

REVISTA AVANT

v.7 n.1

10 ANOS

Revista Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da UFSC

UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA

REVISTA AVANT

Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v.7, n.1

10 ANOS

REVISTA AVANT

Volume 7, número 1 – 2023

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:
Instagram
Facebook
YouTube

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

A capa desta edição foi criada com os recursos de Freepik.com.

REVISTA AVANT

Coordenadora Científica
Profª. Drª. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe
Joana Carvalho Gutierrez
Viviane Borges

Diretoria de Comunicação:
Maria Fernanda de Almeida

Diretoria de Editoração:
Stefhany Sinfrônio Brito

Diretoria de Incentivo à Pesquisa:
Beatriz Nunes

Corpo Editorial
Álvaro Huber de Souza
Beatriz Nunes
Cassiano Lorenzoni Perfeito
Christian Souza Pioner
Clara Lucia Claudino dos Santos Fantini
Davi Jorge Pasquier Pereira
Diogo Francisco Curcio
Eduardo Biffi Agazzi
Eliane Greggio
Franciele Rupolo Gomes de Oliveira
Gabriel Sampaio Gomes
Gabriela Pinheiro
Gabriele Martins da Silva
Géssica Carolina Goulart Pinto
João Vitor Zamboni
Laura Pereira Oliveira
Leonardo Cristovam
Luisa Bollmann
Maria Fernanda de Almeida
Maria Júlia Zimermann Pires
Milena Ovídio Valoura
Pedro Bertoli
Rafael Reis
Stefhany Sinfrônio Brito
Sandra Eloisa Pisa Bazzanella
Sophia Soares Hoppe
Tiago Constantino Nunes

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
Amanda Carolina Fonseca da Silva
Franciele Rupolo Gomes de Oliveira
Laura Pereira Feltrin

Caro(a) Leitor(a),

Apresentamos, com grande satisfação, a décima segunda edição da Revista Avant, bem como a primeira edição de 2023, no ano em que completamos 10 anos de existência no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC.

O marco de 10 anos de Revista Avant tem sido muito importante para nós, do Corpo Editorial, na medida em que representa o sucesso de um projeto que nasceu em 2013 entre estudantes do curso de Direito da UFSC que notavam as dificuldades de publicar trabalhos acadêmicos quando se está na graduação. Lá atrás, esse grupo de estudantes tomou a iniciativa corajosa de formar um coletivo que pudesse se dedicar à estruturação de uma revista acadêmica e contou com o apoio irrestrito e fundamental da coordenadora do projeto, a professora e Dra. Carolina Medeiros Bahia, que permanece nos orientando e estimulando até os dias de hoje.

Depois de alguns anos de muita pesquisa e preparação, o grupo finalmente publicou, em 2017, a edição pioneira, depois da qual se seguiram outras 11. Em relação a esse histórico, cumpre tecer algumas considerações. Nossas duas primeiras edições, por exemplo, contaram com 18 trabalhos publicados, mas já na quarta edição esse número subiu para 24 produções. No ano de 2020, em meio à pandemia de Covid-19, alcançamos um grande feito com a sétima edição da revista, a V. 4, N. 2, que foi a publicação de 72 trabalhos, tendo se tratado de nossa maior edição, publicada com um total de 815 páginas.

Também na V. 4, N. 2, publicamos trabalhos de 17 estados da federação diferentes, o que também consideramos um importante feito, visto que sempre foi nosso objetivo levar a Avant para além das fronteiras da UFSC e de Santa Catarina. Inclusive, importa mencionar que, com exceção de Santa Catarina, naturalmente, os estados do Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul empatam como os que mais apareceram ao longo de nossas edições representados por seus dedicados estudantes que figuraram como autores da revista.

Ainda a respeito do alcance da Avant, vale destacar também que já tivemos 23 estados diferentes que publicaram na revista ao longo de sua história, sendo dois deles estados argentinos, de modo que já tivemos inclusive essa abrangência internacional, da qual nos orgulhamos bastante.

No aniversário de 10 anos da Avant, é impossível resistir a esse clima nostálgico que nos faz rememorar nossa história e, principalmente, nossa evolução. Isso porque nos dá orgulho ter chegado até aqui, 10 anos depois, e vislumbrar um projeto tão consolidado e promissor, gerido por pessoas que trabalham incansavelmente para que seja possível lançar duas edições por ano. Além disso, a própria existência da revista ao longo desses últimos 10 anos se deu em meio a um cenário político e social extremamente conturbado e instável a nível de Brasil, de modo que o projeto precisou resistir em um contexto de constantes cortes orçamentários e ataques à UFSC e, ainda por cima, uma pandemia catastrófica.

Mesmo diante de tantas adversidades, a Avant, sempre liderada por nossa excelente coordenadora, a professora Carolina Bahia, se manteve firme em seu propósito de publicar duas edições por ano, mas também de disseminar conhecimento e promover a discussão de temas de relevância social através de nossos eventos, minicursos e oficinas; de promover contatos e conexões com outras revistas estudantis Brasil afora; e de batalhar para que a pesquisa na graduação seja cada vez mais reconhecida e valorizada.

Diante de tudo isso, em clima de celebração pelo aniversário de 10 anos da Revista Avant, gostaríamos de dedicar essa edição a todas as pessoas que já fizeram parte desse projeto de alguma forma desde a sua criação: esse feito só se concretizou por conta de seu caráter coletivo.

Mil vezes obrigado, esperamos que desfrutem da leitura!

CORPO EDITORIAL DA REVISTA AVANT

SUMÁRIO

CULTURAL

FOTOGRAFIA

OBRAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA EM OBRA 12
Isadora Welzel

O VERMELHO DO URUCUM NA PELE DA RESISTÊNCIA 13
Açucena Marinheiro da Silva

DESENHO

SENHORA DO TEMPO 14
Angélica Ferreira de Freitas

POEMA/POESIA

DISTOPIA 15
Isadora Welzel

YANOMAMIS 16
Isaías da Silva Moreira de Santana

RESENHA DE FILME

INCORPORAÇÃO DISCRIMINATÓRIA ENVIESADA NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DOCUMENTÁRIO THE CODED BIAS 17
Thayná Laiza Souza e Silva

A LUTA POR DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS PRESENTES EM "FALAS DA TERRA" 21
Açucena Marinheiro da Silva e
Filipe Santana Pitanga de Jesus

A PELE COMO MARCADOR DO ETIQUETAMENTO 26
José Eduardo Galvão

SISTEMA DE JUSTIÇA E DE ENCARCERAMENTO DO PAÍS SOB JULGAMENTO NO DOCUMENTÁRIO "SEM PENA" 30
Cesar Rodrigues van der Laan

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E O SUJEITO PÓS-GUERRA REPRESENTADO NO FILME O GABINETE DO DR. CALIGARI 35
Kemelly de Oliveira Cadaxo

COMUNICAÇÃO

PRÁTICA DE EXTENSÃO

ACESSO AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O DIREITO INTERNACIONAL VISTO EM COMUNIDADE DE PRÁTICA NO ESTADO DE PERNAMBUCO 43
João Vitor Sales Zaidan e
Laura Gabriella Muniz da Silva

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

ABORTAMENTO LEGAL NO CONTEXTO DO STEALTHING 48
Fábio Machado Roque e Ingrithi Thais Pereira Alves

COMPARTILHAMENTO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TIKTOK FRENTE À PRÁTICA DE OVERSHARENTING 64
Jeiel de Santana Barbosa e Viviane Oliveira da Costa Bispo

OS DESAFIOS PARA A AUTENTICIDADE DA PROVA DOCUMENTAL ELETRÔNICA: UMA BREVE ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO 83
Alice Barbosa Matos, Lívia Maria C. Pacheco, Lívia Valeriano Barroso, Raquel Nascimento de Araújo, Rebeca Araujo Jorge N. da Silva, Sofia Suela Celin e Vitória Karla Amélia Santos

AS DESIGUALDADES SOCIAIS COMO REFLEXO DA FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTEGRAÇÃO DOS NEGROS RECÉM-LIBERTOS NO BRASIL REPÚBLICA 110
Leandra Iriane Mattos

O DIREITO À INTERNET ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO MARCO CIVIL DA INTERNET E NA DIGNIDADE HUMANA: ALGUMAS POSSÍVEIS RELAÇÕES 126
Laura Carvalho Higino, Maria Eduarda de Andrade e Silva Pinto de Rezende

EUTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS QUE IMPOSSIBILITAM A PRÁTICA NO BRASIL 146
Jordana Seixas X. Abrantes Diniz e Maria Rayane Dias Alves

A EXCLUSÃO DA IDENTIDADE NACIONAL BRASILEIRA: REFLEXÕES SOBRE A DIVERSIDADE E SUAS VICISSITUDES NA ATUALIDADE 165
Andressa Maria de Lima Queji

O IMPACTO REAL DA AÇÃO POPULAR E A NECESSIDADE DE SUA EFICÁCIA SOCIAL PLENA COMO UM MEIO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA 184
Daniel Silva Caires

INCLUSÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS AO MEIO DIGITAL: A CONSTRUÇÃO PRÁTICA DE UM PLURALISMO JURÍDICO 202
Adrielly Lima Marinho e Victórya Andressa Mamede de Freitas

A INTERFACE JURÍDICA DA OBRA/DOCUMENTÁRIO "INDIANARA" E O DESAMPARO DAS PESSOAS TRANS NO BRASIL 224
Aline Carvalho Vieira

A (IR)RELEVÂNCIA DA FELICIDADE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO 240
João Vitor Antunes dos Santos

A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA COMO FORMA DE INCENTIVO (NUDGE) AO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 694 DO CPC 254
Laura Yasmim Milene Lima Barros e Tabatah Pacheco Alves

A PANDEMIA DE COVID-19 E AS REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 271
Bárbara Costa Leão, Sammira Melo de Oliveira e Sinhara Sthefani Diógenes Dantas

A PENA DE MULTA NO BRASIL ANALISADA À LUZ DA ONTOLOGIA DA PENA 289
Fernanda Nascimento dos Santos e Iago Barbosa Silva Araújo

A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS NA AMÉRICA LATINA 305
Lucas Nepomuceno Macêdo de Deus

PROIBICIONISMO E SEGREGAÇÃO: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DO INTERACIONISMO SIMBÓLICO 322
Eduardo Matos Pereira

RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MEDIDA PREVENTIVA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL 340
Renata Araújo Maia Silva

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DO INSTITUTO JURÍDICO E SEUS DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA 361
Willian Silva de Jesus

ZAPATISMO E ALTERNATIVAS À FORMA JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES A UMA CRÍTICA DECOLONIAL DA CIDADANIA MODERNA 380
Caio Aragão da Rocha

ESTUDO DE CASO

ASPECTOS CRÍTICOS SOBRE A VALIDADE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) 401
Flávia de Souza Pompermayer

DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE CURITIBA (PR), E ANULAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS CONTRA O PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA 407
Kamilla Rodrigues da Silva

CULTURAL



OBRAS DA JUSTIÇA: JUSTIÇA EM OBRAS

*Isadora Welzel**



***Graduanda da segunda fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3510317190124106. E-mail: welzelisadora1@gmail.com.**

Justificativa: *A renovação das instituições de poder se estende para além das edificações mantenedoras da justiça. É necessário restaurar e reconstruir o Direito conforme as demandas sociais, de forma a promover uma conciliação entre o mundo da Lei e a realidade que nos cerca, em um esforço por fortificar as estruturas do sistema de justiça e torná-lo ainda mais assistencialista. As escadas em reforma demonstram que há muito degraus a serem galgados até o objetivo final, que não consiste somente em um Salão do Tribunal do Júri, mas sim na conquista de uma justiça mais isonômica e participativa, que possa quebrar as barreiras da interdição e abrir as portas para permitir o acesso de todos os cidadãos ao amparo que a igualdade jurídica se propõe a oferecer. Reedificar é preciso!*

O VERMELHO DO URUCUM NA PELE DA RESISTÊNCIA

*Açucena Marinheiro da Silva**



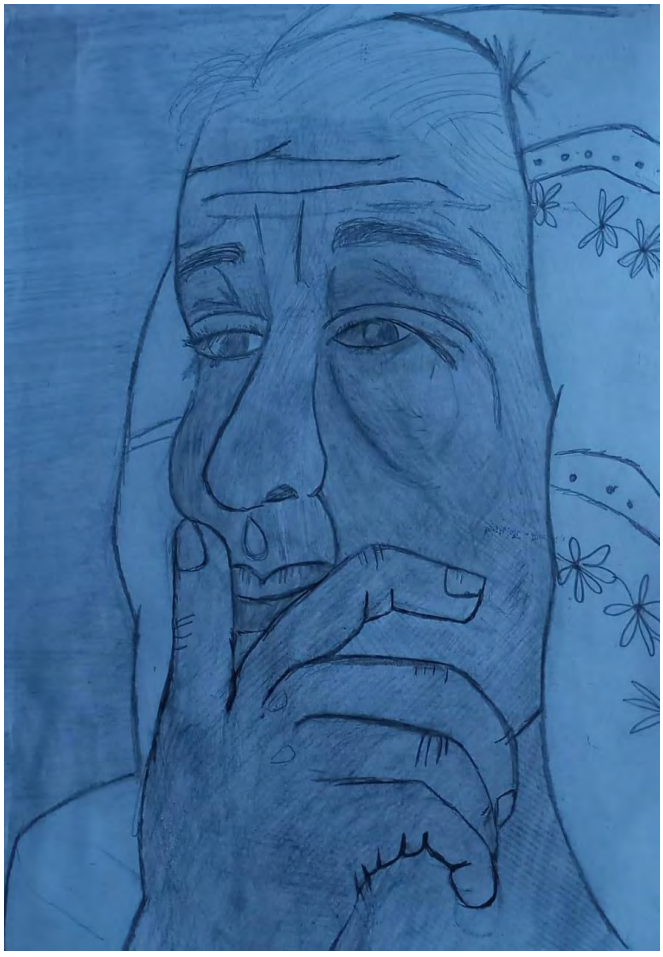


***Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – BA.**
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2189115870194169. E-mail: acucenamarinheiro@outlook.com.

Justificativa: *Estas fotografias produzidas na aldeia Tumbalalá, situada entre os municípios de Abaré e Curaçá/BA ilustram o Urucum, fruta de sementes vermelhas acima demonstrada, consistente na matéria-prima utilizada para produzir o colorau, que resulta em uma tinta muito utilizada nas pinturas corporais por diversas comunidades indígenas brasileiras. Com isso, o fito principal destas imagens trazidas encontra-se na pluralidade de significados de tal manifestação, que varia de acordo com a cultura de cada povo, podendo delimitar desde atos de resistência, perfazendo-se na lembrança dos antepassados até a questão da identidade religiosa, uma vez que dentro das comunidades indígenas presente no Brasil subsiste uma pluralidade de povos indígenas com costumes e culturas diversas, os quais lutam juridicamente, nos períodos hodiernos, incansavelmente, pelo reconhecimento dos seus territórios, uma vez que neles estão presentes toda a sua cultura, costumes e pertencimento, assim como nos moldes do art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, o objetivo deste post é construir um espaço para a reflexão acerca da importância dos elementos que representam a resistência dos povos indígenas, assim como, sua diversidade dentro de cada comunidade indígena.*

SENHORA DO TEMPO

*Angélica Ferreira de Freitas**



***Angélica Ferreira de Freitas, graduanda em Direito pela UFJ - Universidade Federal de Jataí em Jataí-GO. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1100724304352004. E-mail: angelicaferreirafreitasufj@gmail.com.**

Descrição do desenho: *Denominada "Senhora do Tempo" emprego ela como a imagem da justiça e do próprio Direito, para mim mulher e fêmea, o qual sente na própria pele a marca da espera, dos anos e da demora em diversos casos e na busca pelas respostas. Ao mesmo tempo, de forma ambígua, representa aquelas(es) que esperam na justiça, e recebem de volta o tratamento desigual muitas vezes sentido na pele as marcas do Tempo, e da desigualdade ao acesso a justiça e sistema judiciário.*

DISTOPIA

*Isadora Welzel**

O caos impera acima da Constituição
Em ilícitos desalinhos de vida opressa
Que desafia as leis feridas e incertas
Distorcidas pelo poder em contramão

Por todos os lados, soberba e ambição
A justa cegueira já não se manifesta
Diante das instáveis e falsas promessas
Fugidas de uma ética em dura abolição

Não há direito, nem deveres ou liberdade
Só existe o medo e a fruição sem pactos
No hostil reinado da impune inverdade

São acobertados os repugnantes fatos
Em uma injustiça de irresponsabilidade
Tão incapaz de conter desumanos atos

***Graduanda da segunda fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3510317190124106. E-mail: welzelisadora1@gmail.com.**

Justificativa: *o soneto aborda um cenário fictício que propõe levar à reflexão acerca de uma realidade destituída de normas e de regulamentação, induzindo o leitor a compreender subjetivamente a importância do Direito para o bom funcionamento da sociedade. Trata-se, portanto, de um cenário distópico, que busca transmitir os obstáculos da vida humana frente à inexistência das estruturas jurídicas que garantam o bem-estar dos indivíduos e lhes assegure o acesso à justiça. Nos parâmetros de hoje, é impensável uma coletividade sem um ente que ordene as condutas e as relações. Portanto, o poema atenta para os desafios e a inconsistência de um mundo sem leis, de modo intencionalmente crítico e provocativo.*

YANOMAMIS

*Isaías da Silva Moreira de Santana**

Convenção de Minamata
Yanomami
Acordo de Paris
Yanomami

Pacto de Glasgow
Yanomami
Plano de Sharm El-Sheikh
Yanomami

Se diz não ao genocídio
Yanomami
Se diz não à anistia
Yanomami

Ouça o grita da floresta
Yanomami
Ela sangra por seus filhos
Yanomamis

***Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/UFRN). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Internacional (NUPEDI/UFRN), iniciativa destinada aos alunos da graduação enquanto desdobramento do Grupo de Pesquisa: "Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro". Currículo Lattes disponível em: http://lattes.cnpq.br/8043093556496305. E-mail: isaiasmoreirajuris@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1521-9975.**

Justificativa: *A obra se prontifica a lembrar alguns dos acordos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil, que abordam, de forma direta ou indireta, a temática da proteção dos povos originários. Assim, o poema põe em xeque as disposições de tais compromissos internacionais, notadamente ao promover a reflexão acerca da sua inobservância, especialmente diante da realidade dos indígenas Yanomamis, cuja grave violação de seus direitos humanos tomou conta do noticiário nacional e internacional recentemente.*

INCORPORAÇÃO DISCRIMINATÓRIA ENVIESADA NA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DOCUMENTÁRIO *THE CODED BIAS*

*Thayná Laiza Souza e Silva**

O documentário da Netflix, intitulado *The Coded Bias* — lançado em 2020 sob a direção da cineasta e ativista ambiental norte-americana, Shaline Katayya — tem como objetivo predominante investigar o viés concernente a discriminação racial e de gênero reproduzida por Inteligência Artificial — IA em algoritmos de reconhecimento facial. Inicialmente, a pesquisadora ganaense-americana, Joy Boulawini, do Instituto de Tecnologia de Massachusetts — MIT, ao tentar, por diversas vezes, utilizar um software de visão computacional, somente teve o seu rosto identificado após utilizar uma máscara branca.

