marco. Do ponto de vista jurídico, a acareação trata-se de um ato processual consistente na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já ouvidos, e destinado a obter o convencimento sobre a verdade de algum fato em que as declarações dessas pessoas foram divergentes (MIRABETE, 2019). Após várias contradições de Marco nas acareações feitas com as empregadas foi confirmado: Marco Antônio Heredia Viveros era de fato e de ação, o único praticante do atentado, idealizador do suposto assalto praticado em sua própria residência e da tentativa de assassinato contra a própria mulher. Fora ele quem havia feito o disparo, covardemente, enquanto Maria da Penha dormia.

Marco Antônio passou a enviar telegramas, cartões de aniversário e cartas, onde insistia em passar a imagem de pai injustiçado, mas terminantemente recusando-se a pagar a pensão alimentícia devida às filhas. E, em 1986, solicitou ao juiz da 2ª Vara de Família, Dr. José Maria de Vasconcelos Martins, o direito de viajar a Natal com as crianças, pedido esse negado, devido a seus antecedentes de maus-tratos às filhas.

A partir daí, Maria da Penha teve que enfrentara morosidade do judiciário, que serve como salvo conduto para criminosos, enquanto seu caso atingia tamanha no-

toriedade popular e jurídica. Durante o processo, a defesa de Marco utilizava-se de todos os meios para adiar e atrasar as audiências, quando finalmente a sentença foi proferida pela juíza Maria Odele: considerando o elevado grau de culpabilidade do réu, sua personalidade periculosa, revelada no cometimento do crime, bem como as graves consequências deste, fixa a pena em quinze anos de reclusão. De imediato, os defensores do réu impetraram recurso, que, julgado no ano seguinte, em maio de 1992, pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, acarretou a anulação do julgamento anterior, fundamentada na má formulação dos quesitos propostos ao corpo de jurados. Nessa circunstância,Marco Antônio Heredia Viveros aguardaria, gozando de total liberdade, que fosse determinada a data para ser submetido novamente ao Tribunal do Júri.

Em seu livro, Maria da Penha descreve a luta árdua que enfrentou contra o Estado e a morosidade da justiça, ela contou com o apoio de importantes entidades internacionais, o que fez o caso gerar uma repercussão mundial e torná-la símbolo de luta. Diante da ineficácia judicial dos tribunais brasileiros, que permaneceraminertes, em 20 de agosto de 1998, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional(CEJIL), 1º Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e a própria Maria da Penha apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA). Os fatos violatórios que permitiram o envio da denúncia ao foro internacional referiam-se à demora injustificada em processar, condenar e punir o agressor de Maria da Penha,assim como por impossibilitar a obtenção de uma reparação pelas violações sofridas, na justiça interna. Também foi argumentado e comprovado que o caso de Maria da Penha não era uma situação isolada, mas um caso emblemático, depadrão sistemático de violação e impunidade no país, revelando o viés de discriminação e violência contra as mulheres do sistema de justiça, bem como aviolação do Estado do dever de prevenir a violência doméstica contra as mulheres.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos encaminhou uma petição ao Estado solicitando informações e medidas, o Estado também foi responsabilizado pelas violações sofridas por Maria da Penha pela obstrução de seu direito à justiça, por tantos anos de impunidade. A problemática ganhou espaços de discussão e midiáticos, além disso, uma série de medidas de políticas públicas foi exigida, como a capacitação de funcionários do Estado, multiplicação do número de delegacias especiais para o atendimento da mulher, simplificação dos procedimentos judiciais penais, inclusão de debate e conscientização da temática em ambientes pedagógicos com o fito de erradicar a tolerância da violência contra a mulher e a morosidade legal e judiciária pare de favorecer o agressor.

No entanto, apenas em 2002 alguns avanços começaram a despontar. Diante da repercussão do caso de Maria, houve uma iniciativa corajosa e inédita no país: criada em 2006, uma lei que prevê um tratamento mais rigoroso para esse tipo de crime, chamada informalmente de Lei Maria da Penha com medidas de proteção e medidas educativas (BRASIL, 2006).

Em oposição à lei e ao progresso, vários tribunais a reconheceram como inconstitucional, entretanto, a Lei 11.340/2006 é um dos resultados mais positivos da história de Penha (BRASIL, 2006), além da consagrada igualdade entre mulheres e homens

em direitos e obrigações estabelecidos pelo art. 5º, I da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), inclusive na sociedade conjugal por meio do art. 226, §5º da CF/88 (BRASIL, 1988), também se fundamenta a Lei Maria da Penha no art. 226, §8º do texto constitucional, o qual assevera que:"O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos quea integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (BRASIL, 1988).

A Lei Maria da Penha é ainda uma resposta ao legado de impunidade deixado pela Lei 9.099 de 1995, a qual considerava os crimes de maior incidência contra as mulheres no âmbito doméstico – a saber, as ameaças e lesões corporais leves e culposas – como delitos de menor gravidade, e cuja aplicação pelos Juizados Especiais Criminais (BRASIL, 1995).

A lei é fruto, acima de tudo, de um longo processo de acúmulo do movimentofeminista e de mulheres na experiência do atendimento às vítimas dessa violência e da luta social por leis e políticas públicas nesse campo. Encontra respaldo em dados, estudos e pesquisas que fazem evidente a cruel incidência da violência doméstica sobre as mulheres e seus efeitos perversos. Com o fito de inibir, punir e erradicar toda e qualquer violência praticada contra a mulher, garantindo, desse modo, o respeito, a dignidade, o direito e a justiça à mulher em situação de violência doméstica.

Quanto a Marco Antônio Heredia Viveros, Penha em sua obra descreve seu fim "dezenove anos e seis meses depoisdo crime, a apenas seis meses da prescrição, ele foi finalmente preso. Porém, sua biografia e sua reputação ficaram manchadas para sempre, e disso ele será eternamente prisioneiro." (FERNANDES, 2012, p. 81).

Maria da Penha Maia Fernandes (2012, p. 24), também aborda o contexto da década em que viveu: uma sociedade machista e patriarcal e como a violência doméstica era tolerada:

> Se eu tivesse morrido, quem sabe, até minha própria honra estaria sendo maculada, já que são esses os mecanismos peculiares dos assassinos de mulheres, dos covardes que se autodenominam desonrados, mas são cruéis agressores, criminosos. Durante todo aquele flagelo, eu não podia deixar de lembrar as tantas mulheres que sofrem violências no âmbito familiar, e mais, as que perderam suas vidas, vítimas desse tipo de violência. Eu sabia que não estava sozinha. Conhecia também uma violência praticada de forma quase invisível, que é o preconceito contra as mulheres, desrespeito que abre caminho para atos mais severos e graves contra nós. Apesar de nossas conquistas, mesmo não tendo as melhores oportunidades, ainda costumam dizer que somos inferiores, e isso continua a transparecer em comentários públicos, piadas, letras de músicas, filmes, ou peças de publicidade.Com a Lei 11340/2006, a mulher está se sentindo encorajada a denunciar mais. Em Fortaleza, houve 7.968 denúncias em 2006, contra 10.648 em 2007, aumento de 33%. Apesar dos avanços nas denúncias, houve superação em 2008 do número de 72 mulheres assassinadas em 2007. Além disso, constatou-se

> que o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em Fortaleza, criado em 2007, já instaurou 2.972 processos, 891 inquéritos policiais, 2.717 medidas protetivas, realizou 44 prisões preventivas, 429 prisões em flagrante, 2.120 atendimentos psicossociais, além de realizar 2.480 audiências. Até novembro de 2008, foram registradas 10.425 ocorrências de casos de violência. Na década de 80, as notícias sobre violência contra a mulher estavam em destaque, através de denúncias feitas pela imprensa, e eracomum os autores dos delitos, maridos, companheiros ou ex-amores das vítimas, serem contemplados com a absolvição, ou com penas suaves, estimulando-se assim esse tipo de crime. Segundo palavras de Koffi Annam, ex-secretário da: Organização das Nações Unidas (ONU), a 'violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere à violência contra as mulheres, não há sociedades civilizadas'. Infelizmente, as leis do nosso país, além de serem exageradamente elásticas, concedem benefícios aos que as transgridem, até aos que cometem o mais irreversível de todos os crimes, que é o assassinato.

A Década de 70 é marcada por inúmeros casos no qual comumente os agressores eram absolvidos e "perdoados". Doca Street tornou-se o assassino mais famoso da época ao desfigurar com quatro tiros ngela Diniz, de 32 anos, chamada de "A Pantera de Minas" por ciúmes. Doca foi "louvado" pela sociedade, quando apenas os movimentos feministas lutavam contra o machismo dominante e contra o pensamento errôneo da cultura patriarcal enraizado na sociedade de que a mulher é posse do homem e a ele deve ser submissa. Doca foi sentenciado em apenas dois anos de pena e o feminicídio foi interpretado como "crime passional".

Logo, de Ângela, vítima de feminicídio, à Penha, vítima de violência doméstica, mas que sobreviveu, entre outras milhares de mulheres que sofreram e sofrem todos os dias, permanece uma luta diária de toda a sociedade por justiça e igualdade em um âmbito desigual. O ano de 2020 é o ano em que se comemora 14 anos de existência da Lei 11.340/06, uma lei específica, uma grande conquista feminista (BRASIL, 2006).

Portanto, "Sobrevivi... Posso contar" é uma denúncia da tolerância, omissão e negligência do Estado e da sociedade no tocante à violência doméstica (FERNANDES, 2012). É um grito de basta para todo o descaso e violência da sociedade e do Estado que estavam matando a cada dia várias mulheres com a ausência de políticas públicas e de leis específicas. É uma manifestação de coragem para enfrentar todo um sistema patriarcal e a morosidade da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 10 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... Posso contar.* 2.ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 18.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OS REJEITADOS URBANOS: A RELAÇÃO ENTRE O CONTROLE SOCIAL E A SEGREGAÇÃO DOS GUETOS

Iasmin Alves Ferreira Melo*

REFERÊNCIA DA OBRA: LOÏC, Wacquant. *As duas faces do gueto.* São Paulo: Boitempo, 2008. 156 p.

A obra sob análise é constituída por nove capítulos, elaborados em diálogo interdisciplinar com temas envolvendo a marginalização social, questões étnico-raciais e as políticas estatais dentro da conjuntura neoliberal. Loïc Wacquant, sociólogo francês, dedicou uma década inteira de pesquisas sobre os referidos temas, reunidas neste livro.

A principal tese do autor, que se encontra delineada ao longo dos ensaios que compõem a obra, é de que os aparatos neoliberais removeram o Estado de bem-estar social, passando a administrar os segmentos sociais considerados como indesejados, em especial a comunidade negra, por intermédio do controle penal e da violência inerente a este.

Os guetos norte-americanos se configuram como objeto de estudo do autor, conforme se depreende do título do livro, sendo abordados ao longo dos artigos. O gueto é compreendido por Wacquant como um instrumento de segregação geográfica e social, de confinamento e controle da população negra, representando uma exclusão espacial racista construída histórica e institucionalmente.

O gueto negro simboliza a lógica do poderio branco de dominação e hierarquia étnico-racial, conjugando, em acordo com Michel Wieviorka (1991), os componentes do racismo, preconceito, violência, segregação e discriminação em uma articulada máquina de exclusão, que acaba por constituir uma cidade negra dentro da cidade branca hegemônica. Evidencia-se, então, o abandono estatal por meio da política urbanística que se mantém por conta das estruturas sociais, ideológicas e econômicas.

A partir dessas considerações, são dissecadas as estruturas formadoras do gueto, bem como a tarefa que executam na formação das metrópoles estadunidenses e o seu dinamismo social. Os guetos servem à manutenção dessa forma urbana, na qual a descivilização e a demonização atuam conjuntamente, provocando, inicialmente, o sucateamento e a falência do espaço público. Em seguida, atuam através da proliferação de discursos midiáticos e políticos, em um mecanismo retórico que dissemina preconceitos contra a população segregada.

* Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2046689351995461. E-mail: iasmelo@hotmail.com.

Uma relação funcional une ambos os processos, sendo o discurso o instrumento utilizado para legitimar a institucionalização desses setores por meio do aparato público. A descivilização do gueto[1] é materializada em especial pela despacificação da vida diária, retratada por Wacquant quando utiliza dados que revelam a periculosidade fabricada nesses espaços pelo próprio Estado, que não possui interesse em criar políticas públicas de proteção a esses habitantes.

A remoção do Estado assistencial também é examinada na desertificação organizacional; ou seja, quando a erosão do espaço público decorre da destruição da infraestrutura pública. Do mesmo modo, analisa como a desdiferenciação social e informalização econômica refletem no declínio da economia formal, diminuindo as oportunidades de trabalho assalariado e abrindo espaço para o narcotráfico, que se expande em meio às crises socioeconômicas.

Desta forma, evidencia-se um liame que associa a destruição do Estado de bem estar social aos processos referidos, resultando em uma dinâmica autossustentável relacionada a fatores políticos, econômicos e sociais, enraizada no colapso das instituições públicas. Entretanto, a retirada do Estado não se dá de maneira total, visto que a emergência de sua faceta punitiva atua como paliativo da desestruturação das estruturas assistenciais.

Esta associação pressupõe a observação de diferentes níveis de análise, perpassando desde as instituições estatais até o modo como as relações sociais podem agir para legitimar as ações do governo. Wacquant defende, nesse sentido, que o medo da violência é utilizado para reforçar os mecanismos de controle social, agindo em conjunto com estereótipos racistas que estigmatizam corpos negros – a demonização retórica. Há, portanto, uma intersecção existente entre a exclusão por classe e raça, através do conceito de hipergueto, sendo o processo de marginalização levado ao extremo.

O autor busca, então, a adoção de uma perspectiva objetiva, racional e analítica no desenvolvimento do conceito de gueto, visando expor as "raízes claramente políticas do padrão urbano de exclusão racial e de classe, cuja materialização concreta é o hipergueto de hoje." (WACQUANT, 2008, p.11). Assim, os guetos representam a institucionalização do poderio branco, do setor social elevado, detentor do poder econômico, mantendo a diferenciação social e agravando a desigualdade de classes por intermédio do neoliberalismo.

Na construção do conceito analítico do gueto, ressalta seus componentes - o estigma, a coerção, o confinamento espacial e o encapsulamento institucional. Esses elementos se articulam de modo a maximizar a exploração material e econômica que decai sobre os corpos negros, garantindo o ostracismo social e impedindo que a cultura vista como inferior fosse difundida.