Decorre que tal acontecimento funcionou como estopim para a análise de outros softwares de reconhecimento facial que apresentavam o mesmo viés. Verificou-se que o reconhecimento e as respostas apresentadas pela IA, tinham a tendência a privilegiar um grupo de homens e mulheres brancas em detrimento de mulheres e homens negros, uma vez que a maior parte das informações inseridas na sua base de dados eram referentes justamente ao primeiro grupo supracitado.

Sucede-se que ao utilizarem *machine learning*[1] para possibilitar que, através de coleta, classificação e interpretação dos dados fornecidos pelo operador, a máquina pudesse "ver", foi possível verificar que de fato não há como se falar em neutralidade tecnológica, de modo que podem robôs algoritmos produzirem respostas racistas nas suas funcionalidades, a partir da programação que os

1 "(...) subcampo da ciência da computação, que estuda a construção de algoritmos que extraem padrões a partir de grandes volumes de dados de exemplos de determinado fenômeno — também chamados de dados de treinamento" (Ruback1 et al. 2021).

***Graduanda do curso de Direito da Universidade Potiguar e membro do Núcleo de Estudos em Direito Digital da UFRN. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3723026688513323. E-mail: thaynalaiza1@gmail.com.**

Justificativa: *A presente resenha possui por escopo a análise do documentário The Coded Bias, diante das implicações sociais em grande escala referente à Inteligência Artificial. Na era social intitulada de: Indústria 4.0, com a ascensão dos meios digitais, a problemática inerente aos reflexos discriminatórios raciais e de gênero são constantes. Por conseguinte, além da apresentação do que é exposto no documentário, tem-se uma breve argumentação das problemáticas e reflexos da presente celeuma.*

configura (Rosa *et al.* 2020). Ora, uma vez que é ensinado a máquina a visualizar indivíduos através do fornecimento de exemplos do que quer que seja visto, gradativamente as predileções daqueles que fornecem as informações serão cada vez mais predominantes.

Ao analisar a obra mais detidamente, é apresentada a figura de Meredith Broussand, - professora, jornalista e escritora do livro *Artificial unintelligence: how computers misunderstand the world* — ao qual exemplifica a Inteligência Artificial Estreita — ANI[2] como "puramente matemática", de modo que os vieses inconsistentes que cada ser humano carrega podem ser facilmente incorporados na tecnologia. A assertiva é logo em seguida corroborada por Cathy O'Neil — Phd, matemática, cientista de dados e autora do livro: *Weapons of Math Destruction* — ao evidenciar que na era do *Big Data*, aquele que tem o código, detêm também o poder.

Tal afirmativa é o que predizia o filósofo empirista Francis Bacon, ao asseverar que aquele que possui conhecimento, caracteristicamente será possuidor de poder. Em uma sociedade informacional, a chave de partida para o controle está justamente em dispor dos elementos que caracterizam, constituem e integram a personalidade de um indivíduo: suas informações pessoais. Conforme conceitua o filósofo sul-coreano Byung-Chul Han:

> O poder do ponto de vista sociológico certamente não é “amorfo”. Essa impressão origina-se de um modo limitado de percepção. Um mundo diferenciado produz fundamentos de poder indiretos, menos evidentes, mas, ainda assim, atuantes. Pela sua complexidade e por seu caráter indireto, o poder atuaria de modo “amorfo”. Em oposição à dominação da ordem, o poder não aparece com frequência. **O poder do poder consiste justamente no fato de poder induzir sem precisar “ordenar” expressivamente por meio de decisões e ações** (p. 12, 2019).

Partindo dessa premissa, as afirmativas manifestadas no parágrafo supra logo são exemplificadas, ao decorrer do documentário, com o que se pode definir como sendo um dos maiores exemplos de dominação e controle social através da coleta de dados pessoais e dados pessoais sensíveis: o sistema de vigilância chines. Seja para utilizar a internet ou fazer compras, o cidadão chines precisa se submeter ao reconhecimento facial. Além de, em decorrência desse mecanismo de monitoramento, também ser atribuído um *escore* individual de crédito social por bom e/ou mau comportamento, de modo que quem perde *escore* pode ficar

2 Inteligência Artificial Estreita - ANI é uma das classificações técnicas e funcionais que representam os sistemas de IA. Neste aspecto, a ANI refere-se a todo sistema de Inteligência artificial criado na atualidade, uma vez que estas somente podem fazer o que foram programadas para executar, tendo, dessa forma, limitação na realização de suas competências.

proibido de utilizar trem ou avião, algo que pode ser facilmente confundido com o 1° episódio — intitulado de "queda livre" — da 3 temporada da série norte-americana de ficção científica, *Black Mirror*.

Voltando-se novamente para os vieses raciais e de gênero, conjuntamente com os exemplos citados presentes em *The Coded Bias*, vê-se então a ciência de dados como sendo o principal instrumento hodierno para a automatização de todo um sistema de desigualdade social e desequilíbrio de poder, caso não ocorra a mitigação integral dos dados predominantes inseridos nesses sistemas. Outros exemplos bastante ressaltados pelo longa-metragem são alguns serviços e processos de seleção oferecidos e utilizados pela empresa multinacional de tecnologia norte-americana, Amazon.

Aferiu-se vieses racistas e de gênero ao utilizarem uma IA da empresa para selecionar currículos, uma vez que a máquina rejeitou todos os currículos que apresentavam qualquer indício que constatasse que o/a candidato (a), fosse do gênero feminino. De igual modo, tais vieses também foram encontrados no serviço: Amazon *Rekognition Video*, sistema que utiliza *deep learning* e "permite criar aplicativos que ajudam a encontrar pessoas desaparecidas em conteúdo de vídeo por streaming". Ocorre que, como se não fosse o suficiente, tal mecanismo é utilizado em parceria com a polícia e agências de inteligência.

Mesmo sem haver qualquer legislação federal que regulamente tecnologias de análise e reconhecimento facial, a opressão algorítmica entra em vigor apostando a favor do fracasso do indivíduo classificado. No âmbito do judiciário norte-americano, é citado através do presente documentário, a automatização de sistemas judiciais que calculam e categorizam as propensões de reincidência dos apenados. Verificou-se que esse mesmo sistema, inexplicavelmente empregava uma pontuação de reincidência muito maior para apenados que representavam minorias étnicas.

Neste pórtico, é importante frisar que o teor considerado mais relevante na obra aqui explanada e analisada, não é somente o fato de que a tecnologia criada e concebida, em sua maioria, por um grupo demograficamente específico tem consistentemente apresentado respostas racistas. Apesar de ser um marco no debate, diante da colossal apresentação de dados fáticos, há uma reflexão profunda e contrária ao que é disseminado nos roteiros dos filmes hollywoodianos sobre Inteligência Artificial e ficção científica.

A preocupação não enseja necessariamente na possibilidade de total autonomia e subjetividade da "máquina", transformando-se de robô algorítmico para de fato um ser detentor do pensamento que venha a colocar a humanidade sob sua servidão e dominação. Ocorre que essa já pode ser dita como uma realidade presente na sociedade. Quando se observa de que forma uma minoria é compulsoriamente subjugada pelas mãos dos "poderosos" articuladores que utilizam deliberadamente desses sistemas para seus próprios fins, o receio encontra-se no que alude Tárcisio Silva:

> Em um panorama em que uma das principais empresas de tecnologia do mundo não consegue lidar com erros tão vulgarmente racistas e simples, **o negócio da visão computacional gera apreensões em seus usos pela indústria da comunicação e, cada vez mais, pela indústria da segurança pública e privada** (p. 89, 2022)

Em suma, *The Coded Bias*, reflete e expõe, as consequências desastrosas da injustiça algorítmica. Sendo os rostos a última fronteira da privacidade, como é citado no longa-metragem, a problemática da presente celeuma no contexto mundial hodierno é: como funcionará a supervisão e responsabilização dos operadores desses sistemas na era da automação? A mecanização do racismo e suas implicações sociais — evidenciados com vastos exemplos fáticos durante o documentário — traz à tona uma realidade muitas vezes ignorada e deslegitimada dentro do senso comum, tal como em seu passado revestido de preconceitos e violências que refletem dentro das estruturas de poder até os dias atuais.

REFERÊNCIAS

HAN, Byung-Chul.Psicopolítica: o que é poder?. Petrópolis: Editora Vozes, 2019.

ROSA, A.; PESSOA, S. A.; LIMA, F. S. Neutralidade tecnológica: reconhecimento facial e racismo. V!RUS, São Carlos, n. 21, Semestre 2, dezembro, 2020. [online]. Disponível em: http://www.nomads.usp.br/virus/virus21/?sec=4&item=9&lang=pt>. Acesso em: 20 Fev. 2023.

RUBACK, Lívia; AVILA, Sandra; CANTERO, Lucia. Vieses no Aprendizado de Máquina e suas Implicações Sociais: Um Estudo de Caso no Reconhecimento Facial. In: WORKSHOP SOBRE AS IMPLICAÇÕES DA COMPUTAÇÃO NA SOCIEDADE (WICS), 2., 2021, Evento Online. Anais [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação,2021.p.90101.ISSN27638707. DOI:https://doi.org/10.5753/wics.2021.15967.

SILVA, Tarcízio. Racismo Algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Edições Sesc, 2022.

A LUTA POR DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS PRESENTES EM "*FALAS DA TERRA*"

*Açucena Marinheiro da Silva**

*Filipe Santana Pitanga de Jesus***

No dia 19 de Abril de 2021 foi transmitido pela Rede Globo de Televisão o documentário *Falas da Terra*, o qual possui a direção de Antonia Prado (diretora da TV Globo) e roteiro de Malu Vergueiro, com colaboração de algumas lideranças indígenas conhecidas no território nacional, dentre os quais se destaca as figuras do Ailton Krenak e Olinda Tupinambá.

A obra teve o protagonismo de diversas personalidades indígenas pertencentes a diferentes povos e regiões do Brasil, cujo principal objetivo foi apresentar as especificidades e pluralidades étnicas, sociais e culturais, reafirmadas nas vozes da resistência dos mais de 300 povos existentes no Brasil.

A data de exibição (19 de Abril) é considerada no calendário brasileiro como "O Dia do Índio". Não obstante, para os povos indígenas, tal homenagem é robusta de preconceitos e estereótipos, uma vez que os festejos ali presentes não contemplam suas lutas, costumes e tradições. Assim, com o ensejo de retratar o verdadeiro significado desta data, a obra traz consigo a realidade das incansáveis lutas das comunidades indígenas, sendo elas marcadas pelo direito de sobrevivência, de demarcação dos seus territórios, bem como do acesso direitos às políticas públicas e aos direitos políticos e sociais.

*** Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – BA.**
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2189115870194169. E-mail: acucenamarinheiro@outlook.com.

**** Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana - BA/Universidade do Porto/PT.**
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6254669468719919. E-mail: filipepitanga02@gmail.com.

Justificativa: *A presente resenha possui por escopo a análise crítica da Obra cinematográfica Falas da Terra, fazendo um paralelo acerca da problemática social da falta de efetivação dos direitos constitucionais pertencentes aos povos indígena, bem como da crítica a um histórico desses povos contados apenas pela visão dos colonizadores. Para tanto, além do breve relato apresentado no documentário, tem-se uma breve discussão acerca dos debates e das reflexões apresentadas pelo mesmo.*

Ab initio, o documentário se inicia com um breve levantamento histórico acerca a chegada dos europeus nas terras brasileiras, que à época eram indígenas. A atriz indígena Lian Gaia aparece ali protagonizando a cena, relatando como, de fato, ocorreu a colonização/invasão. *Pari passu*, o roteiro, assim, desconstrói a ideia de descobrimento que há séculos se perpetua como verdade, idealizada por uma sociedade que é robustecida pelo caráter colonialista.

A chegada das primeiras embarcações europeias em terras tradicionalmente ocupadas por milhares de indígenas, em seus diferentes povos, foi na verdade uma grande invasão, como mesmo cita a atriz no documentário: "*Como pode a chegada dos portugueses marcar o início da nossa história? O meu povo já estava aqui ante., Há muito tempo. O que começou nesse momento foi a nossa luta, luta por sobrevivência...*". Aqui, a personagem faz menção ao extermínio que sofreu (e vem sofrendo) grande parte dos povos indígenas, uma vez que, desde a invasão dos portugueses, com a escravização desses povos, até os dias atuais, essa população diminuiu consideravelmente – cerca de 70%, segundo estudos antropológicos/históricos (GARCIA, 2020).

Dentre as diversas falas discutidas pela personagem, destaca-se a importância da participação dos povos indígenas na Assembleia Constituinte, que teve início no ano de 1985, uma vez que esse protagonismo foi crucial para a elaboração dos direitos pertencentes aos povos indígenas, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Aqui, faz-se imprescindível mencionar o art. 231 da Carta Magna, o qual faz menção à proteção aos direitos dos povos indígenas presentes e espalhados em todo o território nacional. Verbis:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL, 1988)

Para além da contextualização, por óbvio que a crítica pertinente no contexto atual é a (não) eficácia deste artigo constitucional, uma vez que resta claro que todos os dias os direitos dos povos indígenas vêm a serem violados. Seja pela ausência de aparato estatal que possa promover a efetivação destas garantias, seja pela burla perpetrada por grandes empresários, grileiros, invasores ou, por vezes, pelo próprio governo que vêm a invadir os territórios pertencentes às comunidades indígenas, subtraindo dos mesmos, para além de suas, terras, a sua dignidade – direito também constitucional (e fundamental) presente no art. 1º, III, do mesmo dispositivo.

Ademais, ainda no tangente à participação de indígenas na Assembleia Constituinte, esta foi de crucial importância, visto que trouxe consigo direitos pertencentes aos povos tradicionais a serem constitucionalmente garantidos, ainda que seja notório que as circunstâncias fático-jurídico-sociais que são visualizadas no Brasil hodierno demonstrem a necessidade de criação de mais institutos jurídicos que garantam e promovam a efetivação destas normas constitucionais.

É necessário mencionar que, desde a colonização, a luta pela resistência dos povos indígenas não para (e não há de parar). Esta afirmação está galgada nas vozes dos donos de um território que veio anteriormente ao marco temporal e bem antes da invasão europeia. Os indígenas lutaram (lutam), desde sempre, pela sua sobrevivência, esta que se deu (bem como se dá) de várias maneiras – seja fugindo das perseguições físicas, como também dos encalços verbais, morais e escritos. O indígena, por muitos séculos, não pôde contar a verdadeira história, visto que os livros e escritos, há tempos, não foram – em grande parte dos séculos - produzidos pelos mesmos.

Ainda assim, mesmo que tenha sido afastada a maior parte dos seus direitos por séculos, hoje os povos indígenas transcrevem a oralidade que cria uma

nova literatura de vida, a qual representa a trajetória vivenciada por sobreviventes de guerras, contam a história como ela foi, esta sendo, e como, agora, ela será. Além disso, as comunidades indígenas lutam pelos seus antepassados, pela sua dignidade, pela demarcação dos seus territórios, pela educação escolar indígena diferenciada, específica, bilíngue e multilíngue, por uma saúde diferenciada, bem como por moradia, preservação do meio ambiente e, sobretudo, pela proteção à vida com dignidade, tal qual, se faz crer na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao final do documentário, é cediço que este também apresenta, dentre as numerosas lutas enfrentadas pelos povos indígenas, o atual conflito – hoje judicial – travado pela demarcação dos seus territórios. Conflito este de suma importância, uma vez que os territórios - aqui entenda-se como o espaço definido e delimitado por e a partir das relações de poder (SOUZA, 1995) – constituem-se enquanto os locais os seus costumes, crenças, culturas e relações de estruturação.

Atualmente, a discussão jurídica – mas também social, política e cultural - que está em pauta é a questão do Marco Temporal[1], sendo discutida e julgada no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a qual, muito provavelmente, determinará os rumos a que serão levadas várias das aldeias indígenas, pendentes de demarcação e reconhecimento, presentes no território nacional.

Ato contínuo, durante muitos anos milhares de indígenas vêm sendo assassinados por lutarem e defenderem suas terras, por não permitirem que o garimpo, a grilagem e o agronegócio retirem deles a sua conexão com a natureza e com as terras às quais são tradicionais e que possuem suas conexões devido aos seus antepassados.

É no chão da aldeia que o indígena tem direito a uma educação escolar propícia, ensinada por professores indígenas que, por vezes, desconstroem o que está nos livros de história – contados por brancos colonizadores -, à exemplo do "Descobrimento do Brasil". É na aldeia que a medicina tradicional permanece sendo valorizada e cada vez mais sendo passada de geração a geração e, por isso, faz-se tão importante que os territórios indígenas sejam demarcados, para que todos os povos tenham o direito de serem que são, como faz crer a Constituição Federal.

Em conclusão, por tudo quanto fora exposto, o documentário discutido revela-se de total importância para a compreensão, de um pouco da realidade indígena,

1 O Marco Temporal consiste em uma estrutura de pensamento que propõe que sejam reconhecidas às comunidades indígenas somente aquelas terras que estavam ocupadas por eles no momento da promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, deixando de lado várias comunidades que por diversas razões – seja por questões de sobrevivência, seja por questões de invasão ou expulsão – necessitaram deixar seus locais originários.

contada a partir do próprio povo. Nesse aspecto, *Falas da Terra* é um projeto que merece espaço no âmbito de discussão hodierno, não só por ser uma excelente obra cinematográfica – com um bom enredo e com nuances que dão qualidade para a mesma -, mas também por ser um filme que incita a discussão e o debate acerca das questões envolvendo os povos tradicionais, as quais não só merecem, como devem obrigatoriamente, estar presentes no espaço de construção do conhecimento intelectual e que, em decorrência disso, devem ter reflexos estruturais e estruturantes na sociedade hodierna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

GARCIA, Maria Fernanda. Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta. Observatório do Terceiro Setor, 2020. Disponível em: < https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 12 mar. 2023.

PRADO, Antonia. *Falas da Terra*. Rede Globo, 2021. Youtube. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=0oII74Ef6hk&t=786s. Acesso: 08 fev. 2023.

SOUZA, Marcelo José Lopes. Território: Sobre Espaço e Poder, Autonomia e Desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias, GOMES, Paulo César da Costa, CORRÊA, Roberto Lobato (orgs.) Geografia: Conceitos e Temas. 5ª edição. Bertrand: Rio de Janeiro, 2003.

A PELE COMO MARCADOR DO *ETIQUETAMENTO*

*José Eduardo Galvão**

O romance *O Avesso da Pele* (2020), de Jeferson Tenório, apresenta ao leitor uma profunda reflexão sobre a questão racial no Brasil. Por meio do narrador onisciente, Pedro, que a todo momento conversa com as memórias do pai Henrique, ou dela se apropria, a obra percorre os meandros das discriminações raciais nos mais variados espaços e relações sociais: família; escola e creche; locais de trabalho; ruas, bares e restaurantes; agentes estatais; relações afetivas; casamento.

Se alguém tem dúvidas de como o racismo estrutural se manifesta no cotidiano de carnes, ossos e mentes, eis a leitura indispensável para entender a condição dos seres humanos negros e pardos na sociedade brasileira. Todos os personagens negros ou pardos, de alguma maneira, vivenciam o racismo. Para o leitor branco mais uma lição necessária para entender a seriedade da questão racial na contemporaneidade; para o preto, pardo e todos os que sofrem discriminação racial em maior ou menor grau, trata-se de um livro de tomada de consciência, de identidade e, por que não, de conforto. Talvez, este feito se justifique porque Tenório demonstre a potência da cor da pele enquanto marcador social.

Em um ritmo de histórias cruzadas, tempos que vão e vem, o autor nos brinda com uma trama guiada pelo elemento da lembrança, a qual ressalta as individualidades dos personagens atrás da pele, algo que o autor faz questão de ressaltar: "*As pessoas que te mataram ainda estão soltas. E não sei por quanto tempo elas continuarão livres. Mas elas nunca saberão nada sobre o que você tinha antes da pele*" (p.184).

Sob este prisma, o sentido cativante do romance está na profundidade dos problemas que o livro traz a partir da questão racial: raça e gênero; raça e educação familiar; precariedade do sistema de ensino escolar e o reflexo sobre a população negra; relacionamentos (os mais variados possíveis) entre brancos e negros; iden-

**Bacharel em Ciências Sociais (Unicamp), Mestre em Ciência Política (Unicamp), graduando em Ciência Jurídicas e Sociais (UFRGS). Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/3147631377850922.
E-mail: zeedugalvao@gmail.com.

Justificativa: *A obra aborda a vida de um professor negro e sua trajetória de enfrentamento com a lógica racista da sociedade brasileira, em particular, a gaúcha. Considerando que, ao longo do romance, as distintas formas de violência aparecem nas relações sociais, é possível estabelecer um diálogo crítico do texto com abordagens próprias da Criminologia.*

tidades que se constroem pela cor da pele; violência que se funda e se reproduz a partir da cor da pele; sentimentos por trás da pele; dentre outros que tornam objetivo a real compreensão do que é o racismo estrutural. Dessa maneira, o romance chama para a reflexão de temáticas sociais mescladas com as questões individuais de cada personagem, em particular, os personagens Henrique, Pedro e a mãe Martha.

Com efeito, convém destacar possíveis conexões do romance com perspectivas do pensamento criminológico. Um exercício possível, na medida em que Jeferson Tenório não perde de vista um dos alicerces do racismo estrutural, qual seja: a violência. Sobre isso, vale destacar que a criminologia, dentre outras possibilidades, busca compreender formas de reprodução da violência e dos processos de criminalização de comportamentos sociais. Perspectivas que saltam a cada página de *O Avesso da Pele*.

Os personagens negros, em diversas ocasiões, são abordados pela polícia, algemados, supostamente confundidos com bandidos, acossados de espaços que não deveriam estar e vivenciados, em suma, situações surreais provocadas pela cor da pele. Sobre isso, ilustrativamente, uma passagem da obra expõe o caso de uma descrição de um suspeito de assaltar um banco, o qual é confirmado como sendo um homem branco e, na dinâmica da percepção racista dos agentes do Estado, é o homem negro o sujeito abordado, sob a justificativa de se estar em busca de um assaltante. Algo absolutamente sem nexo e desprovido de racionalidade lógica para uma análise apenas causal, porém, nada mais comum nos centro urbanos brasileiros, à luz de um olhar sociológico. Trata-se do que a Teoria do Labeling Approach (Baratta, 1999) identifica como *etiquetamento* social. Esta perspectiva busca compreender os efeitos da definição do delinquente sobre o indivíduo, de modo que, neste caso construído por Tenório, o sistema penal previamente consolida o típico suspeito, o negro, criando uma meta-regra que já dita os comportamentos. Principalmente, se o indivíduo negro já foi anteriormente alvo de abordagem policial. Ou seja, a definição do órgão oficial é que constrói uma violência prévia cotidianamente reproduzida sobre a população negra. Não distante do aparelho repressivo estatal, o advogado Bruno Fragoso chega a manifestar para Henrique que não gosta de negros por não confiar neles. O reflexo deste *etiquetamento* também aparece nos locais que os olhos da sociedade autoriza ou não a permanência de negros.

Vale frisar que, na obra, personagens são enxotados de determinados bairros de classe média branca e da elite: "*Você ficou ali na esquina parado, ainda sob o olhar de gente desconfiada. Porque um suspeito é sempre um suspeito, mesmo que a polícia te libere e diga bom-dia e tenha-um-bom-trabalho*" (p. 143). Assim,

apesar do discurso da igualdade que informa o direito na sociedade republicana, há uma perpetuação de reprodução da realidade social desigual. Os teóricos da Teoria dos Conflitos atribuem boa parte dessa responsabilidade a quem está no poder, pois a criminalidade é um *status* atribuído por quem tem poder de definição. Em particular, *O Avesso da Pele* ressalta de que forma a cor da pele determina o modo de estar em espaços públicos. Em diversas passagens, brancos não sofrem o mesmo tratamento repressivo e violento, mesmo sob as mesmas condições que os negros.

Vale destacar que o aspecto simbólico deste *etiquetamento* também perpetua no vocabulário: negão, neguim, mulatinha, essa gente, gente desse tipo; moreninha forte igual a você; ou seja, N variáveis que buscam previamente suspeitar dos negros e das negras, reforçando uma violência simbólico-discursiva sustentada pelo sistema normativo da sociedade. Assim, não só os órgãos de controle (a polícia) é posta em xeque, mas a própria sociedade branca elitista, de origem escravocrata. Elementos que são expandidos nos objetos de estudos da criminologia crítica. O ponto em comum: a violência nas relações sociais (nas ruas, nas instituições, nas famílias, no vocabulário).

Também convém ressaltar a abordagem foucaultiana sobre a disciplina e o controle. Em *Vigiar e Punir* (2014), Michel Foucault explica como o poder de controlar, disciplinar e punir passou a fazer parte de diversas instâncias e instituições do cotidiano, ditando comportamentos. Em muitos sentidos, Tenório confirma Foucault porque não deixa de chamar a atenção para a disciplina a que os negros estão submetidos em meio ao racismo estrutural: o trabalho doméstico; o "dever" de trabalhar em postos mais rebaixados; as posturas desde a infância para evitar suspeitas; a precariedade de acesso à vida digna. Sobre o elemento comportamental, por exemplo, há uma passagem no romance sobre as orientações que meninos negros recebem na infância: "*não chame a atenção dos brancos. Não fale alto em certos lugares, as pessoas se assustam quando um rapaz negro fala alto. Não ande por muito tempo atrás de uma pessoa branca, na rua. Não faça nenhum tipo de movimento brusco quando um policial te abordar. Não saia sem documentos. Não seja um vagabundo, tenha sempre um emprego*" (p. 88).

Por fim, ainda é possível traçar um paralelo com as Escola Positivistas, no que toca o aspecto biológico do racismo e da ideia do criminoso identificado por traços da fisionomia. Não para desenvolver uma crítica ao racismo estrutural, mas para lembrar da origem do problema. Isso porque, é a partir do estudo das teorias racistas do século XVIII e XIX que Henrique, influenciado pela identidade que construiu junto ao professor Oliveira, irá entender o embuste da ideologia que vem se

construído há séculos. Na prática, os personagens descobrem o que os críticos da criminologia indicam como Ideologia da Defesa Social, aquela preocupada em manter os oprimidos e explorados no seu devido lugar, longe de restaurantes, do conhecimento, do poder, enfim, do desfrute da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro: Ed. Revan. 1999.

FOUCALT, Michel. Vigiar e Punir – nascimento da prisão. Rio de Janeiro: editora vozes. 2014.

TENÓRIO, Jeferson. O Avesso da Pele. São Paulo: Companhia das Letras, 2020

SISTEMA DE JUSTIÇA E DE ENCARCERAMENTO DO PAÍS SOB JULGAMENTO NO DOCUMENTÁRIO "SEM PENA"

*Cesar Rodrigues van der Laan**

O documentário "Sem Pena", de Eugênio Puppo, de 2014, tece uma grande crítica ao sistema de justiça criminal e de encarceramento do país. Ilustra não apenas a vida em condições precárias e insalubres nas prisões – já reconhecidas pelo STF como um "estado de coisas inconstitucional" na ADPF 347/DF[1] em 2015 –, mas também aborda outras questões como preconceitos e equívocos envolvidos no sistema de criminalização como um todo. As críticas abrangem a política criminal em si, no que tange à estruturação do controle do crime e da criminalidade a partir da criminalização em massa crescente direcionada contra as camadas mais frágeis, política e economicamente, da sociedade, também apontando a lentidão da burocracia judiciária que deixa ainda mais complexo o problema social subjacente à obra.

Por um lado, o filme desaprova a criminalização primária, relativa às drogas, que encarcera o jovem pobre e negro em massa, sem alternativas na vida diante do "abismo social" do país – abordagem que remete ao fato de a política criminal brasileira se basear apenas na sanção penal, sem alcançar questões estruturais envolvidas, aspecto já apontado por Zaffaroni em sua Teoria Negativa/Agnóstica da Pena (SANTOS, 2014, p.435). Por outro lado, denuncia a criminalização secundária, diante das falhas e demoras do Judiciário (as salas com pilhas de caixas de processos judiciais são ilustrativas), da própria repressão policial que adentra a casa do pobre na comunidade e não o faz na casa da classe média em busca de drogas (como se a droga estivesse apenas no morro), e da execução da pena em si. Desvelam-se injustiças e erros da Justiça criminal. Nesse sentido, o

1 Acórdão disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 22 fev. 2023.

***Graduando do 5º Semestre em Direito na Universidade de Brasília.**
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1197569702401352. E-mail: cesarvdl@yahoo.com.

Justificativa: *A presente resenha analisa a obra cinematográfica "Sem Pena", com o objetivo principal de mostrar uma realidade de injustiças e ineficiência do sistema criminal do país, questionando essa realidade e seus reflexos sobre a população marginalizada do país. A película foi objeto de estudo na disciplina Teoria Geral do Direito Penal, do curso de Direito, da Universidade de Brasília, em 2022.*

filme se alinha com Santos (2014, p.468), que ressalta a criminalização seletiva de marginalizados sociais excluídos dos processos de trabalho e consumo social, pelo sistema de justiça criminal, tanto no âmbito da política criminal, quanto no da efetivação do sistema de justiça e do encarceramento em si.

A crítica começa já no título. Uma população com perfil de gênero, etário, econômico e racial definido é alvo predominante do sistema criminal, encarcerada sem pena ou sem compaixão, em casos envolvendo sobretudo drogas. Isso remete à citada ADPF, que expôs a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais de uma expressiva parcela da uma população, e a uma falha estatal estrutural, que gera a perpetuação e agravamento desse estado de coisas. Destaque para o questionamento da visão do crime como um problema individual, dado ser um fenômeno social, decorrente de litígios.

Estruturalmente, a película se constrói a partir de imagens e de uma série de relatos e depoimentos tanto de pessoas já incriminadas quanto de familiares, operadores da justiça ou estudiosos do tema. São relatos de histórias e visões autônomas entre si, mas conexas na temática, acerca da realidade do sistema de justiça e de encarceramento no país. De uma forma ou de outra, as visões trazidas ecoam uma crítica à efetividade da justiça e do sistema carcerário.

Um jovem sem ligação com criminosos é preso por 5 anos por um estupro que não cometeu, "reconhecido" pela vítima e, depois, por outra jovem, mesmo já preso (caso 1). Aqui, a impressão transmitida é de o sistema querer achar alguém culpado, mesmo inocente, aspecto que acaba não sendo essencial para a Justiça, perspectiva que é também relatada no 16º testemunho do filme. O sistema coloca um jovem réu primário no convívio com criminosos na cadeia, que não retorna melhores cidadãos do que quando entraram. Uma usuária de maconha, condenada por 3 anos como traficante (caso 2), argumenta que não existe quantidade objetiva para diferenciar o tráfico do consumo próprio, ficando a liberdade à mercê da subjetividade do juiz. Também mostra a desorganização judiciária, diante da falha da Vara de Execução ao expedir um segundo mandado de prisão contra ela, o que lhe causou nova restrição de liberdade, mesmo já tendo cumprido sua pena.

O terceiro depoente critica o viés policial de prender sob um "critério de fábrica", de alcançar determinada quantidade de drogas e armas apreendidas. Outra mulher afirma ter sido presa sem ter feito nada (caso 4). Um policial aposentado relata que a polícia apreende droga e dinheiro de traficante, mas sem o prender e manda para a cadeia um *dealer* pequeno, que vende pouca coisa, para cumprir estatística (caso 5). O viés da pobreza aparece no sexto testemunho. Desde a infância pedindo

esmola, uma jovem começou a roubar e a traficar, passando 15 anos encarcerada. Em sua visão, a prisão piorou muito, pois não se sai mais com uma profissão, o que dificilmente se oferece ao preso. Virou escola do crime, inexistindo possibilidade de reeducação. O sétimo ressalta que usuário de droga é preso como traficante, inexistindo diferença para a Justiça entre 5g ou 1 tonelada de droga. Enquadra-se tudo como tráfico, mesmo sem ser traficante. O oitavo enfatiza que a prisão não tem estrutura para reeducar a pessoa e que o preconceito da sociedade causa reincidência do crime, de 75%. Ninguém dá emprego a alguém que cumpriu 15, 20 anos de prisão. Mostra-se, aqui, uma visão estrutural da problemática que ronda o crime que é muito maior do o encarceramento em si, e que não é tratada na política criminal do país. Essa fala se assemelha ao já apontado por Bitencourt (2020, p.1329), que flexibiliza atribuir a culpa somente ao condenado pela reincidência, dada a estigmatização da culpa eterna, impedindo a reabilitação social.

O nono também vê o sistema prisional como falido, um local de profissionalização para o crime e a violência. É um sistema caro, que gasta mais com o preso do que com uma faculdade em muitos casos. Investe-se dinheiro público para manter a pessoa presa por 8, 10, 15 e até 30 anos, o que só aumenta o medo da sociedade dessa pessoa. Não há retorno desse investimento. O sistema não recupera ninguém, e a pessoa sai para cometer muito mais crimes que antes. Deixar as pessoas presas em celas lotadas 24h sem fazer nada gera apenas alguém revoltado, altamente desequilibrado, aleijado física e mentalmente. Como Bitencourt frisa, o sistema penitenciário não consegue reabilitar ninguém. Ao contrário. Há muito mais uma "presunção de tratamento ressocializador" (BITENCOURT, 2020, p.1323) do que uma realidade fática. Esse caso também aponta para o descumprimento do art. 87 (separação de presos provisórios e condenados em regime fechado) e ao descumprimento do art. 88 (cela individual) da Lei de Execução Penal – LEP.