[1] A descivilização do gueto constitui-se na reversão de tendências associada à modificação estrutural das relações, estilo de vida, *habitus,* modos de conhecimento, apontadas por Norbert Elias (1994 *apud* WACQUANT, 2008, p. 34-35), cuja principal causa foi a remoção do Estado e, por conseguinte, a implosão das instituições públicas.

Na história urbana dos Estados Unidos, o confinamento e separação da população negra do restante da sociedade foi o modo utilizado pelas classes detentoras do poder político-econômico para administrar o processo de urbanização no contexto pós-guerra, bem como a pobreza e a questão racial. Destarte, a construção dos guetos funcionou como uma máquina de enclausurar pretos e reforçar o poder de dominação da branquitude por meio do controle social.

O capítulo cinco, de nome homônimo ao título do livro, é descrito pelo autor como o foco central da obra, expondo as duas facetas ou formas do gueto como aparato de segregação, enclausuramento e controle de minorias étnicas, ao passo que também impulsiona a uniformização cultural e a construção de uma identidade.

Em decorrência do processo de exclusão, se formaram as chamadas cidades negras dentro das cidades brancas, símbolo do ostracismo social, com instituições unirraciais, outra economia e outra dinâmica social, constituindo ambientes com cultura própria e detentores de autonomia perante serviços e funções sociais, tendo como produto a coesão interna desses tecidos urbanos.

O referido paralelismo institucional reflete na particularidade e na hostilidade desse modelo urbano de dominação, arquitetado pelo Estado e por intermédio das forças assimétricas de poder, em uma hierarquia étnica racista que consagra a violência coletiva institucionalizada contra os grupos que ocupam posição inferior na disputa de espaço das cidades. Assim, compreender o gueto como um mecanismo resultante e operado pela camada dominante, permite enxergá-lo como uma instituição de duas faces, cumprindo papéis opostos para os dois grupos. O gueto funciona como instrumento de confinamento, com objetivo de controlar a massa dominada enquanto atua como maneira de integração e proteção, dialogando com a “hostilidade externa e afinidade interna.” (WACQUANT, 2008, p.82).

Outrossim, disseca as três características que compõem a estrutura formadora dos guetos: a pobreza, a segregação e aglomeração étnica. Inicialmente, a pobreza é posta como resultado de fatores exógenos que emergem especialmente de políticas públicas. No tangente à segregação, o confinamento espacial é involuntário, sendo imposto às massas, acarretando no paralelismo das organizações e instituições. Gera um cosmos social; ou seja, cidades negras dentro das cidades brancas. Por fim, funcionando como uma máquina de identidade coletiva, os guetos unificam simbolicamente a cultura dos indivíduos que ali habitam.

Adentrando no Estado Penal, a denominada penalidade neoliberal é tratada como reflexo do abandono do Estado de bem-estar social, especialmente no que diz respeito ao aumento exponencial da quantidade de pessoas encarceradas. Nessa conjuntura, o fenômeno da criminalização em massa da miséria pode ser observado, administrando as consequências do agressivo neoliberalismo nas classes menos favorecidas.

Dessa maneira, essa prática se difunde em um processo de alinhamento que resulta do abandono do Estado econômico, do sucateamento do Estado social e do enrijecimento do Estado penal, instaurando a ameaça de sanção como meio de obter

e manter a ordem social, hipertrofiando a legislação penal e controlando os setores segregados. Para embasar sua tese, o autor cita estatísticas que comprovam que não houve diminuição da violência urbana, visto que as políticas públicas aplicadas sequer questionam a relação de causa e efeito entre a criminalidade e a política de abandono Estatal neoliberal.

Para Wacquant, a questão carcerária é o reflexo do uso do sistema penal de modo populista, combatendo um sentimento de insegurança generalizado e contendo as massas vítimas do ostracismo social nos guetos. O punitivismo opera, então, como reconstrutor da autoridade pública, com o controle policial e o encarceramento complementando a precarização do mercado de trabalho e a desregulação social generalizada.

Ao falar das prisões, ressalta sua construção histórica recente e explicita as três funções dessa instituição consideradas por Claude Faugeron[2] - encarceramento de segurança, diferenciação e autoridade, cujos objetivos são, respectivamente, segregar indivíduos perigosos; excluir as camadas indesejáveis; e reforçar a detenção do poder punitivo por parte do Estado.

Além do recorte racial, a ineficiência do Estado assistencial resultou no abandono de um grupo de indesejados que incomodou a elite e foi tratado como dejeto humano. Nesse contexto, o controle penal foi tido como recurso para lidar com toxicômanos, doentes mentais e sem-teto. A "Guerra às drogas", por exemplo, não é uma política que pune grande chefes do tráfico, mas sim, em sua maioria, usuários de drogas que portam pequenas quantidades, informação que o autor comprova ao fornecer dados acerca da população carcerária.

Através de estatísticas, Wacquant também demonstra a relação entre o sucateamento dos hospitais psiquiátricos e o aumento da custódia em prisões de pessoas com problemas psíquicos, comprovando que existe sim relação com o abandono estatal de políticas públicas. Por fim, entrevistas e dados demostram que os sem-teto cometem pequenos delitos para serem aprisionados, com a intenção de garantirem ao menos as refeições básicas do dia e abrigo, especialmente nas estações mais frias.

Não obstante o abandono do Estado assistencialista, a penalização estatal também sofre com a redução dos custos, simultaneamente ao aumento das bases de vigilância e ao fenômeno do encarceramento em massa, agravando essa situação. Como consequência, tem-se a diminuição na qualidade dos serviços fornecidos e na infraestrutura dos presídios, o uso de tecnologia com o escopo de diminuir o número de funcionários, e até mesmo a cobrança de custos para os apenados ou para suas famílias, ou de reembolso, além da instituição de trabalhos nas dependências prisionais, que utilizam dos presos como mão de obra barata.

Wacquant conclui o livro direcionando seu foco para o desenvolvimento de um pensamento crítico, estimulando reflexões acerca do sistema marcado pelas estrutu-

[2] Autor do livro "*Approches de la prison*" (1996), "Abordagens da prisão", em tradução livre.

ras neoliberais, em que as desigualdades encontram-se acentuadas. Esse pensamento crítico deve ser entendido por uma ótica dupla, kantiana, na medida em que realiza a crítica intelectual, e marxiana, ao se voltar para a realidade social.

É necessário convergir as teorias sociais e epistemológicas, adentrando nas formas de pensar e nas relações políticas e pessoais que auxiliam no sustento da macroestrutura. Assim, salienta a necessidade de difusão do pensamento crítico em períodos em que esse sofre ataques simbólicos por meio da disseminação de discursos meramente retóricos.

A obra de Wacquant permanece, então, relevante no contexto hodierno onde é explícito o racismo como elemento estruturante das sociedades ocidentais, perpassando os mais diversos âmbitos incluindo a questão urbana. Desse modo, sua pesquisa demonstra que a questão racial também está presente na maneira como as sociedades são construídas, salientando tratar-se de uma opção política para manter a população negra abandonada e isolada nos guetos.

Em consonância à exposição do autor, a segregação urbana possui reflexo em diversos setores, como o acesso à saúde, educação, empregos, entre outros fatores que contribuem na perpetuação do racismo. Expondo as teses dos artigos de maneira objetiva, Wacquant não somente traz um caráter de denúncia no livro, mas também destaca a importância da difusão do conhecimento para que haja estímulo do pensamento crítico diante das instituições e estruturas sociais.