O décimo também realça que não são discutidos os problemas estruturais por trás do crime; o 11º, que se gasta R$ 1.350,00 por mês por preso, custo que cai com celas superlotadas. O 12º associa o roubo à pobreza. Em geral, se rouba porque não se tem, havendo um litígio por trás do crime que o direito penal não alcança, mas que é a raiz da maior parte do crime. É o conflito entre o ter e o não ter, entre estar incluído ou não, entre possuidores e não possuidores – a cena de uma Ferrari na frente de um grupo de pobres pretos na rua é bastante ilustrativa. Juízes, em regra, são contra os presos, não concedendo remissão da pena. Presídios também não têm oficina, escola nem trabalho para remir a pena, o que é injusto. A alternativa é a facção, que ajuda réus primários sem dinheiro que ficam presos

provisoriamente. Paga-se o advogado e depois se exigem serviços que subsidiam o pagamento de advogados de outros acusados. Assim, o próprio sistema criminal alimenta o crime.

A 13ª depoente desvela a dificuldade de acesso dos familiares ao visitarem seus parentes presos, a tortura psicológica envolvida configurando uma pena imposta a não presos. O 14º salienta que o país possui a 3ª população carcerária do mundo, mas com a mais alta taxa de crescimento. O perfil do preso é de jovens pobres, geralmente negros, capturados em flagrante negociando substâncias ilícitas sem uso de armas ou prática de violência e sem vínculo com organização criminosa. São jovens que são depositados "no inferno", no convívio com quem já desenvolve uma carreira criminosa. Gera-se uma bomba-relógio para o país e para as vidas desses jovens, que se unirão a esses grupos a praticar crimes mais violentos com uso de armas. Critica-se, ainda, o gasto de R$ 1.500,00 por mês para tornar pior essas pessoas.

O 15º condena a lógica criminal de que as pessoas "que saem de controle" constituem ameaça e devem ser eliminadas da sociedade. O 16º também critica os juízes, que extrapolam o direito para manter pessoas presas. Se a pessoa não tem carteira assinada ou se não tem endereço fixo, como o morador de rua, é mantida presa. Mantêm-se presas provisoriamente pessoas respondendo apenas por furto simples, pois não conseguem pagar a fiança. Mais da metade dos presos poderia estar solto somente se a lei fosse aplicada corretamente. Também se refuta a ideia de impunidade no país, que existe apenas para determinadas classes bastante específicas, e que o preso fica pouco tempo encarcerado, saindo após cumprir 1/6 da pena – penas de até 2 anos são cumpridas totalmente em regime fechado.

Novamente, transparece a questão econômica: se a pessoa é pobre, não progride de regime. O reconhecimento do direito de progressão de regime na Vara de Execução demora mais que a própria pena, com a pessoa já a cumprindo em sua totalidade. Faz-se uma crítica da Justiça como uma loteria com a vida alheia, a depender do juiz que caia o processo: para a pessoa com 5g de maconha, 10 pedras de crack, a pena varia de 1 ano e 8 meses em regime aberto substituída por prestação de serviços à comunidade ou é aplicada até 8 anos de reclusão em regime fechado. Isso para o mesmo fato típico, mesmo o STF e STJ entendendo que a pena correta é 1 ano e 8 meses de serviços comunitários. Assim, um *dealer* que vende droga para custear seu próprio vício chega a ficar 8 anos preso, ao lado de criminosos mais perigosos, verdadeiros profissionais do tráfico.

Além disso, aceita-se a condenação de pessoas por crimes sem convicção da autoria, sob a presunção de que a pessoa já cometeu muitos crimes e que a pessoa negra, pobre e da favela, já que foi pega pela polícia, deve ser mantida atrás das grades o máximo possível para evitar que cometa outros crimes. É uma neutralização *ex ante*, sem crime. Essa postura, preconceituosa, é considerada como algo comum entre procuradores e juízes. Também é algo que informa a prática policial. É o encarceramento da pobreza, com o Judiciário replicando o senso comum dos programas policiais de fim de tarde.

Em seguida, ocorre a audiência de instrução de uma senhora idosa pobre acusada de tráfico de drogas (caso 17). Destaca-se ser comum o aliciamento, pelos traficantes em comunidades, de pessoas sem estereótipo de criminoso para esconder drogas, como idosas e até cadeirantes, que aceitam a função em troca de algum dinheiro para sobrevivência. Por fim, o 18º depoente salienta que problema de droga existe em qualquer lugar nas cidades brasileiras. A diferença é que a polícia não entra na casa da classe média sem autorização, como faz na comunidade atrás de droga.

A conclusão é que há um modelo de encarceramento em massa, do pobre, mas que não deu certo. Essa conclusão remete ao documentário "13ª Emenda"[2], que critica a política de encarceramento em massa da população negra pobre nos EUA. Da mesma forma, o pano de fundo é o combate ao uso e ao comércio das drogas, uma política criminal seletiva pouco inteligente e ineficiente. É a criminalização da pobreza pelo Estado norte-americano, que substituiu o estado social pelo estado penal, quintuplicando a população carcerária em 20 anos naquele país (SANTOS, 2014, p.477).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. V.1. Parte Geral. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal Parte Geral*. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SEM PENA, 1h23min, direção: Eugênio Puppo, 2014. Disponível em: <https://youtu.be/b6RDgB8GVW8>. Acesso em: 21 fev. 2023.

2 Documentário "13ª emenda" (em inglês "13th"), dirigido por Ava DuVernay nos Estados Unidos e distribuído pelo serviço de streaming Netflix em 2016.

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DURANTE A PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL E O SUJEITO PÓS-GUERRA REPRESENTADO NO FILME O GABINETE DO DR. CALIGARI

*Kemelly de Oliveira Cadaxo**

Sob uma perspectiva histórica, a Alemanha encontrava-se em uma situação crítica após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), visto que no cenário pós-guerra estava falida por conta das condições extorsivas que foram determinadas pelo Tratado de Versalhes, perdendo todas as colônias e partes de seu território, muitas dívidas por causa indenizações que teve que pagar, além de outras questões que foram impostas. É importante destacar que dos 65 milhões de homens que estavam envolvidos na guerra, mais de 8 milhões morreram, 20 milhões ficaram feridos e 5 milhões desapareceram. Além disso, 9 milhões de civis morreram em consequência da fome, epidemias e massacres. O fim da Primeira Guerra Mundial trouxe muitas consequências e deixou um cenário degradante, sem contar nos tantos direitos humanos que foram infringidos.

Até antes da Segunda Guerra Mundial, o status do indivíduo no cenário mundial era de total responsabilidade do Estado e eles estavam inseridos num contexto em que a soberania nacional era absoluta, isto é, a responsabilidade de proteção da pessoa ficava com o Estado ao qual o cidadão pertencia. Sendo assim, cada Estado escolhia à sua maneira como protegeriam os seus. Entretanto, após os desastres deixados pela Guerra, passaram a buscar uma melhoria nas condições de vida dos indivíduos de uma forma que abrangesse a população mundial, de forma que fossem levados em conta os valores da dignidade humana independentemente de onde o indivíduo reside, assim se deu o início da internacionalização dos direitos humanos que se consolidou apenas após a Segunda Guerra Mundial.

A primeira expressão à liberdade e autonomia foi o Direito Humanitário ou Direito Internacional da Guerra, que foi instaurado com o objetivo de limitar a

*** Graduanda em Letras Português pela Universidade Federal do Acre. E-mail: kcadaxo@outlook.com.**

Justificativa: *O filme "O Gabinete do Dr. Caligari" foi um filme produzido pela Alemanha após a Primeira Guerra Mundial e trata da representação do sujeito pós-guerra, bem como utiliza de outros aspectos para representar as ideologias imperialistas do sistema alemão e a mente perturbada do indivíduo após os conflitos mundiais. Desse modo, compreendemos que a Guerra violou relaciona-se o Direito Humanitário com os direitos básicos dos indivíduos que foram infringidos bem como valores da dignidade humana. Com isso, apresenta-se a atuação do Direito Humanitário para proteger os seus e buscar melhoria nas condições de vida dos indivíduos.*

atuação do estado e assegurar o cumprimento dos direitos básicos fundamentais. Sendo assim, o Direito Humanitário limitou os efeitos dos conflitos armados e passou a proteger as pessoas que participam direta ou indiretamente, além de impor limites aos meios e métodos de guerra.

Em 1916 o governo passou a proibir a importação de filmes estrangeiros, o que fez com que os alemães passassem a estimular a produção do cinema nacional. Mesmo após a derrota em 1918 as importações de filmes estrangeiros e exportações de filmes alemães para os mercados externos continuaram bastante fechadas até o ano de 1920, quando uma lei permitiu a importação de uma cota de 15% de filmes estrangeiros e assim, os mercados estrangeiros voltaram a receber filmes alemães, dentre eles "O gabinete do Dr. Caligari" e outras produções da época.

É importante destacar que as produções cinematográficas na Alemanha eram bem menores quando comparadas a outros países, entretanto, entre 1910 e 1930 foram realizadas várias produções cinematográficas expressionistas, o interessante era a sincronia existente entre o desenvolvimento político e a produção artística/cinematográfica. Por volta de 1910, o cinema alemão não era de grande expressão, tudo que passava no cinema da época, 10% era produção alemã, todo o restante era produção estrangeira. A partir do início da Primeira Guerra Mundial em 1914, a Alemanha passou a ficar bem excluída da distribuição cinematográfica internacional, então eles passaram a produzir seu próprio conteúdo. Em 1917 foi criada a *Universum Film Aktien Gesellschaft* (UFA), uma companhia alemã que centralizou a produção, exibição e exibição dos filmes alemães.

Nesse cenário surge uma nova corrente artística na Alemanha, o expressionismo alemão. O expressionismo é um movimento artístico que ocorreu em vários outros lugares além da Alemanha, e se manifestou através da pintura, arquitetura, cinema, música, literatura e entre outras artes. Como o próprio nome sugere, o expressionismo estava diretamente ligado à expressão do autor com uma visão intuitiva, interior e individual do artista. No cinema o expressionismo teve seu auge na década de 1920 na Alemanha versando com o irreal, luzes e sombras e abordando temáticas como a morte, desilusões, angústia, o medo e nesse caso o terror aliado a ideia de loucura.

Dessa forma, "O Gabinete do Dr. Caligari" foi um marco importante na história do cinema alemão, sem sombra de dúvidas inaugurou uma tendência artística que não era comum no cenário pós-guerra, mas que se inseriu com o objetivo não só artístico, mas também ideológico, apesar de ser um filme mudo, o cenário abstrato e distorcido, formas que fugiam do real, objetos que não seguiam uma simetria,

expressões faciais exacerbadas e outros elementos faziam alusão às emoções do protagonista. O drama que envolve a narrativa durante a atuação, as maquiagens marcadas como recurso de externalização do subjetivo e o cenário do filme levam o espectador a uma "atmosfera" de sonho, melhor dizendo, um pesadelo, somos transportados para o interior da mente perturbada do protagonista que estava sendo representada com a personalização do sujeito pós-guerra.

O filme "O gabinete do Dr. Caligari" (*Das Cabinet des Dr. Caligari*) é uma produção cinematográfica alemã do gênero mistério/horror, produzido no ano de 1920 dirigido por Robert Wiene e escrito por Hans Janowitz e Carl Mayer. O filme alemão é, antes de tudo, considerado um clássico do expressionismo alemão, com formas gráficas e objetos com formatos que se distanciavam do real, características marcantes no entorno da história que nos levam a refletir sobre os mais diversos aspectos ideológicos abordados no filme como a materialização da loucura e a visão sobre o sujeito após a Primeira Guerra Mundial.

A história do diretor do hospital psiquiátrico disfarçado por um diretor de espetáculos que usa um sonâmbulo para cometer assassinatos é uma alegoria do tiranismo que se espalhou pela Europa tendo como epicentro o nazismo de Hitler. Foi escrita com base nas experiências traumáticas de um dos roteiristas durante a guerra e em um show de variedades que o outro roteirista viu em um parque de Berlim. "O gabinete do Dr. Caligari" mesmo após 102 anos de sua produção não deixa de ser considerado uma referência estética e uma obra-prima do cinema, considerando que foi produzido num período de extrema tensão na perspectiva histórica, o cenário em que a Alemanha se encontrava no pós-guerra, entretanto, isso não os impediu de inovar e investir no cinema nacional.

Os elementos da narrativa foram colocados e pensados com um objetivo específico, bem como os elementos representativos estão colocados com um objetivo, seja ele gráfico, ideológico, cinematográfico ou até mesmo se situar o telespectador no que estava acontecendo naquele momento da história. Vale ressaltar o poder discursivo que o cinema tem, ainda mais no contexto histórico em que esse filme foi produzido, todos os elementos foram colocados de forma bastante propositiva, desde o cenário, as vestimentas dos personagens, o uso do recurso dos *flashbacks* e os recursos visuais expressivos.

O filme inicia com uma conversa que Francis está tendo com outro homem e em seguida começa uma sucessão de *flashbacks*. Em uma região da Alemanha chega Dr. Caligari e seu acompanhante Cesare, que é um sonâmbulo que atende apenas às ordens de Caligari. O mesmo vai até a administração da localidade pedir permissão

para se apresentar. Sua apresentação consistiria em um show com a atração principal de um sonâmbulo que estaria dormindo ininterruptamente por vinte e três anos. Atendido de forma rude pelo secretário municipal, ele recebe sua autorização e segue caminho para a feira. O místico Dr. Caligari divulga seu show afirmando a mais nova atração, Cesare, o sonâmbulo, que lê a sua sorte e prevê o futuro.

Após a aparição da dupla, uma série de assassinatos macabros e misteriosos começam a acontecer no vilarejo. As pessoas aparecem mortas, brutalmente atingidas por punhaladas por um objeto pontiagudo. Uma das pessoas assassinadas foi Alan, amigo de Francis que entrou na tenda de Caligari e perguntou a sua sorte à Cesare. Francis, então, começa a suspeitar da dupla e avisa a polícia, que inicia buscas por evidências no gabinete de Caligari, mas nada encontra. Francis passa um tempo observando-os para verificar se encontram alguma atividade suspeita, mas nada encontra.

Então, Caligari ordena que Cesare mate Jane, a moça por quem Francis tem sentimentos. O sonâmbulo invade o quarto da moça pela janela e se prepara com seu punhal para desferir o golpe fatal, quando por algum motivo ele hesita, se sente atraído pela beleza dela e a toma em seus braços, ela acorda relutante, entretanto em luta corporal com Cesare, ela desmaia. Ele a carrega pelas colinas, contudo, abandona a moça no meio do caminho e é encontrado por aqueles que o perseguiam mais a frente caído no chão.

Enquanto tudo isso acontecia, Francis estava vigiando Caligari, que o enganava com um boneco semelhante ao sonâmbulo, levando-o a crer que Cesare estava o tempo todo em casa com Caligari. Quando descobre a farsa, chama a polícia, Caligari é desmascarado e foge para as montanhas entrando em um hospital psiquiátrico. Em busca do homem, Francis pergunta a alguns funcionários, todavia não conhecem ninguém com esse nome e o direcionam para o diretor do hospital que tinha chegado naquela manhã. Quando Francis vai até a sala do diretor percebe que ele, e ninguém mais, era o próprio Dr. Caligari.

Francis conta a história aos enfermeiros que o ajudam a fazer uma busca no gabinete do diretor enquanto ele estava dormindo. Encontram um livro que fala sobre a especialidade do doutor – o sonambulismo – e encontram a história do místico Caligari, além disso eles também encontram seu diário e leram várias anotações que revelaram a mente perturbada do diretor e sua obsessão pela teoria de Caligari. O Doutor entra no gabinete e, quando confrontado, assume que havia usado do estado hipnótico de Cesare para cometer brutais assassinatos em seu nome, então é aprisionado em uma sala do hospital psiquiátrico.

O *flashback* se encerra e retorna para a cena inicial da conversa entre Francis e o outro homem, e ele finaliza sua história dizendo que Caligari envelheceu louco dentro de sua cela. Após isso ele começa a caminhar e percebe-se que na verdade ele estava no pátio do hospital psiquiátrico. Até que Francis vê o doutor e tenta agredi-lo. Os enfermeiros o prendem em uma camisa de força e o trancam em um quarto do hospital, o mesmo quarto em que Caligari havia sido preso na narração anterior de Francis. O Doutor entra na sala e diz aos enfermeiros que Francis acredita que ele é Caligari. Assim, o filme tem o seu desfecho quando percebemos que Francis, na verdade, era um interno do hospital psiquiátrico e que toda a história que ele contara anteriormente fazia parte da sua confusão mental. No final, a história acaba sendo caracterizada pela irracionalidade da loucura.

O sujeito retratado nas condições do filme se apresenta como um homem fragmentado pelas condições sociais presentes no meio no qual ele está inserido. Ele não é um homem romântico, nem um herói clássico, não está lutando por um bem comum e muito menos por um bem individual, ele é apenas o homem moderno que se instaura na realidade em que ele está inserido. O filme em questão além de ter uma clara ruptura com o realismo busca retratar o inconsciente coletivo da época bem como a crise de identidade do indivíduo e a angústia existencial do sujeito moderno. Além do mais, há uma clara manipulação presente no enredo, o sonambulismo foi utilizado como uma metáfora para questões políticas e sociais maiores, a manipulação de Caligari para com Cesare em que o sonâmbulo é compelido a cometer brutais assassinatos é símbolo das ideologias autocráticas e imperialistas do sistema alemão.

Os espaços em que o filme se passa são poucos e às vezes o mesmo cenário para cenas diferentes. É fácil perceber que os cenários em que o filme acontece possuem bastantes similaridades com o ambiente teatral, formas fantásticas e gráficas, longe do real, mas há todo um conceito por trás dessas ruas tortas, casas pontiagudas, janelas tortas, formas abruptamente assimétricas, ruas em que as pessoas caminham cambaleando, esses elementos foram colocados justamente para expressar as características expressionistas.

O cenário apresentava-se, também, com linhas sobrepondo-se umas às outras, pinturas tortas acompanhadas de sombras, entre outros elementos que corroboram para a construção da atmosfera claustrofóbica para promover o clima de como se as cenas ocorressem num pesadelo. Totalmente distanciados do real valorizando o figurativo artificial dos elementos. Os ângulos obtusos explorados no filme bem como as linhas curvas e pinturas disformes, dão a ele um aspecto

macabro, distanciando-se esteticamente do realismo e essa era a intenção, se distanciar da realidade para mostrar mesmo que aquilo não era de verdade, cenários improvisados, desenhados, com tecidos e coisas simples para se relacionar a simplicidade da estética teatral.

Vale destacar, também, o estilo extravagante, as cenas se passavam em como se fossem de um pesadelo, até mesmo as paredes com desenhos estranhos, o que pode representar a mente confusa e perturbada do personagem que estava narrando a história, elementos esses que só se tornam perceptíveis após o final do filme quando acontece a grande reviravolta e só assim conseguimos compreender a utilização de alguns elementos cenográficos. O tempo narrativo do filme não tem seus fatos narrados cronologicamente, mas sim boa parte do filme se apresenta em *flashbacks* em uma história contada por Francis, o homem que perdeu seu amigo Alan após a chegada de Dr. Caligari e Cesare no vilarejo.

Podemos perceber através dos elementos do filme que foi retratada a perda do controle consciente para que a realidade fosse transformada pela subjetividade em vez da objetividade, focalizando assim o lado obscuro da humanidade. O sujeito pós-guerra estava em constante angústia existencial e medo e podemos perceber isso pela percepção individual retratada no filme, a materialização da loucura tratada nessa produção era um panorama bastante comum principalmente por conta das condições às quais eles foram expostos que violavam os direitos humanos, apenas depois todas as perdas, danos e violações de direitos no âmbito humanitário que buscaram atentar para essas questões de respeito à vida e aos direitos básicos dos indivíduos. O cenário após a Primeira Guerra Mundial foi marcado pela instabilidade social e política, e as características apresentadas no filme são o espelho do inconsciente coletivo nacional reinante nesse período. Incerteza e medo foram levados à tela, por meio de uma produção que remetia à profunda crise de identidade na sociedade pós-guerra.

REFERÊNCIAS

WIENE. R. *O gabinete do Dr. Caligari*. Direção: Robert Wiene. Alemanha (1920).

FEIX, Daniel. *Há cem anos, filme alemão "O Gabinete do Dr. Caligari" antevia o nazismo e marcava a história do cinema*. GZH – Jornal Digital, 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/cultura-e-lazer/cinema/noticia/2020/01/ha-cem-anos-filme-alemao-o-gabinete-do-dr-caligari-antevia-o-nazismo-e-marcava-a-historia-do-cinema-ck62bqcuo0czv01mvb2wq1aia.html. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

KIYOMURA, L. AVANCINI A. *Cem anos depois, "O gabinete do Dr. Caligari" reflete pânico atual*. Jornal da USP, 2020. Disponível em: https://jornal.usp.br/cultura/cem-anos-depois-o-gabinete-do-dr-caligari-reflete-panico-atual/. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

KORFMANN, Michael. *Romântico, expressionista e colorido: O gabinete do Dr. Caligari (1920)*. Fragmentos: revista de língua e literatura estrangeiras. Florianópolis. N. 30 (jan./jun. 2006), p. 97-112.

MULLER, Marcelo. *O gabinete do Dr. Caligari.* Disponível em: https://www.papodecinema.com.br/filmes/o-gabinete-do-dr-caligari/. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

SACCHI, D. BELINGHERI, M. MAZZAGATTI, R. ZAMPETTI, P. RIVA, M. A. *O gabinete do Dr. Caligari e a hipnose.* Disponível em: https://tiagogarcia.net/o-gabinete-do-dr-caligari-e-a-hipnose/. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

COMUNICAÇÃO



ACESSO AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: O DIREITO INTERNACIONAL VISTO EM COMUNIDADE DE PRÁTICA NO ESTADO DE PERNAMBUCO

ACCESS TO THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: INTERNATIONAL LAW SEEN IN A COMMUNITY OF PRACTICE IN THE STATE OF PERNAMBUCO

*João Vitor Sales Zaidan**
*Laura Gabriella Muniz da Silva***

O Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH) funciona atualmente no Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife. A ideia da iniciativa é promover assistência jurídica às populações marginalizadas, em especial aos dois casos que foram à Corte Interamericana de Direitos Humanos e estão localizados no estado de Pernambuco: o da demarcação da Terra Indígena (TI) do Povo Xukuru de Ororubá, na cidade de Pesqueira, e o da superlotação do Complexo Penitenciário do Curado, em Recife. Além disso, são feitas ações em matéria de educação de direitos humanos e tomada de consciência, sempre considerando o Método Paulo Freire de valorização de sujeitos e de diálogo interconectado.

A história do aSIDH começa em 2012, na Universidade Federal da Paraíba, com o objetivo de democratizar o acesso ao sistema regional/internacional de proteção dos direitos humanos, de modo a capacitar pessoas para atuação no campo e prestar auxílio a populações necessitadas, conectando-as à universidade e a instituições parceiras. A primeira experiência de do aSIDH ocorreu em 2014, em João Pessoa, no estado da Paraíba, quando uma liminar foi proferida de modo pioneiro liberando o uso do canabidiol para dezesseis pacientes terminais acometidos com

*Graduando do 2º período do curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco e extensionista do aSIDH. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3724677681050200. E-mail:joao.zaidan@ufpe.br.

**Graduanda do 8º período do curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife/Universidade Federal de Pernambuco e extensionista do aSIDH. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/4782067539248056. E-mail: lauragmuniz@hotmail.com.

condição grave. A extensão teve um papel essencial na definição da sentença ao participar da redação de uma nota técnica sobre precedentes internacionais sobre responsabilização do Estado, usada pelo Ministério Público e acatada pela Justiça local.

Em 2016, o projeto aSIDH foi levado à UFPE, passando posteriormente a ser Programa de Extensão Universitária, com dois projetos de extensão como eixos centrais envolvendo casos de violações de direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Esses projetos iniciaram como uma iniciativa de monitoramento e maneira de aproximar a Universidade de casos práticos em que o SIDH aproxima-se da realidade local.

O primeiro projeto de grande repercussão do aSIDH já em Pernambuco foi o caso do povo indígena Xukuru de Ororubá, situado na cidade de Pesqueira (Pernambuco), que o projeto acompanha desde 2016, quando ainda tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O referido povo reconhecidamente enfrentou uma grande demora no processo de demarcação de sua TI, envolvendo uma notável omissão por parte do Estado brasileiro, além de violência local e até mesmo uma ação de suscitação de dúvidas vinda do oficial notarial de Pesqueira.

O segundo projeto de extensão do aSIDH teve início em 2017, com a participação de membros da iniciativa em um fórum de monitoramento promovido pela Procuradoria da República de Pernambuco, com relação ao caso do Complexo Penitenciário do Curado. Entre as determinações estabelecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos estão o direito dos presos de terem o cômputo em dobro de sua pena diante das condições degradantes no cárcere e a necessidade da diminuição do número de pessoas presas diante da superlotação.

Vale observar que as atividades do aSIDH demonstram uma sensível articulação entre pesquisa e extensão. Desde 2022, uma pesquisa com membros das áreas do Direito, Antropologia e História vem sendo desenvolvida, após aprovação no Edital de Estudos Étnicos Raciais Solano Trindade da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco, com quatro povos indígenas situados no estado de Pernambuco[1], incluindo o Xukuru, de modo a entender as interações de seus sistemas de justiça com o direito formal no Brasil.

1 Resultado do Edital de Estudos Étnico-Raciais Solano Trindade: Disponível em: https://www.facepe.br/wp-content/uploads/2022/04/Edital-29-2021-Estudos-Etnico-Raciais-Solano-Trindade-Resultado.pdf. Acesso em: 12 fev. 2023

Dessa forma, a referida extensão pode ser reconhecida como integrante de uma comunidade de prática em direitos humanos, na medida em que articula o conhecimento e as problemáticas locais a discussões internacionais, uma estratégia visando à mobilização para cobrar instituições de suas responsabilidades. Entende-se que uma parte importante para a concretização do direito na prática é a cobrança por parte da sociedade civil — na qual as universidades estão não apenas incluídas, como são essenciais para tanto.

Nesse sentido, a missão do aSIDH tanto passa pela educação em direitos humanos quanto pela atuação como clínica de direitos humanos. Não se pode esquecer da relevância que tem o Método Paulo Freire para a atuação da extensão, em matéria de ouvir e reconhecer a voz de populações marginalizadas. Há, ainda, atuações práticas junto a outros atores nacionais da comunidade prática, como o judiciário, ministério público, defensoria, auxiliando em ações e produzindo relatórios.

Uma característica importante e que situa o aSIDH são as parcerias com outras organizações da sociedade civil e estatais relacionadas à garantia de direitos fundamentais. Há atuações conjuntas com a Organização Não-Governamental Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), com a Defensoria Pública da União, que também atua peticionando e monitorando no caso do Complexo do Curado e com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que tem uma inserção histórica na questão indígena no Brasil e também acompanha o povo Xukuru Há colaborações também com a Ordem dos Advogados do Brasil e com o Ministério Público Federal, envolvendo o intercâmbio de conhecimento.

Em 2022, extensionistas do aSIDH participaram do projeto Litigantes do Futuro, promovido pela ONG Conectas Direitos Humanos. A iniciativa foi muito importante para o Programa, na medida em que o alçou a um novo patamar no contexto da comunidade de prática em direitos humanos no Brasil, além de ter provido formação sobre litígio estratégico, essencial para a atuação do Programa.

O aSIDH também foi a primeira extensão brasileira a participar da Escola Intensiva "*Derechos Humanos, Conocimiento Experto y Comunidad de Práctica*[2]", em 2022, em Heidelberg, conjuntamente com o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público e o Instituto Max Planck de História do Direito e Teoria do Direito. Tem-se, assim, uma expansão das fronteiras do

2 Para mais informações conferir em Max Planck Law Winter School - Escuela Intensiva: "Derechos Humanos, Conocimiento Experto y Comunidad de Práctica". Disponível em: <https://www.mpil.de/en/pub/news/events.cfm?event=calendar.Display&cat=3&iDisplayID=1&date=12/12/2022>. Acesso em: 10 fev. 2023.

Programa tanto em matéria de conhecimento, com a apropriação de teorias e de pensamentos hodiernos, além de levar a produção brasileira para o exterior.

Assim sendo, pôde-se observar como os objetivos do aSIDH, que surgiu há mais de dez anos, vêm sendo sistematicamente cumpridos e ampliados com o tempo. No âmbito universitário, é notável como o trabalho da extensão teve um impacto em matéria de divulgação científica, com uma maior popularização do conhecimento aprofundado sobre direitos humanos e o SIDH. Na própria sociedade, que é o objetivo principal de ações extensionistas, o Programa vem fazendo uma diferença importante, alçando grupos que não têm seus direitos garantidos a um patamar mais elevado de cobrança. Transformam-se, assim, vítimas em protagonistas, reconhecendo e amplificando suas vozes e vivências.

ACADÊMICA



ABORTAMENTO LEGAL NO CONTEXTO DO STEALTHING

LEGAL ABORTION IN THE CONTEXTO OF STEALGHINH

*Fábio Machado Roque**
*Ingrithi Thais Pereira Alves***

Resumo: O presente artigo tem como escopo abarcar o conceito do stealthing e sua inserção no ordenamento brasileiro como uma conduta de violação sexual mediante fraude, correlacionada a outras tipificações legais à luz do ordenamento jurídico e da jurisprudência. O estudo justifica-se, principalmente, em virtude de importante decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que permitiu a possibilidade do aborto humanizado ao caracterizar o stealthing como um crime, principalmente no que concerne à sua possibilidade de presença no ordenamento pelo crime de estupro. Ademais, o objetivo geral do presente estudo é compreender a real dimensão do conceito de stealthing para sua incidência além do crime sexual mediante fraude no ordenamento jurídico nacional, no artigo 215 do CP/40, e esclarecer conceitos acerca da pronúncia do nome stealthing, crime de violação sexual mediante fraude e as possibilidades jurídicas do aborto no Brasil, para avaliar as circunstâncias jurídicas que desempenham a atitude de retirar o preservativo sem o consentimento da vítima de maneira sorrateira e a ocasião de violência ou grave ameaça durante relação sexual. Por conseguinte, por meio de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, utilizando-se o método histórico, conceitual e comparativo, é possível verificar que se deve aplicar a interpretação extensiva ao artigo 215 do CP/40 e o conceito de stealthing no ordenamento legal brasileiro para compreender possibilidades de inserção que a prática pode acarretar ao acusado.

Palavras-chave: Estupro; Aborto; Violência; Sexualidade.

**Bacharelando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/3772249141123143. E-mail: fabio.roque.092@ufrn.edu.br.**

**** Bacharel em Direito pela Faculdade Evolução do Alto Oeste Potiguar.
Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/3156294993205767. E-mail: ingrith.thais@outlook.com.**

Abstract: The purpose of this article is to cover the concept of stealthing and its insertion in the Brazilian legal system as a conduct of sexual violation through fraud correlated to other legal typifications in the light of the legal system and jurisprudence, which is justified due to its multiple ways of insertion in the legal claim through a decision of the Court of Justice of the Federal District that allowed the possibility of humanized abortion by characterizing stealthing as a crime, especially with regard to its possibility of presence in the legal system for the crime of rape. In addition, the general objective of the present study is to understand the real dimension of the concept of stealthing for its incidence beyond the sexual crime through fraud in the national legal system in article 215 of CP/40 and to clarify concepts about the pronunciation of the name stealthing, crime of rape sexual intercourse through fraud and the legal possibilities of abortion in Brazil to assess the legal circumstances that play the attitude of removing the condom without the consent of the victim in a sneaky way and the occasion of violence or serious threat during sexual intercourse. Therefore, through a qualitative and bibliographic research, using the historical, conceptual and comparative method, it possible to verify that an extensive interpretation must be applied to article 215 of CP/40 and the concept of stealthing in the Brazilian legal system to understand the insertion possibilities that the practice can bring to the accused.

Keywords: Rape; Abortion; Violence; Sexuality

1. INTRODUÇÃO

A conduta de *stealthing* e sua interpretação no Brasil, permitem que sua tipificação vá além do que está previsto, inicialmente, no Código Penal Brasileiro, bem como a maneira que se dá o amparo jurisprudencial acerca de caso concreto pela ação de retirada de preservativo sem permissão da vítima. Ademais, a problemática deste trabalho consiste no seguinte questionamento: até que medida é possível ensejar o aborto legal nos casos de *stealthing* no Brasil e qual o aparato legal existente acerca dessa conduta?

Dessa maneira, o objetivo geral deste trabalho é analisar o respaldo legal e jurisprudencial acerca do aborto no Brasil, com a conduta de *stealthing*, caracterizada como estupro pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em relação aos objetivos específicos, estes foram: investigar as possibilidades de aborto no Brasil positivados pelo Código Penal de 1940; estudar a conduta de *stealthing* e seu amparo na legislação brasileira; e sistematizar a conduta de *stealthing* e sua possibilidade de caracterização como estupro em uma decisão judicial de 2º grau no Brasil.

Nesse diapasão, este trabalho se justifica pela necessidade de atenção aos novos crimes ou condutas que chegam ao Brasil, haja vista o aborto legal ser amparado pelo Código Penal, em um rol taxativo presente no art. 128, impondo que essa possibilidade seja possível apenas se encontrado respaldo completo do que consta em lei, sendo surpreendente que uma conduta, até então amparada por um outro crime, possa caracterizar, de forma extensiva, um aborto humanitário.

A metodologia utilizada para a elaboração deste trabalho foram o método histórico, uma vez que é necessário descrever a possibilidade e tipificação do aborto ao longo dos anos até a atual possibilidade presente no Código Penal, e o método conceitual, pois é necessário conceituar a conduta de *stealthing* e seu respaldo legal no Brasil para se chegar à conclusão e resposta da problematização sugerida. Já a pesquisa, por sua vez foi realizada de forma teórica (bibliográfica, legislativa e jurisprudencial).

No segundo capítulo, foi elaborado um levantamento histórico sobre a tipificação e realização do aborto no Brasil, como, por exemplo, o período em que o aborto se tornou visível nas terras brasileiras, qual a primeira tipificação presente na legislação para o aborto até a atual criminalização, bem como os principais códigos criminais do país e como o aborto era tratado por eles.

No terceiro capítulo será discutida a conceituação da conduta de *stealthing* e o que é necessário para sua aplicação em determinados crimes, bem como a maneira como essa conduta chegou ao território nacional. e as ramificações criminosas em que ela pode ser caracterizada e amparada por meio do Código Penal de 1940 e demais códigos pátrios.

Por fim, no quarto capítulo acrescenta-se a parte jurisprudencial, sistematizando a relevância da jurisprudência para caracterização de condutas que, até então, ainda não possuem um único encaixe criminal no Código Penal, mas que consegue ser amparada por diversos crimes e ser, inclusive, causa de permissibilidade de um aborto humanitário em uma decisão épica de um Tribunal Superior.

2. O ABORTO NO CONTEXTO DO CÓDIGO PENAL DE 1940

A prática, no Brasil, do abortamento provocado foi visível desde o período colonial, onde as indígenas tinham o hábito de praticar este ato com o uso de algumas amarras em sua barriga, carregamento de peso ou ingestão de bebidas não recomendáveis, com respaldo nas próprias leis indígenas que autorizavam o

aborto após a concepção do terceiro filho, com temores por possíveis situações de guerra e, posteriormente, pela exploração que os povos indígenas fossem submetidos (HENTZ, 2013).

A exploração, fome, falta de acompanhamento, medo e não criminalização do aborto pelos próprios indígenas, era a solução e principal causa de muitos abortamentos provocados por eles mesmos para que fosse possível evitar problemas nas aldeias e regiões próximas, ocasionados pela crescente taxa de natalidade que seria causada se muitas das indígenas não abortassem e barrassem o nascimento de crianças após o segundo filho (HENTZ, 2013).