Resumo de monografia

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DAS MULHERES PRESAS PELO ESTADO BRASILEIRO POR INCUMPRIMENTO ÀS REGRAS DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Cássia de Fátima Borges*

BORGES, Cássia de Fátima. *As violações de direitos das mulheres presas pelo Estado brasileiro por incumprimento às regras de Direitos Humanos Internacionais.* 2019. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

A monografia citada traz uma análise acerca da problemática do encarceramento feminino no Brasil e as crescentes violações de direitos internacionais que circundam o cárcere. O objetivo geral do trabalho é analisar as condições do aprisionamento feminino no país e discorrer sobre as regras de direito internacional sobre o tema. Os objetivos específicos são: demostrar a realidade carcerária, analisar os documentos legislativos de proteção à mulher e, por fim, verificar a possibilidade de efetivação destes direitos. O tema proposto se justifica pelo alto crescimento do número de mulheres no cárcere nos últimos anos e pela falta de estrutura dos presídios brasileiros para recebê-las, como para lidar com suas particularidades, principalmente quanto à gestação e cuidado com os filhos, propriciando transgressões de direitos constitucionais. O problema que a monografia busca apresentar é: "O Brasil falha na efetivação dos direitos humanos internacionalmente protegidos às mulheres presas?". Para responder esta pergunta, o trabalho apresenta as seguintes hipóteses: O perfil das mulheres no cárcere são de jovens, negras, mãe solteiras, rés primárias ou presas provisórias e inseridas, pela maioria das vezes, pelo cometimento do crime de tráfico de drogas. A prisão foi criada para receber homens. Sua estrutura física insalubre não corresponde a um ambiente adequado para receber gestantes, idosas, deficientes físicos e crianças, o que gera o alarmante aumento de denúncias contra o Estado brasileiro. Como resposta, o Brasil busca tomar medidas a curto prazo, como concessão de indultos, Habeas Corpus Coletivos e mudanças na legislação, porém, com poucos resultados na prática. Para desenvolver esta problemática, a monografia se divide em três capítulos. O primeiro capítulo examina as condições em que se criou o cárcere feminino, bem como o papel historicamente construído da mulher na sociedade e como estes desdobramentos contribuíram para a atual invisibilidade da mulher presa. O segundo capítulo analisa o papel do Estado na penalização destas mulheres, tanto como na criação de leis quanto na incorporação de tratados de direitos internacionais. Primeiramente, é analisado os diplomas internacionais que abordam a questão do cárcere, após, é apresentada a influência dessas legislações na construção das normas pátrias. Por fim, o terceiro capítulo se destina a busca por efetivação dos direitos das mulheres internacionalmente orientados, através da inter-

* Cursando o 10º período do Curso de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: cassiafborges@hotmail.com, contato: (34) 99182-6992

nalização das Regras de Bangkok. O resultado do estudo desenvolvido mostra que o encarceramento feminino no Brasil encontra-se em um estado de coisa inconstitucional, as mulheres sofrem duplamente pela punição de seus crimes, primeiro por não cumprir seu papel social de mãe, esposa e honesta, segundo, recebe a punição do sistema carcerário que não respeita suas particularidades e impacta diretamente na vida dos filhos e da família. O trabalho propõe a incorporação das Regras de Bangkok, aprovadas em 2010 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, na legislação pátria, como medida que leve a redução do encarceramento feminino no país e a criação de políticas públicas concretas que minimizem os efeitos do cárcere. A metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho foi o hipotético-dedutivo, realizado através de revisões bibliográfica e análise de dados de documentos governamentais.

Palavras-chave: Encarceramento Feminino; Regras de Bangkok; Tratados Internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGOTTI, Bruna. *Entre as leis da ciência, do estado e de deus:* O surgimento dos presídios femininos no Brasil. 2. ed. San Miguel de Tucumán: Editora Humanitas, 2018.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Tradução de: Maria Helena Kuhner.

Brasil, DECRETO. Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães, e dá outras providências. Publicado em 12 DE ABRIL DE 2017.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/* Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. 80 p .

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.370/2018, de 11 de maio de 2018. Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães. *Indulto do Dia das Mães.* Brasília, 11 maio 2018.

BRASIL. Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal.* Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal..* Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal.* Brasília, 1984.

BRASIL. Projeto de Lei nº 513, de 2013. Altera a Lei de Execução Penal. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.641, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 20 fev. 2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf.> Acesso em 21.04.2019

DAR À LUZ NA SOMBRA: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília - Df: Ipea, n. 51, 2015. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Disponível em: https://www.justica.gov.br›news›pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1. Acesso: 22.09.2019

ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo.* São Paulo: Ibccrim, 2004.

Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC. *Mulher em prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres.* Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-ittc-relatorio-mulheres-em-prisao-2017.pdf>. Acesso em 21.04.2019

LAGO, Natália Bouças do. *Mulheres na Prisão: Entre família, batalhas e uma vida normal.* 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LEAL, César Barros. Mulheres em Situação de Prisão: Olhar mais humano e seriedade. *Revista Jurídica Consulex,* Brasília, v. 16, n. 364, p.30-31, mar. 2012

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva,* [s.l.], v. 21, n. 7, p.2061-2070, jul. 2016. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016.

Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN Mulheres - 2ª Edição / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa...[et al.]. - Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 79 p.: il. color. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso: 18.08.2019

LIMA, Fernanda da Silva; MIRANDA, Carlos Diego Apoitia. *O ENCARCERAMENTO FEMININO E A POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: A SELETIVIDADE E A MULHER NEGRA PRESA*. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPOR NEA,13º, 2017, Santa Cruz. Santa Cruz: Unisc, 2017. p. 1 - 17.

NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justiicada pelo machismo. *Revista de Estudos Jurídicos Unesp,* São Paulo, v. 25, n. 17, p.317-336, nov. 2013.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Para uma crítica da razão androcêntrica. *Revista Seqüência,* Santa Catarina, v. 0, n. 48, p.41-72, jul. 2002.

PADOVANI, Natália Corazza. *"Perpétuas espirais": Falas do poder e do prazer sexual em trinta anos (1977 – 2009) na história da Penitenciária Feminina da Capital.* 2010. 175 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

PASTORAL CARCERÁRIA (Brasil) (Org.). *Em defesa do desencarceramento de mulheres:* Pesquisa Sobre o Impacto Concreto do Indulto do Dia das Mães de 2017. Brasil: Carceraria, 2018. 54 p.

PEIXOTO, Paula Carvalho. *Vítimas Encarceradas.* São Paulo: Ibccrim, 2017. 127 p.

QUEIROZ, Karen Emilia Formiga de. *Maternidade no Cárcere.* 2017. 85 f. Monograia - Curso de Direito, Universidade Federal da Paraía, Santa Rita, 2017.

REVISTA DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Brasília - Df: Ministério da Justiça, v. 1, n. 18, 2005.

RITA, Rosângela Peixoto Santa. Alguns paradoxos do encarceramento feminino brasileiro. *Revista Jurídica Consulex,* Brasília, v. 16, n. 364, p.32-33, mar. 2012.