Ademais, no período colonial as mulheres indígenas viviam em situações degradantes ocasionadas por abandono, fome, extrema pobreza e medo de repressão por filhos que fossem advindos fora da concepção de um casamento, pois muitas delas eram submetidas à exploração sexual pelos portugueses que estavam nas terras brasileiras, onde estas mulheres não viam outra solução a não ser o aborto que era provocado justamente por intermédio de chás e até objetos cortantes que eram utilizados por rezadeiras na tradição indígena (VENÂNCIO, 2004).

Dessa maneira, as indígenas realizam o aborto por inúmeros motivos, mas principalmente por temores futuros, haja vista já sentirem na pele o que era ser uma indígena, como era a possibilidade de agrupamento, instabilidade de vida e problemas que enfrentariam caso a criança não tivesse sido concebida no próprio casamento, não importando se ela fosse fruto de um estupro ou não, havendo um forte julgamento (REBOUÇAS; DUTRAS, 2011).

Nesse ínterim, entre 1603-1830 o país estava sob as Ordenações Filipinas, onde a prática do aborto não era tipificada como crime, apenas não era vista por bons olhos pela sociedade. Outrossim, nesse período o Brasil passava pela tentativa de multiplicidade de pessoas em suas terras, fazendo com que o instituto do casamento fosse fortemente tratado nas igrejas católicas que já possuíam extensão e diminuindo os adultérios e gravidezes indesejáveis que poderiam ocasionar abortos (HENTZ, 2013).

Até o século XIX, a prática do aborto não era tipificada como ato criminoso, mas apenas como conduta desrespeitosa à igreja católica, pois, na época, o que vigorava eram as limitações aristotélicas pelo tempo de "vida" do feto que estava a ser concebido. Ademais, após o largo período de predominância católica no país, as quais suas ordens e leis próprias eram fortemente seguidas pela sociedade e o Estado, passou, então, o aborto a ser punido como crime pela própria igreja, onde

os seus confessores podiam entrar na vida íntima das mulheres gestantes e acompanhar sua intimidade (REBOUÇAS; DUTRA, 2011).

Nesse diapasão, Galeotti (2007) fala de uma clara distinção da igreja católica antes e depois de 1868, onde, apenas após esse período, a prática do aborto passou a ser criminalizada. Além disso, a Revolução Francesa foi um marco para que a criminalização desta prática fosse possível no país, pois o feto perdeu o sinônimo de ser apenas um apêndice do corpo de sua mãe e passou a ter uma alma e poder ser alguém promissor para o país futuramente.

Nesse sentido, o primeiro código criminal a constar a prática do aborto foi promulgado em 1830 com punições para as pessoas que realizassem o aborto ou corroborassem com esta prática, onde tais punições eram taxativamente já presentes no código e severas. No código posterior, promulgado em 1890 além de constar tal conduta, ainda acrescentou punição para a mulher que realizasse o ato, constando apenas algumas atenuantes conforme cada caso, ou seja, a mulher também passou a ser severamente punida, não apenas quem realizasse ou ajudasse (MOTTA, 2016).

Dessa maneira, a criminalização do aborto no Brasil deu-se por meio da influência religiosa, onde a conduta da mulher-mãe era a base da sociedade e precisava seguir padrões impostos pela ação religiosa católica, bem como pela alta sociedade da época, pois com o avanço intelectual das pessoas algumas ações passaram a ser taxativamente inaceitáveis no país e era necessário que as leis unificassem a prática como crime e pudesse avançar conforme a necessidade social (MOTTA, 2016).

No dizer de Capez:

> aborto é a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno (CAPEZ, 2008, p.119).

O crime de aborto não passou por inovações consideráveis durante muitos anos, pois foi só apenas em 1940 que um novo código criminal foi criado, sendo este o Código Penal de 1940 que é utilizado até hoje. O código de 1940 apresenta o crime de aborto em um rol taxativo presente nos artigos 124 a 126, onde estão expostas as penas e caracterização do crime de maneira clara e de fácil entendimento popular (CÓDIGO PENAL, 2020).

Nesse sentido, expõe Rogério Grego sobre o momento em que a proteção do direito penal começa para uma vida, *in verbis*:

> A **vida tem início** a partir da *concepção* ou *fecundação*. Contudo, para fins de **proteção por intermédio da lei penal**, a vida só terá relevância após a *nidação,* que diz respeito **à implantação do óvulo já fecundado no útero materno**, o que ocorre **14 (quatorze) dias após a fecundação. Se a vida tem início a partir da nidação,** o termo *ad quem* para essa específica proteção se **encerra com o início do parto** (GRECO, 2019, p. 277) (grifo nosso)

O artigo 124 do Código Penal de 1940 expressa sobre o aborto provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento, ou seja, quando a própria gestante provoca o aborto ou permite que um terceiro provoque como, por exemplo, ir em clínicas clandestinas para a realização do ato, pois a previsão para o crime é apenas dolosa, ou seja, ser praticado de maneira voluntária e consciente para que seja ceifada a vida humana intrauterina (ESTEFAM, 2022).

> O autoaborto ou aborto consentido são **crimes próprios**, pois só a gestante pode cometê-los. Admite-se, contudo, a **participação de terceiros**, a quem se comunicam a condição da autora, por força do art. 30 do CP. É necessário, contudo, **que este auxilie o ato da gestante e não daquele que realiza o aborto,** caso contrário, será partícipe do art. 126 do CP. Assim, por exemplo, o noivo que incentiva a mulher a interromper a gravidez deve ser enquadrado no art. 124 do CP (combinado com o art. 29, *caput*, do mesmo Código); mas quem participa dos atos executórios deverá responder pelo crime do art. 126 (ESTEFAM, 2022, p. 305).

No mais, o artigo 125 do Código supramencionado expressa sobre o ato que é realizado sem o consentimento da gestante ou mesmo quando exista um consentimento inválido, no qual seria uma menor de 14 aos alienável ou débil mental, bem como quando o consentimento for mediante fraude, grave ameaça ou violência, ou seja, quando uma terceira pessoa provoca o aborto na gestante sem que ela saiba o que realmente está acontecendo como, por exemplo, um namorado inconformado com a gravidez põe uma pílula abortiva na bebida de sua namorada e ela aborta como consequência a ingestão desse medicamento (ESTEFAM, 2022).

O artigo 126 expressa sobre praticar aborto com o consentimento da gestante, onde, neste artigo, está expressa a pena para aquele que realiza o aborto em uma gestante de maneira consentida, "provocar aborto com o consentimento da gestante", é necessário que o consentimento da gestante seja válido, se não, o agente irá responder pelo artigo 125. Ademais, os crimes previstos em ambos os artigos, quais sejam, 125 e 126 do Código Penal de 1940 são crimes preterdolosos, ou seja, o agente atua com o dolo de suprimir a vida do nascituro (ESTEFAM, 2022).

Além disso, o artigo 127 do código mencionado apresenta a forma qualificada do crime, que são as majorantes do crime de aborto. Dessa forma, expõe Michelle Tonon, *in verbis:*

> o dispositivo prevê que as penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, sobrevém a morte (TONON, 2022, p. 30).

Ainda tratando sobre o aborto, o código atual prevê no artigo 128 (Código Penal, 2020) a possibilidade de que ocorra o aborto no Brasil de maneira legal, mas, é imperioso ressaltar que este mesmo artigo já expressa sobre quais são as situações em que é possível e que estão previstas nos incisos seguintes, quais sejam: "I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante", e "II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

Em suma, o código de 1940 separou, por partes, a criminalização do aborto e a possibilidade do aborto legal no país expondo quais seriam as situações de fato capazes de preencher tais requisitos com segurança jurídica para os casos em que o aborto for necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultado de um estupro e a vítima ou seu representante requeiram que seja realizado o aborto (CÓDIGO PENAL, 2020).

Ademais, ainda sobre o artigo 128, é importante ressaltar a presença da ADPF 54, onde Cleber Masson (2018) ao explana que a ADPF 54 assegura o direito concedido a gestante pelo SFT de antecipar o parto de maneira terapêutica em casos de anencefalia, desde que tinha sido dado um diagnóstico prévio por profissional habilitado e estejam presentes as documentações necessárias para o aborto.

3. O CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL E O STEALTHING

No direito penal o consentimento é um instituto cuja premissa está em o sujeito consentir de maneira efetivamente capaz determinada ação ou reação que possa vir a interferir em sua vida. Ademais, essa anuência ou concordância concedida pode ser dada, também por uma ofendida ou ofendido em direção ao perigo ou perigo de lesão que da qual é o titular do direito (BITENCOURT, 2015).

Dessa maneira, há de se falar em duas pontes, quais sejam, um lado ser o interesse jurídico penal para proteger os bens jurídicos da sociedade e do outro

lado está o interesse que merece tutela jurídica penal, mas, que está ligado, diretamente, ao seu titular e pode ficar disponível para lesão ou ameaça de lesão pela permissibilidade de autorrealização do agente que é lesado, mas permitiu que isso acontecesse para realização do chamado "sistema pessoal" cuja doutrina majoritária penal afirma que deve prevalecer nesses casos (DIAS, 2012).

Assim, o consentimento da própria vítima para que determinado ato aconteça e possa provocar lesão ou ameaça de lesão no seu bem jurídico tutelado é causa de exclusão de ilicitude no direito penal, haja vista que este instituto é o consentimento do ofendido, onde se exclui o caráter criminoso da ação para que se prevaleça o interesse pessoal do titular do bem jurídico tutelado (SILVEIRA, 2008).

Nesse sentido, com o entendimento do que significa o instituto do consentimento e o consentimento do ofendido no direito penal, é salutar a interpretação e sistematização do que se trata o *stealthing* e como essa conduta, originalmente apenas sexual, pode causar à mulher que, em circunstância de consentimento inicial da relação consensual, tem um desejo inicial rompido pela maneira sorrateira e até violenta de ter que continuar uma relação sexual onde se era obrigatório o uso da camisinha e o parceiro a retira sem a sua anuência.

> (...) Se estamos investigando uma conduta que tem como parte integrante de si a suspensão da ciência da contraparte em relação ao uso do preservativo, o consentimento da vítima é severamente afetado. Retirar do sujeito a possibilidade de conhecer totalmente a situação que a ele está sendo imposta atinge, de forma determinante, o assentimento e, em última análise, o exercício da autonomia, que, de acordo com Jeffrey Gauthier, é "a capacidade pessoal de escolha para os seus desejos e interesses sexuais." (FERRAZ e COUTO, 2020, p. 7).

Couto e Ferraz (2020, p. 16) expressam que "se o consentimento demanda, em regra, uma manifestação clara, expressa ou que não deixe dúvidas a respeito da vontade do ofendido, em crimes sexuais, esse é um ponto particularmente sensível", ou seja, o instituto do consentimento é claro em suas prerrogativas e até que ponto pode ser retirado a ilicitude de um crime ao ter sido a conduta realizada com a anuência do detentor do bem jurídico. Todavia, em se tratando da conduta de *stealthing*, será possível observar que os pré-requisitos para sua possibilidade não se direcionam a possibilidade de existência de qualquer que seja anuência do ato, apenas de consentimento para um ato que deveria ser normal, mas que torna-se uma violência ao corpo da vítima.

O *stealthing* é uma palavra que vem da língua inglesa cuja tradução significa furtivo, ou seja, algo que procura passar por despercebido ou rápido. Além disso,

o autor dessa prática leva a vítima a creditar que está em uma relação sexual segura, mas, de maneira rápida ou até mesmo camuflada, ele retira o preservativo sem avisar a vítima e passa a manter a relação sexual de forma desprotegida em desacordo com o estipulado com a mulher no início do ato sexual (TJDFT, 2021).

Destarte, o crime de *stealthing* que está direcionado a prática de retirada do preservativo durante relação sexual sem o consentimento da mulher pode ser penalizado como crime de violação sexual mediante fraude que está amparado pelo artigo 215 do CP/40 que pune a conduta de ter relação com alguém mediante ações que dificultem o que realmente a vítima deseja que aconteça, ou seja, limita a vontade da vítima (TJDFT, 2021).

> A ação implicada no *stealthing* envolve uma relação carnal previamente acordada entre pessoas conscientes. A retirada do preservativo é, nesse caso, iniciativa individual de uma das partes, tendo a outra descoberto esse comportamento somente após a conclusão do ato sexual. Trata-se, em suma, de um ato que se iniciou de pleno acordo entre os participantes e que se transformou em uma conduta decidida de forma unilateral (COUTO; FERRAZ, 2020, p. 17).

Nesse ínterim, existe a permissão da vítima para que aconteça uma relação sexual condicionada ao uso de preservativo – seja para se proteger de doenças sexuais transmissíveis ou gravidez – mas, acontece a situação do parceiro tirar de maneira sorrateira o preservativo sem o consentimento da vítima, haja vista ela não conseguir visualizar este ato durante a relação sexual, o que caracteriza o *stealthing* (GOMES, 2018).

> Impõe assinalar que não é possível reduzir a conduta envolvida no stealthing a uma mera intercorrência sucedida na seara sexual. Ao contrário de um fenômeno acidental, a retirada do preservativo na referida conduta é voluntária e determinada por apenas uma das partes, sem a devida consulta ou comunicação à pessoa com quem se consuma o sexo. O fato de haver consentimento prévio a respeito da relação carnal envolvida não deve macular a análise de outras condutas em outros momentos fundamentais a ela (COUTO; FERRAZ, 2020, p. 18).

Isto posto, a vítima consentiu a relação sexual, mas não permitiu que ela fosse realizada sem o uso do preservativo e o autor da conduta criminosa aceita colocar o preservativo e de maneira furtiva o retira durante o ato sexual sem que a mulher possa saber desse ato, onde o agente teve o dolo de reprimir a vontade e desejo da vítima de maneira criminosa e ferindo direitos inerentes à pessoa humana, como o desejo inicial de condicionar a relação à utilização de preservativo.

4. A POSSIBILIDADE DO ABORTO NO CRIME DE STEALTHING

O *stealthing*, como mencionado acima, é tido como uma conduta que caracteriza o crime de violência sexual mediante fraude no território nacional brasileiro, podendo ser amparado pela esfera penal e civil. Ocorre que é possível tipificar a conduta de *stealthing* em outros tipos penais no ordenamento jurídico e também garantir segurança à mulher que engravida durante esse ato criminoso, de acordo com uma atual decisão em 2º instância do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Nesse diapasão, é salutar que o disposto no artigo 128 do Código penal de 1940 é um rol taxativo ao dispor sobre as possibilidades de abortamento com causas de exclusão da ilicitude nos atos assim realizados, quando não houver outra maneira para salvar a mãe, bem como quando a gravidez resulte de estupro, podendo ocorrer o abortamento de maneira repressiva ao crime e com o consentimento da gestante ou seu representante legal (MASSON, 2018).

> Quaisquer que sejam os motivos apresentados para a retirada não consentida e não comunicada do preservativo pelo homem em uma relação heterossexual, está presente a relativização da liberdade feminina no ato sexual. É suprimida, da mulher, a agência sobre suas escolhas no sexo e imposto o poder masculino sobre ela. Seja por receio em se perder a ereção (o que implicaria interromper a penetração e seu consequente deleite sexual), seja por se ver no direito de entrar em contato com o corpo da mulher de forma mais íntima – mesmo sem seu assentimento, faz-se notar o machismo estrutural e estruturante de nossa sociedade (COUTO; FERRAZ, 2020, p. 20).

A conduta de *stealthing* é analisada no Brasil há alguns anos, cujas tipificações possuem demandada amplitude. Contudo, até o ano de 2019 não existia a inclusão da possibilidade de aborto em casos condicionados à conduta de *stealthing*, limitando-se apenas a crimes sexuais. Outrossim, precisamente em outubro de 2020, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal inovou, em sede jurisprudencial, ao conceder a possibilidade de aborto à vítima de *stealthing*. *In verbis:*

> REMESSA NECESSÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. VIOLÊNCIA SEXUAL. GRAVIDEZ. REALIZAÇÃO DE ABORTO HUMANITÁRIO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. CP, ART. 128, II. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE. DEVER ESTATAL. SENTENÇA MANTIDA.
>
> 1. Cabe ao Estado prestar assistência integral à mulher em situação de gravidez decorrente de violência sexual, por meio de um atendimento emergencial, integral e multidisciplinar em todos os hospitais integrantes da rede do Sistema Único de Saúde - SUS, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes da violência, além do encaminhamento aos serviços de assistência social, compreendendo a profilaxia da gravidez nas hipóteses legais (CRFB, arts. 196 e 197; LODF, arts. 204 e 207, XV; Lei n. /13)

> .
> **2. A situação descrita configura o fato típico previsto pelo art. 213 do Código Penal, haja vista que, embora o ato sexual tenha sido inicialmente consentido com o uso de método contraceptivo, deixou de sê-lo no momento em que o agressor retirou o preservativo (?stealthing?), obrigando a vítima a continuar com a relação sexual, sendo legítima a postulação para a realização do aborto humanitário, com fulcro no art. 128, II, do Código Penal, não podendo o Estado se furtar desse direito.**
>
> 3.Remessa necessária desprovida. (Grifo nosso)
>
> (TJ-DF 07603209120198070016 - Segredo de Justiça 0760320-91.2019.8.07.0016, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 28/10/2020, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 20/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Dessa forma, a atual e única jurisprudência no Brasil acerca da possibilidade de aborto por motivo da conduta de *stealthing*, que no momento da decisão foi tratada como crime, deu-se por meio do uso do artigo 213 do Código Penal de 1940, este que expressa sobre o crime de estupro, pois, no caso em tela, mesmo sendo um processo posto em segredo de justiça, é perceptível a leitura na ementa que ocorreu o verbo "obrigar" a vítima a continuar a relação sexual após a retirada do preservativo, mesmo que ela tenha concedido a permissão para a prática do ato sexual.

Destarte, para Nucci (2020) o crime de estupro é caracterizado como um crime comum, cujo objeto material dar-se pelo efetivo constrangimento à liberdade sexual sofrida pela vítima que pode físico e psicológico, bem como não se limita a ser uma conduta taxativa de conjunção carnal, ou seja, qualquer outro ato libidinoso sem anuência do parceiro pode ser caracterizado como estupro desde que são características primordiais para respaldo sejam concretizadas.

No dizer de Nucci e corroborando esse entendimento, tem-se a caracterização da conduta de stealthing apresentada em um Tribunal de Justiça do Distrito Federal como um crime e que pode caracterizar tanto o estupro, como permitir a possibilidade de um aborto humanístico em ocorrência a esta ação criminosa que constrangeu a vítima pela retirada do preservativo sem a sua anuência e não permitiu a sua possibilidade de defesa.

> Durante os atos sexuais em que há a prática do *Stealthing*, nota-se a existência da quebra de consentimento, isto posto, no referido momento que foi quebrado esse vínculo de confiança entre as partes, e é mantido a relação sexual sem que haja o conhecimento do parceiro no qual anula a escolha de consentir a continuação do ato, possui então a caracterização de delitos penais puníveis (FREITAS, p. 09, 2022).

É possível então que ocorra o aborto caso a gravidez resulte do *stealthing* em condições que deixem a vítima à mercê da violência sexual gerada pela retirada do preservativo de maneira sorrateira, como foi mencionado em momento anterior ao relacionar o *stealthing* ao crime previsto no artigo 215 do CP/40, bem como o presente na jurisprudência em tela, que usou-se do artigo 213 para permitir essa possibilidade de aborto.

Sanches e Cabette (2017) destacam, desde o início de sua análise sobre o *stealthing*, a possibilidade de incidência dessa conduta sobre o crime de estupro e sua derivação resultante dos tipos de lesões corporais causados à vítima, haja vista a lesão corporal ser uma qualificadora do crime de estupro. Todavia, é importante frisar que, basta apenas que exista a conduta de *stealthing* e a incidência do crime sexual onde a vítima foi obrigada a continuar a relação sexual após o agente retirar o preservativo.

> No *stealthing*, na prática, o agente utiliza-se da fraude para praticar a conjunção carnal ou o ato libidinoso com a vítima, se aproveitando do erro da vítima, para a finalização do ato sexual, visto que, se a mesma tivesse conhecimento sobre o ato sexual estar ocorrendo sem o uso do preservativo, não seria configurado (FREITAS, p. 12, 2022).

Nesse diapasão, a conduta de *stealthing* é a retirada de preservativo sem a anuência da vítima e, justamente por isso, ao agente continuar a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso sem a permissibilidade ou defesa da vítima ele está agindo em acordo com o amparo legal dado ao crime de estupro que se consuma sob o aspecto de ameaça ou grave ameaça à vítima que não pode defender-se (NUCCI, 2020).

Ademais, Masson (2018) afirma que o aborto humanitário ou sentimental é o aborto realizado por um médico devidamente especializado que irá proceder com o abortamento resultante da prática de crime de estupro, onde não há crime por expressa previsão legal, mas judicialmente permitido, assim como no caso em tela da jurisprudência apresentada, sendo perfeitamente possível a possibilidade de aborto resultante da conduta de *stealthing*.

Posto isto, a retirada de preservativo sem a anuência da vítima e de maneira que impossibilite sua defesa pode ser caracterizada como crime de violência sexual mediante fraude, bem como crime de estupro se os aspectos legais para a concretização do crime sejam encontrados na conduta praticada pelo agente e estejam presentes os requisitos que requerem atenção ao legislador para sua possibilidade de aborto no ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, foi trazido o questionamento acerca do estudo do respaldo legal e jurisprudencial em torno da conduta de *stealthing* presente no território nacional acerca da possibilidade de ser concedido em grau de 2º instância a liberação para o aborto de gravidez oriunda de conduta/crime de *stealthing* no Brasil com fundamento no Código Penal de 1940, haja vista que os tribunais utilizam casos concretos para decisões que requerem subjetividade do julgador por existirem lacunas nas leis.

Dessa maneira, verificou-se que a conduta de *stealthing* no Brasil é de caráter abrangente, sendo possível, mesmo de maneira inédita, que uma conduta até então tratada apenas como crime sexual mediante fraude possa caracterizar estupro e ser possível de um julgamento favorável para aborto humanístico por violar direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana na retirada do preservativo sem consentimento e sequer conhecimento da vítima.

De modo conclusivo, mostrou-se relevante compreender a existência dos meios legais penais do ordenamento jurídico atual para que fosse possível identificar os motivos que direcionam a decisão supramencionada de aborto por uma conduta que, por mais abrangente que seja, não é propriamente estabelecida como crime com tipificação penal própria, mas contida por meio de aparato legal de diversos crimes para que as decisões de casos concretos corroborem entre si sobre a extensão de malferimento causado à vítima pela conduta.

Assim sendo, restou evidente a clara necessidade de que o judiciário permaneça atendendo os anseios daqueles que buscam tutelar seus interesses mesmo que o crime discutido já possua algum respaldo legal, sendo função deste preservar a dignidade das pessoas dentro dos parâmetros apresentados para que se seja possível vislumbrar o exposto na Carta Maior. Ademais, falou-se na necessidade de atenção da justiça na resolução de casos inéditos que não possuem qualquer parâmetro legal, sendo direcionado totalmente ao cuidado e preservação da vítima.

Assim, é de suma importância que a sociedade se inteire no assunto para poder criar um pensamento crítico abrangente e continuar a quebrar os tabus que ainda são fortes e presentes quando o assunto é direcionado à possibilidade de realização de um aborto. Por fim, percebe-se com base no que foi dito no decorrer do texto que o direito deve andar conjuntamente à realidade, para que seja possível a penalização de condutas em múltiplas situações, principalmente com o intuito de preservar à dignidade de uma pessoa em um patamar acima de qualquer outra situação.

Isto posto, tem-se que o trabalho obteve resultado positivo porque conseguiu atingir seu objetivo de encontrar a possibilidade de aborto por conduta de *stealthing* no ordenamento jurídico por meio da legislação e jurisprudência podendo responder a problemática, e ter observado que o caso concreto que chegou à lide foi devidamente acolhido pela legislação e jurisprudência como instrumentos efetivados, bem como objetivou-se resguardar os direitos positivados pelo Código Penal de 1940.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, N. S. A descriminalização do aborto no Brasil. *Boletim Conteúdo,* 2019. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj591857.pdf/consult/cj591857.pdf#page=131 Acesso em: 05 fev. 2023.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1.

BRASIL [CÓDIGO PENAL] – *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940* - supervisão editorial Jair Lot Vieira – 4. ed. – São Paulo: Edipro, 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Segredo de Justiça; realização de aborto humanitário por crime de stealthing.* Relatora: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 28/10/2020, 7ª Turma Cível. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1128893802/76032091201980700 16-segredo-de-justica-0760320-9120198070016 Acesso em: 22 fev. 2023.

COUTO, M. C. G. do. FERRAZ, H. G. Gozo, autonomia e poder: a retirada não consentida do preservativo durante o sexo e suas implicações para o direito penal. *Revista Brasileiro de Ciências Criminais,* 2020. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64869838/RBCCrim_172_97_124-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1651450415&Signature=K7MC4R5WIjVd7qa33sUFteGwjdKGSd3k5O0zQTFT7BzD~GMWb~fA2Uf~5zPIC3xBq6XnJ2hpKAQwQ1SzYIAtwEkgs-s10073HUfrBNDUG1FjPRIrNSFGFWnt6jki-zFlED7ITL~yIzYCo6zI9G56NJaFxb97~HWGm4aPo5pc~vB7GjbWl1y8sjnRRJwNurw7DXkgovPf-wkcDlAn8y1W~tHGfKXxhCSSnmgFJorTEaAAOvAsgi0J9txeX~t0YqEhXqY~rxGVAa4XJ21sJVTHexLrSYZwn2Pp-Vu-kF4~wukj1LsLg9f3f67iSkg7FTt0wUkaUeOzkVFACFQyK~drTQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA Acesso em: 01 de fev. de 2023.

CUNHA, R. S.; CABETTE, E. L. S. *Qual o tratamento penal para o stealthing no Brasil?* Editora Juspodivm, 2017. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/05/03/qual-o-tratamento-penal-para-o-stealthing-no-brasil/ Acesso em: 23 nov. 2022.

DIAS, J. de F. *Direito Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. I.

ESTEFAM, A. *Direito Penal*: Parte Especial – Arts. 121 a 234-C – v. 2 – 9. ed. –São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FREITAS, T. C. C. N. de et al. *O Stealthig e a prática do aborto.* 2022. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/23616 Acesso em: 05 de jan. 2023.

GALEOTTI, G. (2007). *História do Aborto*. Edições 70.

GOMES, A. C. B. N. Stealthing: análise quanto à possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 29, nº 1509. Disponível em https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/3930/stealthing-analise-quanto-possibilidade-aplicacao-analogia-autorizacao-aborto-legal. Acesso em: 22 nov. de 2022.

GOMES, A. C. B. N. Stealthing: análise quanto à possibilidade da aplicação de analogia para autorização do aborto legal. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 29, nº 1509. Disponível em https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/3930/stealthing-analise-quanto-possibilidade-aplicacao-analogia-autorizacao-aborto-legal. Acesso em: 22 out. 2022.

GRECO, R. *Direito Penal Estruturado* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

HENTZ, I. C. *A honra e a vida:* debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil republicano (1890-1940). Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis,2013. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106848 Acesso em: 02 mar. 2023.

LAW, B. C; DO COUTO, M. C. G; FERRAZ, H. G. GOZO, AUTONOMIA E PODER: A RETIRADA NÃO CONSENTIDA DO PRESERVATIVO DURANTE O SEXO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO PENAL. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, n. 2020, p. 97-124, 2020.. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/64728253/Gozo_Autonomia_e_Poder_publicado-libre.pdf?1603235184=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DGozo_autonomia_e_poder_a_retirada_nao_co.pdf&Expires=1678046299&Signature=YHhIK~oKwHOeOKMYAxZkf6meO~i3eOqqbyk25FwK5Z5z2ouH7jgmhC~2--Hl6GjDYOPtCsseL0OtE63kZ5QPeSNUU5DgEw5scr3fUyreBZ11vMdTxX7xsomR3ce3-yT0DfAM0EC104EmT9Id41~QRJZ8wE2Vvx23dXn-TZsA6ZPEfVymOHSL8JO3md1K6YuQpSF5UMXL-6i1Om0fytS2I4YiOADYsKbtM6f2P9DkxqWVsC4UU3XqWLgmGZrDNztDeKlf7LsO~btDE1jf~P5X~INIGIV2SxdFstPkkciA9pmO3~OgcDactTqPZ6ch9RS2ocnHl~dlkEWR2nPqvbzjyA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA Acesso em: 15 de fev. 2023.

MASSON, C. *Direito Penal:* Parte especial: arts. 121 a 212. – 11. ed. rev. atual. ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo – MÉTODO, 2018.

MOTTA, A. S. E. V. da. *A vivência das mulheres no abortamento induzido.* UNIRIO, 2016. Disponível em: http://www.repositorio-bc.unirio.br:8080/xmlui/bitstream/handle/unirio/10861/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Alana%20Villar.pdf?sequence=1 Acesso em: 15 dez. 2022.

NUCCI, G. de S. *Manual de direito penal.* – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REBOUÇAS, M. S. S.; DUTRA, E. M. do S. *Não nascer*: algumas reflexões fenomenológicos-existenciais sobre a história do aborto. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 16, n. 3, p. 419-428, jul./set. 2011 Disponível: https://www.scielo.br/j/pe/a/4L8z7BVhwSCDv5KngX65TPs/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 10 dez. 2022.

SILVEIRA, R. de M. J. *Crimes Sexuais*: bases críticas para a reforma do Direito Penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TJDFT (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios). *Stealthing.* Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/stealthing Acesso em: 01 nov. 2022.

TONON, M. Carreiras Jurídicas 2022. 2º ed. Brasília. CP IURIS, 2022.

VENÂNCIO, R. P. (2004). Maternidade negada. In M. Del priore. (Org.). História das mulheres no Brasil (pp. 189-222). São Paulo: Contexto. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=8KgRl5ZvX8wC&oi=fnd&pg=PA7&dq=Ven%C3%A2ncio,+R.+P.+(2004).+Maternidade+negada.+In+M.+Del+Priore.+(Org.).+Hist%C3%B3ria+das+mulheres+no+Brasil+(pp.+189222).+S%C3%A3o+Paulo:+Contexto.&ots=NuZGWEUMUU&sig=k9CU9vZ5hmIiahvwJ1Ct7Ls7htM#v=onepage&q&f=false Acesso em: 16 dez. 2022.

COMPARTILHAMENTO PARENTAL: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO *TIKTOK* FRENTE À PRÁTICA DE *OVERSHARENTING*

PARENTAL SHARING: TIKTOK'S CIVIL LIABILITY IN FACE OF OVERSHARENTING

*Jeiel de Santana Barbosa**
*Viviane Oliveira da Costa Bispo***

Resumo: Este artigo aborda os impactos decorrentes do *oversharenting*, ou simplesmente compartilhamento parental, na rede social *TikTok* e sua parcela de culpa em danos causados em decorrência da utilização da plataforma. Para tanto, a pesquisa de caráter exploratório busca preencher possíveis lacunas na caracterização de responsabilidade civil em casos similares que podem ocorrer eventualmente com o crescimento dos usuários brasileiros da rede. Na sequência, procede-se o levantamento de dados quantitativos feitos a partir de entrevistas em questionário eletrônico criado através do Formulários *Google* e divulgado nas redes sociais (*Instagram, Facebook e WhatsApp*), realizada com 55 crianças e adolescentes de idade menor de 17 anos, buscou-se mapear e entender a visão dos menores quanto ao uso do aplicativo e sua própria exposição, como a criança se sente, de que forma ela está se expondo, se a rede é entendida como um momento de lazer, entre outras questões; seguido de pesquisa documental para melhor compreensão dos conceitos utilizados nas obras clássicas do segmento. Tendo sido essas considerações pautadas no presente texto a fim de apresentar como resultado a responsabilidade civil da rede citada frente ao compartilhamento parental excessivo. Somado a esse mapeamento, analisou-se a influência do poder familiar, dos deveres do Estado e das Diretrizes de Uso do *TikTok*, considerando a culpa decorrente desses em caso de danos futuros na vida dos menores. Por fim, concluiu-se com propostas de mudanças significativas a serem adotadas pela rede social em estudo.

Palavras-chave: *TikTok*. Responsabilidade Civil. Direito da Criança e do Adolescente.

**Graduando da 5ª fase do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6421926572012399. E-mail: jeiel.santana@ufba.br.

**Graduanda da 5ª fase do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/4238772643305727. E-mail: vivianeo.c.bispo@gmail.com

Abstract: This article addresses the impacts caused on Tik sharing, simply on parental sharing, the blame network in damage caused on the social platform on the occurrence of use. Therefore, exploratory research seeks to fill possible civil gaps in similar cases that may eventually characterize the growth of network users. Subsequently, data collection was carried out, children and adolescents, carried out from social forms and published by Google, carried out with 55 children under 17 years of age, we sought to map and understand the minors' view of the use of their own exposure, how the child feels, in what other ways they are exposing themselves, if the hammock is understood as a moment of leisure; followed by documentary research for a better understanding of the concepts used in the classic works of the segment. These considerations were guided in this text in order to present as a result the civil liability of the aforementioned network in the face of excessive parental sharing. Added to these, family members of use, guilt of the State's duties and TikTok's Directions, considering the cases resulting from future damages in the lives of minors. Finally, signed with proposals for changes to be prepared by the social network under study.

Key words: TikTok; Civil Liability; Children's and Adolescent's Rights.

1. INTRODUÇÃO

A internet, fenômeno difundido mundialmente, trouxe consigo uma infinita gama de possibilidades, entre elas a conexão promovida pelas redes sociais, que propicia desde a movimentação do mercado de consumo até a consolidação de um compartilhamento instantâneo de experiências.

É nesse contexto que se pode evidenciar uma exposição demasiada entre os usuários dessas redes, em específico, o compartilhamento parental, ou *oversharenting*, que é caracterizado pelo compartilhamento excessivo que os pais fazem da imagem de seus filhos nas redes sociais e que podem acarretar em problemas a curto e longo prazo, são alguns deles: a "adultização" precoce (termo a ser explorado posteriormente), a pedofilia, a prática "*morphing*" que consiste em montagens fotográficas com fotos pornográficas, o roubo e extorsão mediante sequestro diante da divulgação da localização, a prática de *sexting* (caracterizada pela divulgação de conteúdos eróticos nas redes), entre outras mazelas.

Adicionando um panorama a isso, o *TikTok*, segundo a pesquisa *Digital 2022: We Are Social*, é a quarta rede social mais utilizada no Brasil e se trata de uma rede social na internet de uso extenso por parte da população brasileira de menoridade. Esse aplicativo permite aos seus usuários o compartilhamento de vídeos curtos, além de promover um ambiente de interação através do envio de mensagens e comentários em publicações.

Outrossim, diante desse crescimento acelerado, pode-se verificar a popularização dessa rede entre públicos com cada vez menos idade, como é o caso de crianças e adolescentes, que, além de serem usuários assíduos, diga-se: não somente visualizadores, mas também, produtores de conteúdo, que variam entre danças e dublagens, comemoram até mesmo seus aniversários utilizando o *app* como temática, como se pode vislumbrar com simples busca no site *Pinterest, Google ou Instagram*.

Ao navegar entre as contas ativas, pode-se notar inclusive, perfis em que consta a mensagem "monitorado pelos pais" ou o compartilhamento da imagem desses menores na conta de seus próprios responsáveis, dos quais é possível extrair então que a utilização pelos menores tem sido uma prática aceita e reiterada por seus familiares.