SAFFIOTI, Heleieth I. B.. *Gênero, patriarcado e violência.* 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SOARES, Tatiana Mendes Simões. Do dia Internacional da Mulher à descuidada realidade das mulheres encarceradas. *Revista jurídica Consulex,* Brasília, v. 364, n. 16, p.28-29, mar. 2012.

SPINDOLA, Luciana Soares. A mulher encarcerada no sistema penal brasileiro: a busca de soluções para as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade. Brasília: IDP/EDB, 2016. 29f, -Artigo (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

STELLA, Claudia. Filhos de mulheres presas: o papel materno na socialização do indivíduo. *Estudo e Pesquisa em Psicologia,* Rio de Janeiro, v. 2, n. 9, p.292-306, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal.* 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

TRIVIÑOS, Augusto N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais:* a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. *Crianças encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.* 2013. 508 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

Resumo de monografia

CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE AO ERRO MÉDICO NA PERSPECTIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Kevin de Carvalho Rozza*

ROZZA, Kevin de Carvalho. Critérios de aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance ao erro médico na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça. 2019. 78 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Balneário Camboriú, 2019.

O presente trabalho tem como **objeto** a análise jurisprudencial, de 2009 até 2019, do Superior Tribunal de Justiça para entender os critérios de aplicação do instituto da perda de uma chance ao erro médico. Utilizando-se de **pesquisa bibliográfica indutiva,** sendo que o trabalho se divide em três capítulos. O trabalho tem como **objetivo geral** analisar a aplicabilidade da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance ao erro médico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Assim, os **objetivos específicos** são: a) analisar de modo amplo os elementos e tipos de responsabilização civil predominantes no ordenamento jurídico; b) contextualizar a natureza jurídica do direito à saúde, bem como os direitos de personalidade, no viés civil constitucional; c) explicar como é a responsabilidade civil aplicada aos médicos, bem como qual é a obrigação desses profissionais; d) apresentar a jurisprudência (2009 até 2019) do STJ para constatar como se dá a aplicação do instituto da perda de uma chance ao erro médico. **Justifica-se** no grande número de ações judiciais envolvendo médicos, sob a alegação de terem cometido erro médico ao prescreverem o diagnóstico ou prescreverem um tratamento erroneamente. Por isso, optou-se por analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para se ter uma ideia de como o Tribunal vem aplicando o instituto da perda de uma chance aos profissionais da área médica. Ressalta-se a importância do tema em se ter uma noção de como os médicos são tratados no âmbito judicial, de modo a pelo menos tentar dar maior segurança jurídica à atividade médica. Leva-se como **problemática:** Quais os critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do instituto da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil por erro médico que reduz a possibilidade de cura do paciente? A **hipótese** é de que pelo de a medicina ser uma atividade de resultado incerto, a aplicabilidade da perda de uma chance acaba sendo constante à atividade médica, em especial nas cortes superiores, ante a dificuldade

* Advogado. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Campus Balneário Camboriú. Manteve vínculo de estágio com o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no Cartório da 2ª Vara Cível da Comarca de Balneário Camboriú. Atuou como monitor bolsista do "PROGRAMA INTEGRA-AÇÃO: PAIDEIA" na Universidade do Vale do Itajaí - Campus Balneário Camboriú. Pesquisador na área de Direito Civil, com ênfase em Responsabilidade Civil médica. Aprovado no XXIX Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: kevindecarvalhorozza@gmail.com

de caracterização do nexo causal direto. No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a perda de uma chance é suscitada na maioria dos casos envolvendo erro médico, quando há a perda da chance de cura do paciente, de modo que sua aplicação é feita, mas nem sempre o recurso é provido, dando certa segurança à atividade dos médicos. Tem-se, **por fim,** que os critérios de aplicação do instituto da perda de uma chance ao erro médico, pelo menos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, levam em consideração um ato omissivo ou comissivo culposo do médico, o que confere maior justeza e segurança jurídica aos julgados, o que por si só está de acordo com a hipótese levantada na pesquisa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Erro médico. Responsabilidade civil. Superior Tribunal de Justiça. Teoria da perda de uma chance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, H.M.; FIGUEIREDO, C. R. A.; ROZZA, K. C. A importância do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica. In: III Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, 2017, Itajaí. *Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil,* 2017. v. 2017. p. 14-25.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.

ASSIS NETO, Sebastião de. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. *Manual de direito civil:* volume único. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional contemporâneo:* natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2GgDQ7U>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos de personalidade.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional.* 10. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://bit.ly/2Gqm0ke>. Acesso em: 15 abr. 2019.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.* Dispões sobre o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://bit.ly/2lTdOBA>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://bit.ly/349V41J>. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 909.233 - PR*. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Agravante: Elbens Marcos Minoreli de Azevedo. Agravado: Valéria Cristina dos Santos e Outros. Brasília, 16 de maio de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2mdOypf>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 140.251 - MS*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Agravante: Clínica de Campo Grande S/A. Agravado: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Brasília, 03 de agosto de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2kcjmpI>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 832.297 - ES*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Agravante: Kinderman Luiz Pinto. Agravado: Joesir Loures Rocha. Brasília,10 de abril de 2018. Disponível em: <http://bit.ly/2kNbwDm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.380.905 - ES*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Agravante: Unimed Vitória Cooperativa de Trabalho Médico. Agravado: Marcelo Pagani Devens e outros. Brasília, 27 de maio de 2019. Disponível em: < http://bit.ly/2mlRu3l>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.222.132 - RS*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Agravante: Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Agravado: Cleomar Claudino Bohn e Outro. Brasília, 03 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2kAvDod>. Acesso em: 09 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 553.104 - RS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Agravante: Sociedade Educação e Caridade - Hospital Dom João Becker. Agravado: Antônio Carlos da Silva. Brasília, 01 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://bit.ly/2kyH8g2>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <http://bit.ly/2kmxKMs>. "Pesquisa dos termos: "perda chance erro médico". Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.104.665 - RS*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Antônio Cláudio Marques Castilho. Recorrido: Ivo Fortes Dos Santos. Brasília, 09 de junho de 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2k3PN9P>. Acesso em: 06 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.184.128 - MS*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Recorrente: Associação Beneficente Douradense ABD. Recorrido: João Alves de Carvalho e Outro. Brasília, 08 de junho de 2010. Disponível em: <http://bit.ly/2kxecFe>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.254.141-PR*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma De Lima Oli-

veira - Espólio e Outros. Brasília, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://bit.ly/2ma9gX2>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.622.538 - MS.* Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Júlio José de Andrade Quialheiro. Recorrido: Waldeiyr Duarte Amaral Carola. Brasília, 21 de março de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2mbutjm>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.662.338 - SP.* Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Geraldo Alves Ferreira Filho e outros. Recorrido: Marcio Antônio Arantes e outros. Brasília, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/2kNSL2G>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 387.* Disponível em: <http://bit.ly/2Jz3NCV>. Acesso em: 12 maio 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico.* São Paulo: Método, 2005.

CAVALHERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor.* São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* obrigações e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Erro médico e o direito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro:* teoria geral das obrigações. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Povo e poder reformador: premissas de legitimidade. *Revista Argumenta.* Jacarezinho/PR, n. 6, p. 42-54, fev. 2013. Disponível em: <http://bit.ly/2ZkWP9R>. Acesso em: 18 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze. *Manual de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Marcos Leite; Melo, Osvaldo Ferreira de. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. *Revista eletrônica Direito e Política,* Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 4, n. 2, 2. Quadrimestre de 2009. Disponível em: <http://bit.ly/2Xvej1B>. Acesso em: 21 abr. 2019.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico:* à luz da jurisprudência comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro:* teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRISARD, Nelson. *Manual de orientação ética e disciplinar.* 5. ed. Florianópolis: CREMESC, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico.* 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico.* 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

LEITE, Eduardo de oliveira. *A monografia jurídica.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional.* 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUNES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor.* 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica:* teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista BoniJuris,* Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abril 2004.

POLICASTRO, Décio. *Erro médico e suas consequências jurídicas.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROZZA, K. C.; FIGUEIREDO, C. R. A. A inversão do ônus probatório e aplicação do CDC em caso de responsabilidade civil por erro médico decorrente de cirurgias plásticas estéticas na perspectiva do STJ. *Produção científica CEJURPS,* v. 14, p. 329-341, 2017.

SARLET, Ingo W. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1158-1159.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance.* São Paulo: Atlas, 2006.

SCHAERFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico e erro de diagnóstico.* Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance.* São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil:* direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil:* volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo.* Curitiba: Juruá, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PERSPECTIVAS DA REGULAÇÃO ECONÔMICA DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS: ENTRE O LIVRE MERCADO E A FIXAÇÃO DE PREÇOS MÍNIMOS DE FRETE

Maria Carolina Rezende Vera*

VERA, Maria Carolina Rezende. *Perspectivas da regulação econômica do transporte rodoviário de cargas:* entre o livre mercado e a fixação de preços mínimos de frete. 2019. 169f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/23250>. Acesso em 28 de maio de 2020.

Este trabalho de conclusão de curso é o resultado de uma inquietação quanto à restrição da liberdade do estabelecimento de preços de fretes no mercado brasileiro de transporte rodoviário de cargas, materializada por meio da Política Nacional de Pisos Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. O estudo inicia-se com uma apresentação de conceitos-chave e análises sobre a evolução normativa do transporte rodoviário de cargas e sobre as principais características do mercado nesse setor. Neste trajeto, foram expostas duas modalidades de regulação econômica estatal: a intervenção do Estado por meio da fixação de preços e a regulação econômica concorrencial. Enquanto a primeira caracteriza-se pelo viés intervencionista e se relaciona com a prestação de serviços públicos e o desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado; a segunda viabiliza a atuação estatal por meio da defesa da concorrência, utilizando-se do conceito de livre concorrência ora como princípio, ora como norma. Foram analisados os pressupostos e os limites constitucionais para a aplicação da regulação econômica estatal intervencionista e constatou-se que, o mercado de transporte rodoviário de cargas não apresenta imperfeições justificadoras da política de preços mínimos de fretes. Verificou-se que a regulação econômica estatal, via intervenção direta, no setor em questão, não encontra respaldo na teoria regulatória econômica estudada, uma vez que (i) não foram configuradas falhas de mercado autorizadoras da intervenção, (ii) os resultados obtidos com a intervenção não se coadunam com os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da proteção do trabalho humano, e (iii) a regulação econômica concorrencial está apta a promover o controle de condutas e estruturas no mercado estudado.

Palavras-chave: Regulação do Transporte Rodoviário. Transporte. Frete. Concorrência.

* Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Contato: rezendev.mariacarolina@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4443101930731466.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações. *Revista do Serviço Público,* v. 50, n. 2, p. 19-50, 1999. Disponível em: <http://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/345/525>. Acesso em 04 maio 2019.

ALVES, Flávia Neves Rocha; PECI, Alketa. Análise de Impacto Regulatório: uma nova ferramenta para a melhoria da regulação na Anvisa. *Revista Saúde Pública,* São Paulo, v. 45, n. 4, p. 802-805, agosto 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000400023&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 05 jun. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, L. B. (Org.) *Direito e economia no Brasil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014a. p. 34-74.

ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Macroeconomia. In: TIMM, L. B. (Org.) *Direito e economia no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014b. p. 75-114.

ARANHA, Márcio Iório. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório.* 3. ed. rev. ampl. London: Laccademia Publishing, 2015.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, L. B (Org.). *Direito e Economia no Brasil.* São Paulo: Atlas, 2014. p. 266-295.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico.* 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARRIONUEVO, ARTHUR. A formação distorcida de preços administrados na experiência brasileira recente. *Revista de Economia Política,* São Paulo, v. 35, n. 3, p. 475-491, setembro 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572015000300475&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240/44652>. Acesso em 19 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Estatísticas dos Transportadores e Frota Registrados – 2010 a 2016.* Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/transportadores_e_frota_registrados__2010_a_2016.pdf>. Acesso em 05 abri. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Guia do RNTRC para os transportadores.* Agosto, 2018. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2018/08/13/Guia_do_RNTRC_para_os_Transportadores_V_24.pdf>. Aces-

so em 11 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR, de 20 de março de 2019*. Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Terrestres. *Nota Técnica SEI nº 108/2019/GERET/SUROC/DIR (Versão do Sistema SEI), 20 de março de 2019*. Referência: Processo nº 50500.302199/2019-63. Disponível em: <https://participantt.antt.gov.br/Site/AudienciaPublica/VisualizarAvisoAudienciaPublica.aspx?CodigoAudiencia=378>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Processo Administrativo nº 50500.067154/2015-11*. Disponível em: <http://sei.antt.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?z3-naSmpl6_63qczD0vsEegOjw-LCorm020SWqclP62HKAZ52m_NOA3XovV2mCyVF59RvlCdEV6BmAE9PzKZ4sAHiUrgWSuOwF1X4r3gcDvkgu7drjyuQAOWsFJYyLAg>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Registro nacional de transportadores rodoviários de cargas – RNTRC Série Histórica*. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/04/29/rntrc_serie_historica.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. *Resolução nº 4.799, de 27 de julho de 2015*. Regulamenta procedimentos para inscrição e manutenção no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas, RNTRC; e dá outras providências. Disponível em: <https://anttlegis.datalegis.inf.br/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00004799&seq_ato=000&vlr_ano=2015&sgl_orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=161&cod_menu=5411>. Acesso em 19 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08012.001396/2004-17*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN1O4pkNUUg4EBfekrk6U2uoo_1xGP3tueZyOSmuv2V5wCX-LxAyBiForGEuraPY-B_yw6Z54OVwQ28DCOmHp6E>. Acesso em 07 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.005979/2017-83*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTudjMfs0pEBDHWi0ZEhtnYG1ZGSBMdtjIbPknJWvJ_k>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.005979/2017-83*. Parecer nº 13/2018/CGAA4/SGA1/SG. Versão de Acesso Público. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8m-

pB9yOQaOpPvzXkyWxRSL_4LzX2bzIf4-UAQHzZDHtZYA2bNFeSoxbIrIhYlwewynh1v_1fgjVrtVs-KKtndrnOFqpt>. Acesso em 13 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.011294/2015-12*. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5Uu-J6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcd_VsD4n835PoP-zoMMxhQPoHpg11MOqQgO6lbfLvxc1m>. Acesso em 08 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.011294/2015-12*. Voto. Versão de Acesso Público Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?-DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO6O3IT42SsqJqx_AA4cv1csYE-gVuMi-spa5kmSS7jFpx_R9mRC2ukET4XtTi-nMn-grNTUhDUzC_qCVIv7Ae_J>. Acesso em 10 maio 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Página do Planalto Central*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências. *Página do Plano Central*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4130.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica nº 39/2017/DEE/CADE, 30 de outubro de 2017*. Referência: Processo nº 08700.000924/2017-87. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOga6sYPx-zVdZE9mniP_nGN9ZYEOAjLU-QraO13nEdXPegV54qhH9WdPt2xe1DgYIwoJc5h7mBbQioCCvAyDWHy>. Acesso em 30 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, e dá outras providências. *Página do Planalto Central*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6813.htm>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Página do Planalto Central*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em 31 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. *Página do Planalto Central*. Disponível em: <http://www.

planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em 03 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Página do Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 11.442, de 05 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980. *Página do Planalto Central.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11442.htm>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Página do Planalto Central.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. Medida provisória nº 832, de 27 de maio de 2018. Institui a Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas. *Diário Oficial da União***,** Brasília, DF, 27 maio 2018. Seção 1, p. 1. Edição Extra. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2018/medidaprovisoria-832-27-maio-2018-786757-publicacaooriginal-155678-pe.html>. Acesso em 31 mar. 2019.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. *Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/@@download/file/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em 05 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5956.* Número único 0072623-46.2018.1.00.0000. Requerente: Associação do Transporte Rodoviário de Carga do Brasil. Relatoria: Ministro Luiz Fux. Data de protocolo: 07/06/2018. Disponível em:<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5481962>. Acesso em 31 mar. 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova,* São Paulo, n. 45, p. 49-95, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 maio 2019.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Intervenção do estado na economia e direito da concorrência. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* Porto Alegre, n. 38, p. 178-198, ago. 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.EA67E161&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em 22 abr. 2019.

CAIXETA-FILHO, José Vicente. Sistema de Informações de Fretes Para Cargas Agrícolas: Concepção e Aplicações. *Revista Brasileira de Agroinformática,* v. 1, n.1, p. 41-52, 1998. Disponível em: <https://esalqlog.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/1998/09/ART6.6.57.pdf>. Acesso em 30 maio 2019.

CANAL ANTT. *Audiência Pública nº 002/2019 – Brasília (DF). 2019.* (5h16m27s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EEO2S6sXR54>. Acesso em 28 maio 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: FARIA, J. E. (Org.) *Regulação, Direito e Democracia.* São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. p.13-25.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) *Direito econômico: direito econômico regulatório.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 32 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Regime constitucional do controle de preços no mercado. *Revista de Direito Público,* Sine loco, n. 97, p. 17-28, 1991. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297680/mod_resource/content/1/Revista%20de%20direito%20p%C3%BAblico%20%28jan.mar%20-%201991%29.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *Transporte Rodoviário de Carga (TRC) Características estruturais e a crise atual.* Brasília, 2016. Disponível em: <http://anut.org/wp-content/uploads/2017/11/estudo_transporte_rodoviario_carga.pdf>. Acesso em 09 abr. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Anuário CNT do Transporte 2018.* Disponível em: <http://anuariodotransporte.cnt.org.br/2018/File/Rod/ROD_1_6_1_1.xlsx>. Acesso em 06 maio 2019.

CUNHA, Bruno Queiroz. Regulação e desenvolvimento econômico: uma análise crítica e interdisciplinar em Direito e Economia. *Revista Estudos Institucionais,* v. 4, n. 2, p. 615-641, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/306/270>. Acesso em 14 maio 2019.

CUNHA, Sérgio Servulo da. *Dicionário Compacto do Direito.* 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEPARTAMENTO DE PESQUISA ECONÔMICA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. *O BNDES e a crise dos caminhoneiros,* jun. 2018. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/15200/1/O-BNDES-e-a-crise-dos-caminhoneiros.pdf>. Acesso em 23 maio 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico.* 3. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTADÃO CONTEÚDO. Petrobras desiste de subir diesel após pressão de Bolsonaro, diz fonte. *Exame,* online, 12 abr. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/petrobras-volta-atras-e-adia-reajuste-do-diesel/>. Acesso em 13 maio 2019.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia RDPE,* Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 9-41, 2003. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741145/mod_resource/content/1/alexandre%20ditzel%20faraco%20-%20direito%20concorrencial%20e%20regula%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 07 maio 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - Tabelamentos oficiais. *Revista de Direito Público,* São Paulo, n. 91, p.76-86, 1989. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/26>. Acesso em 22 maio 2019.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.* São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo.* 4. ed. rev. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica).* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica).* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Greve dos caminhoneiros: a cronologia dos 10 dias que pararam o Brasil. *BBC News.* [S.I.], 30 maio 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44302137>. Acesso em 31 mar. 2019.

GUERRA, Sérgio. Função Normativa das Agências Reguladoras: uma nova categoria de Direito Administrativo?. *Revista Direito GV,* São Paulo, v. 7 n. 1, p. 131-152, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322011000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 23 maio 2019.

HAYEK, Friedrich Auguste. *O Caminho da servidão.* Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust.* 4th ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005. xxv, 416 p. (Black letter series). ISBN 0314150447.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karam Trindade. In: *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro,* São Paulo, v. 46, n. 145, p. 44-49, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003.

LOPES, Othon de Azevedo. Juridificação e Paradigmas de Estado. In:__. *Fundamentos da regulação.* 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. cap. 2, p. 6-53. Acesso restrito mediante CPF e senha da Plataforma Aprender da Universidade de Brasília. Disponível em: <https://aprender.ead.unb.br/mod/resource/view.php?id=316405>. Acesso em 02 abr. 2019.

LUZ, Valdemar P. da; SOUZA, Sylvio Capanema de. *Dicionário enciclopédico de Direito*. Barueri: Manole, 2015.

MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; ARAGÃO, Joaquim José Guilherme de; YAMASHITA, Yaeko. Definição de transporte: uma reflexão sobre a natureza do fenômeno e objeto da pesquisa e ensino em transportes. *TRANSPORTES,* v. 22, n. 3, p. 1-11, 2014. Disponível em: <https://www.revistatransportes.org.br/anpet/article/view/655>. Acesso em 30 abr. 2019.

MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Setor de transporte reage a fala de ministra sobre tabela do frete. *Folha de São Paulo,* online, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vfYOuKx7p04J:https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/04/setor-de-transporte-reage-a-fala-de-ministra-sobre-tabela-do-frete.shtml+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 13 maio 2019.

MARTINS, Vanessa; SANTANA, Vitor. Ministra da Agricultura defende fim da tabela de frete: 'Um tiro no pé'. *G1 GO*, online, 08 abr. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2019/04/08/ministra-da-agricultura-defende-fim-da-tabela-de-frete-um-tiro-no-pe.ghtml>. Acesso em 14 maio 2019.

MATIAS-PEREIRA, José. Defesa da concorrência e regulação econômica no Brasil. *Revista de Administração Mackenzie,* v. 5, n. 1, p. 35-55, 2004. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/889>. Acesso em 14 maio 2019.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras.* São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Liberdade de iniciativa: Intromissão estatal indevida no domínio econômico. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* Curitiba, n.1, p. 173-184, 1999. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/8/753>. Acesso em 22 maio 2019.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. *Revista Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, 227, p. 47-68, jan./mar 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46901/44546>. Acesso em 13 abr. 2019.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Tabela do frete deveria cair porque prejudica caminhoneiros e setor produtivo, defende Tereza Cristina. *Notícias Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento,* online, 08 abr. 2019. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/noticias/tabela-do-frete-deveria-cair-porque-prejudica-caminhoneiros-e-setor-produtivo-defende-tereza-cristina>. Acesso em 14 maio 2019.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. *Anuário Estatístico de Transportes 2010-2016.* Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/images/2017/Sum%C3%A1rio_Executivo_AET_-_2010_-_2016.pdf>. Acesso em 30 abr. 2019.

MISES, Ludwig von. A Natureza da Atividade Econômica. Tradução por Philippe A. Gebara Tavares. *Revista Interdisciplinar de Filosofia, Direito e Economia,* v. 1, n. 1, p. 45-56, 2013. Disponível em: <https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/189/113>. Acesso em 18 abr. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,* Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/o-direito-administrativo-contemporc3a2neo-e-a-intervenc3a7c3a3o-do-estado-na-ordem-econc3b4mica.pdf>. Acesso em 07 maio de 2019.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e Desregulação: uma Discussão sobre o Equilíbrio entre Mercado e Coletividade. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161-178.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões.* 27. ed. São Paulo: Método, 2018.

NETO, Floriano Azevedo Marques. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNFELD, C. A. (Org.) *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-98.

NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, v. 7, n. 2, p. 331-349, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4582/pdf>. Acesso em 18 abr. 2019.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. *Princípios de economia.* 7.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

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

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências Reguladoras e Concorrência. In: SUNFELD, C. A. (Org.) *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico.* 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NUSDEO, FÁBIO. Um Código de Direito Econômico. In:__.*Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. cap. 6, p.169-198.

OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. Performance dos Regulados e Eficácia do Regulador: Uma Avaliação das Políticas Regulatórias do Transporte Aéreo e dos Desafios para o Futuro. In: DA MOTTA, R. S.; SALGADO E SILVA, L. H. (Org.) *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência.* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, 2007. cap. 6, p. 133-164. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/arq11_cap06.pdf>. Acesso em 04 maio 2019.

PÉRA, Thiago Guilherme; ROCHA, Fernando Vinicius da; SILVA NETO, Samuel da; CAIXETA-FILHO, José Vicente. *Análise dos impactos da Medida Provisória nº 832 de 2018 (Política de Preços Mínimos do Transporte Rodoviário de Cargas) na Logística do Agronegócio Brasileiro.* Série: Logística do Agronegócio – Desafios e Oportunidades, v.3. Grupo de Pesquisa e Extensão em Logística Agroindustrial (ESALQ-LOG). Junho, 2018, Piracicaba, SP. Disponível em: <https://esalqlog.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/2017/Serie%20Log%C3%ADstica%20do%20Agroneg%C3%B3cio/AN%C3%81LISE%20DOS%20IMPACTOS%20DA%20MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20n%C2%BA%20832%20DE%202018%20-%20ESALQ-LOG.pdf>. Acesso em 29 maio 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação.* São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV,* online, v. 12, n. 1, p. 13-48, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0013.pdf>. Acesso em 14 maio 2019.

PICCHIA, Lucia Del. O Poder Normativo das agências reguladoras: sentido da retomada do debate na doutrina jurídica. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) *Direito econômico: direito econômico regulatório.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331-361.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo.* 31 ed. re. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Antonio Carlos. O liberal que virou intervencionista. *Istoé,* online, 03 maio 2019. Disponível em: <https://istoe.com.br/o-liberal-que-virou-intervencionista/>. Acesso em 13 maio 2019.

QUEIROLO, Gustavo. Empresas têm 60% do transporte rodoviário. *Folha de São Paulo.* São Paulo, 27 maio 2018. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dde4SWLgVOEJ:https://www1.folha.uol.com.br/

mercado/2018/05/empresas-tem-60-do-transporte-rodoviario.shtml+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 31 mar. 2019.

QUEIROZ, Pedro Aurélio de. *Direito antitruste: os fundamentos da produção da concorrência.* São Paulo: Singular, 2018.

RACHED, Danielle Hanna. Desregulação e Telecomunicações. In: DI PIETRO, M. S. Z. (Org.) *Direito Regulatório: temas polêmicos.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 123-141.

RE-REGULATION. In: *English Oxford Living Dictionaries,* online. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/re-regulation>. Acesso em 16 maio 2019

REZENDE, Gustavo Madi; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) *Direito econômico concorrencial.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 291-318.

RODA VIVA. *Roda Viva | Tarcísio Gomes | 29/04/2019.* 2019. (1h20m30s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CHDTmdJtEPk>. Acesso em 13 maio 2019.

ROMÃO E SILVA, Carolina Brasil. *A Reorganização das Políticas Públicas e a Qualidade Regulatória no Poder Executivo Brasileiro.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=979a659fe9f4cc5f>. Acesso em 19 abr. 2019.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. *Revista de Direito Administrativo RDA,* Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, mai. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57596>. Acesso em 22 abr. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (Princípios e fundamentos jurídicos).* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMORA, Roberto. Cargill diz que tabela do frete afeta negócios e avalia frota própria. *Reuters,* online, 24 jul. 2018. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKBN1KE2AF-OBRTP>. Acesso em 01 maio 2019.

SIDOU, José Maria Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da Regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) *Direito Econômico: Direito Econômico Regulatório.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365-392.

SANTOS, Gilmara. Navegação costeira ganha espaço como opção de transporte de carga. *Folha de São Paulo*, online, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/navegacao-costeira-ganha-espaco-como-opcao-de-transporte-de-carga.shtml>. Acesso em 01 maio 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In:__(org.). *Direito Administrativo Econômico.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEDESCO, Giovanna Megumi Ishida. *Transporte Rodoviário de Cargas: contribuição conceitual e metodológica à análise e classificação de mercados.* 2001. Tese (Doutorado em Transportes), Publicação T.D.004A/2012, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 202p. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11604/1/2012_GiovannaMegumiIshidaTedesco.pdf>. Acesso em 31 maio 2019.

TERRA. *"Uber dos caminhoneiros': conheça o app que encontra cargas,* online, 19 out. 2015. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/estradas/uber-dos-caminhoneiros-conheca-o-app-que-encontra-cargas,03b9150fe1c669e3fbdfd0802ec63571l8a0w6no.html>, <https://revistacaminhoneiro.grupott.com.br/4570-2/>. Acesso em 30 abr. 2019.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência.* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernado. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, M. G. (Org.) *Direito econômico: direito econômico regulatório.* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 81-109.

VILLELA, Thaís Maria de Andrade; TEDESCO, Giovanna Megumi Ishida. Sistema de transporte rodoviário de cargas: uma proposta para sua estrutura e elementos. *TRANSPORTES,* v. 19, n. 2, p. 57-65, 2011. Disponível em: <https://revistatransportes.org.br/anpet/article/viewFile/507/393>. Acesso em 09 abr. 2019.

VIVO. *6 aplicativos de cargas conectam empresas a caminhoneiros,* online,. Disponível em: <https://destinonegocio.com/br/gestao/6-aplicativos-de-cargas-conectam-empresas-a-caminhoneiros/>. Acesso em 30 abr. 2019.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 2 v.

Resumo de monografia