Ao analisar o conteúdo postado nesta rede, verifica-se que, embora exista um grande público infantil, o teor da rede é majoritariamente de conteúdo adulto, isto é, músicas e dublagens que tem por temática, muitas vezes, sexo, drogas, armas, entre outras temáticas, que nada tem a ver com o público supramencionado. Isso mesmo que os termos e condições deste aplicativo exijam a idade mínima para uso de 13 anos.

A partir disso, surge então uma prática chamada de *oversharenting* ou simplesmente compartilhamento parental, em tradução livre, caracterizado pela exposição excessiva de crianças e adolescentes nas redes sociais ou tão somente a concessão existente no seu contexto familiar de utilizar, publicar e principalmente, se expor excessivamente na internet. Contudo, é evidente que quaisquer danos gerados ao infante não são de responsabilidade única e exclusiva do poder familiar.

Diante desse cenário, urge a necessidade de responder ao seguinte questionamento: O *TikTok*, rede de grande influência entre os infantes[1], possui responsabilidade civil decorrente dos danos causados pelo compartilhamento parental? Sendo esse o questionamento que contextualiza nossa pesquisa.

De acordo com o artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002, a responsabilidade civil é caracterizada por toda "ação ou omissão voluntária, negligência ou im-

1 A rede social possui cerca de 500 milhões de usuários e, ao menos pelo que declararam quando se registraram no aplicativo, cerca de 49% são adolescentes maiores de 13 anos – idade mínima exigida para realizar o cadastro –, contudo pesquisas mostram que há também um grande número de usuários entre 9 e 12 anos e mesmo abaixo dessa faixa etária. Essas crianças acessam a rede por meio de contas criadas pelos pais ou por elas próprias, a depender da idade, para cantar, fazer dancinhas, brincadeiras, piadas ou mesmo mostrar os bichos de estimação (FRAIDENRAICH, 2021).

prudência, que viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral" (BRASIL, 2002). Nesse diapasão, aquele que causa dano a terceiro, comete ato ilícito, e tem o dever de repará-lo, isso, apenas para ilustrar que estamos tratando de conceitos já estabelecidos e que devem, tão somente, serem aplicados corretamente.

Por meio desse viés teórico e com o apoio das entrevistas realizadas, este artigo busca fazer uma análise acerca das atividades da autoridade parental, do dever do Estado de seguridade do infante e a responsabilidade civil do *TikTok* em ciência dessa prática. Assim como, perpassa pela apreciação do direito frente à temática, como o espaço jurídico pode lidar com esse fenômeno e como doutrina, ordenamento e jurisprudência dialogam para evidenciar a necessidade desse estudo.

2. A VULNERABILIDADE INFANTIL FRENTE À TUTELA LEGAL

Muitos são os dispositivos legais que tutelam a criança e o adolescente, essa afirmação traz consigo grande subsídio hermenêutico. Veja: a proteção integral da infância e da juventude é tão importante para o Estado, que está situada na esfera do Direito Público, tal máxima já anteriormente evidenciada, através dos Sistemas de Garantia de Direitos Infanto-juvenis que vem evoluindo no Brasil e provocando grandes mudanças na forma de ver, compreender e atender essas demandas (DIGIÁCOMO, 2014).

Nessa mesma linha de pensamento, pode-se evidenciar os princípios norteadores para a proteção infanto-juvenil, encontrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, são eles: o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse, e o princípio da municipalização. Sendo que o primeiro desses está consagrado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e também no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4 que dizem:

> 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).
>
> Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

Já o princípio do melhor interesse, orienta tanto o legislador, quanto o aplicador, a adotar como critério de interpretação de lei, para solução de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras normas, a primazia das necessidades da criança e do adolescente. Por fim, o princípio da municipalização, por sua vez, se dedica à facilitação do atendimento dos programas de assistência social aos menores, tendo em vista que o município tem um papel de extrema relevância em face das necessidades infanto-juvenis.

Diante do exposto, pode-se evidenciar então que três são os entes responsáveis pelo zelo à criança e ao adolescente, são estes: a família, a sociedade, e o Estado na figura do município ou, até mesmo, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) órgão regulador estabelecido pelo ECA. Nesse sentido, não há dúvidas que a responsabilização por danos causados ao menor pode ser muito bem direcionada, ou seja, os casos devem ser analisados com cautela para que possamos definir melhor a quem direcionar a restituição de possíveis danos.

Não obstante, é mister que o conceito de vulnerabilidade se faça claro para que se possa entender os próximos passos desse trabalho. Para tanto, não será possível ater-se tão somente as definições genéricas, como por exemplo, identificadores de renda ou posse de bens materiais, pois, o conceito de vulnerabilidade infantil se agrava nessas condições, contudo, não é a única definição possível.

Veja, acerca disso pontuou-se os seguintes aspectos para definir a vulnerabilidade social infantil e de que modo ela se agrava, como, alcoolismo e conflitos entre casais, lugar geográfico de moradia, precariedade da oferta de serviços públicos, escassez de espaços destinados ao lazer, proximidade aos locais de tráfico de drogas, riscos com trabalho infantil, exploração e prostituição de crianças, gravidez precoce e prática de pequenos delitos (FONSECA et al, 2013).

Note que diante de tantas problemáticas enfrentadas é necessário um olhar específico para os menores e para proteção de seus direitos, como já fora pautado alhures, desse modo, crianças e adolescentes estão em uma posição especialíssima, sua tutela legal deve receber atenção de modo que atenda os riscos em que esses menores podem se expor, principalmente, se esse risco também é a internet, seus aplicativos web e o conteúdo difundido, conforme iremos aduzir nos próximos capítulos.

2.1 A INCIDÊNCIA DE CONTEÚDOS INAPROPRIADOS PARA MENORES

O fator exposição infantil é recorrente no uso do aplicativo uma vez que diversos são os casos que evidenciam esse fenômeno. Note, a rigor, o exemplo da menor, influenciadora, Isabel Magdalena, de 14 anos, mais conhecida como "Bel Para Meninas" que sofreu danos irreparáveis após lidar com o uso excessivo das redes sociais, corroborado, inclusive, pelos seus próprios genitores (EXTRA, 2020). É a partir desse contexto que buscamos verificar a incidência de apresentação algorítmica dolosa, ou seja, com algum nível de intenção, de conteúdos inapropriados para a idade dos usuários.

Importante definirmos o uso desse algoritmo, já que as páginas principais da rede social entregam uma espécie de conteúdo aleatório, o que sabe-se que não é bem assim. Há na rede social a aplicação de uma Inteligência Artificial através dos algoritmos, que são, Para Tarcizio Silva (2022, p. 60): "sistematizações de procedimentos encadeados de forma lógica para realizar tarefas em um espaço computacional". Logo, há uma forma lógica de se apresentar conteúdos, dos mais diversos gêneros, aos menores cadastrados na rede.

Essa incidência de conteúdos inapropriados para menores pode desencadear na sexualização precoce devido à utilização de redes que foram criadas para adultos e com conteúdos pejorativos (GUERSON, 2022). Os menores, sentem-se cada vez mais próximos dessa realidade uma vez que se torna comum o uso frequente de termos de baixo calão em músicas que fazem apologia à sexo e entorpecentes ilícitos muito abertamente e sem nenhum tipo de pedagogia orientadora. Tal controle, pode fugir da tutela legal ofertada aos responsáveis do menor e se torna incontrolável frente ao poder familiar, uma vez que essas práticas ocorrem nos ambientes que ultrapassam os limites da própria residência.

Adicionando um outro panorama a isso, as crianças de lares fundamentalmente mais tradicionais e de cunho político ou social conservador também podem ser submetidas à essa exposição precoce, mesmo que essa não seja a vontade maior dos pais. Abrimos essa discussão para que se evite qualquer tipo de juízo de valor sobre a moralidade dos pais das crianças expostas aos conteúdos inapropriados e como eles lidam corriqueiramente com a vida familiar (seja por imposição de regras, limites minuciosamente calculados, controle diurno acerca das tarefas e outras atividades desse cunho que não implicam, necessariamente, o desaparecimento desse problema).

Para que tal afirmação possa se fazer clara utilizaremos um caso concreto como ponto de partida para o diálogo acerca dessa problemática. Intitula-se como "Vitória de Deus", aos 10 anos de idade, canta e profere palavras em referência ao cristianismo no centro da cidade de São Paulo e ficou conhecida nas redes sociais como "mini-pastora" pela forma que fala, como canta e também por como se veste, que sugerem unicamente uma referência adulta. A menor possui 20.200 mil seguidores somente no *TikTok*, rede em que posta vídeos de cunho religioso e, até mesmo, político orientando fiéis acerca do voto eleitoral, por exemplo (ESTADÃO, 2018). Além da prática evidente de *oversharenting* realizada pelos pais, a menor, advinda de uma estrutura familiar fundamentalmente tradicional, está exposta aos mesmos conteúdos inapropriados que uma outra criança ou adolescente poderia estar.

Além disso, não são somente fatores externos que impedem um bom uso da rede social para as crianças, como é o caso dos crimes cometidos dentro da rede por usuários, assim, o próprio *TikTok* oferece riscos uma vez que o algoritmo, ainda que a criança faça seu cadastro indicando sua verdadeira idade, vincula sua conta a conteúdos por muitas vezes inadequados. Isso já pôde ser observado anteriormente, a partir de testes realizados na plataforma, à luz da sua utilização por um usuário comum, e foi possível notar que não há nenhum filtro ao acessar a rede como menor, todos os conteúdos podem ser sugeridos e visualizados pelo algoritmo da rede (MENDES, 2021).

2.2 O OLHAR DO MENOR DIANTE DESSES FENÔMENOS

Diante desses questionamentos, buscamos realizar um questionário eletrônico (criado através do Formulários *Google*) e divulgado nas grandes redes sociais (*Instagram*, *Facebook* e *WhatsApp*), destinada a crianças e adolescentes de idade menor de 17 anos, em que foi recebido o total de 55 respostas, a proposta foi tão somente entender como a criança se sente, de que forma ela está se expondo, se a rede é entendida como uma forma de entretenimento ou como um trabalho, entre outras questões.

Para tanto, foi necessário identificarmos efetivamente nossa pergunta de pesquisa, se fazendo de hipóteses e indagações constantes, foi então que, identificando a necessidade da metodologia de pesquisa, estruturamos o questionário e identificamos o público-alvo já citado anteriormente. Ademais, objetiva-se estabelecer um contraponto entre a dinâmica vivida entre as crianças que submeteram ao questionário e o que os dispositivos legais estabelecem, quais sejam, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2022, o Marco Civil da Internet, entre outros.

Notem, a *priori*, os resultados obtidos. Estabelecemos uma sessão com dados básicos, de cunho pessoal, a fim de traçar a identidade do público que estava sendo entrevistado. Notamos que, a maior parte das respostas foram de pessoas entre 14 e 17 anos, sendo 70,9% do público total. Não contraditoriamente, mais de 80% dos entrevistados possuem um perfil pessoal no *TikTok* e um smartphone próprio. Além disso, mais de 80% utilizam a rede social por mais de 4 horas diárias, é importante destacar que foi questionado somente o tempo que o usuário acessa a rede sem informar, por exemplo, que o natural são apenas 30 minutos diários (TAROZZO, 2018).

Já incoerentemente, questionamos aos menores qual o seu nível pessoal de exposição na rede e eles fizeram a auto-avaliação de 1 à 5, sendo 1, muito baixa e 5, muito alta. A maioria dos usuários entrevistados (59,2%) caracteriza sua exposição como baixa mas, ainda assim, quando questionados acerca do uso excessivo da rede e se acreditavam que isso poderia caracterizar um dano à saúde mental futuramente, mesmo que usem de maneira excessiva, como já foi citado anteriormente, mais da metade acredita que, de fato, os danos podem ocorrer.

Isso, principalmente, quando 75,5% responderam que seus responsáveis não limitam o uso do *TikTok* e 87% informam que eles sequer possuem a senha de acesso, ainda, consideramos que, segundo as respostas recebidas, o monitoramento é quase nulo, tendo em vista que somente 12 menores possuem um monitoramento periódico, enquanto os demais, sequer possuem algum tipo de fiscalização por parte do poder familiar.

É evidente que utilizamos o questionário apenas como espaço amostral, ou seja, objetivando uma sondagem de opinião para um determinado grupo. É considerável que mais pessoas sejam questionadas, de idades, classes sociais, lugares, etnias e outros fatores mais plurais. Contudo, não se pode negar que o questionário feito com as 55 crianças e adolescentes já nos esclarece uma série de impasses.

Nesses exemplos coletados é possível observar que o controle do uso do *TikTok* foge da alçada da família, e é por isso que a crença na colaboração de outras instâncias é essencial para uma fiscalização contundente, como por exemplo o Estado e a própria rede social. A exemplo disso, quando questionados acerca da frequência de aparição de vídeos com palavras de baixo calão e conteúdos com cunho pejorativo na página inicial da rede, chamada *For You*, somente 9 entre os 55 disseram que a incidência era muito baixa, denotando a exposição a conteúdos inapropriados para sua idade que pode acontecer em larga escala.

3. COMO PODER FAMILIAR, *TIKTOK* E ESTADO ATUAM

Tem-se observado ultimamente que os infantes usuários da plataforma de vídeos curtos podem sofrer danos psicológicos e sociais quando galgarem a vida adulta, sobre isso apontou Cindy Guerson (2022), psicóloga que notou através de pesquisas que 89% estão conectadas aos seus dispositivos móveis, dessas crianças, notem no gráfico presente na Figura 1, a seguir, como essas crianças descreveram sua vivência na internet.

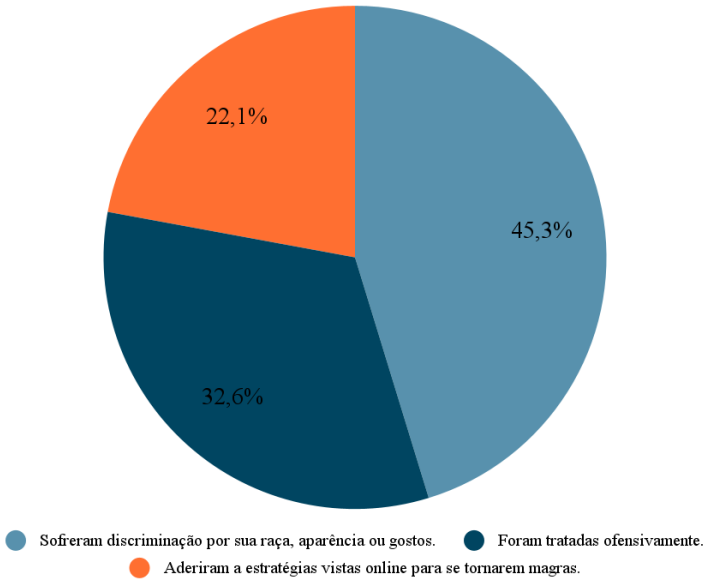


Figura 1 Gráfico de alguns tipos de danos sofridos por crianças na internet.

Fonte: Elaborado pelos Autores (2023).

A partir disso, a autora pode notar o desenvolvimento de diversos danos psicológicos e sociais, tais como, diminuição da capacidade de comunicação e sociabilidade, exposição a conteúdos inadequados para a idade, insônia, agressividade e uma maior predisposição para transtornos psicológicos. Ora, o que nos instiga a partir dessa observação é justamente quem deve se responsabilizar por tamanha perda de habilidade social, uma vez que a legislação brasileira atual, como veremos a seguir, prevê uma responsabilidade compartilhada pelas crianças e adolescentes.

É fundamental buscar e entender quem deve ser responsabilizado por esses feitos, tendo em vista que a vida compartilhada na internet não foi uma escolha única e exclusiva da criança, além disso, o artigo 932 do Código Civil Brasileiro de 2002 e outros dispositivos legais, aduz que são os pais (biológicos ou socioafetivos) responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Para tanto, a discussão não é tão simples uma vez que o conceito de Responsabilidade Civil não é, hoje, um consenso para os operadores do direito e não sofreu fortes alterações desde o Código de 1916. Nos debruçaremos, ao longo do texto, sob a teoria que comporta a responsabilidade civil tanto pela culpa, como pelo risco, tal que muito dialoga com a temática abordada, uma vez que,

> Um como o outro devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos. Onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito à indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado (NETO, 2010).

Os riscos compõem, de um modo geral, a responsabilidade pelos danos causados, e sabendo desse risco precocemente, não se torna justo culpar somente os responsáveis à autoridade parental pelo ato ilícito de causar determinados prejuízos a outrem. Cabe, portanto, buscarmos entender a atuação de mais dois agentes no âmbito do compartilhamento exacerbado de menores na mídia digital *TikTok*: o próprio aplicativo, uma vez que esse possui capacidade de restrição de conteúdos e o Estado, já que como garantidor dos direitos da criança e do adolescente, não se mostra ativo no cumprimento desse papel.

3.1 PODER FAMILIAR E SUA RESPONSABILIDADE

O poder familiar é uma ordem pública, isto é, transcende o direito privado, sendo esse um direito-dever[2] e quem possui a titularidade são os pais biológicos ou socioafetivos (art. 21 ECA; art. 1633 CC) e os filhos estão sujeitos a ele, enquanto menores (art. 1630 CC).

2 Caracterizado pela outorga do cuidado inerente ao exercício do poder familiar e, ainda, uma responsabilização diante do menor que está sob sua tutela. Chamado de direito bumerangue, já que na medida em que em partes estabelece direitos subjetivos, em outra demanda determinada conduta dos titulares. (NABAIS, 2009, p. 53).

Além disso, é inalienável, irrenunciável e imprescritível. Nesse sentido, o exercício desse poder não se altera pela dissolução do casamento, ou seja, ainda que os pais não vivam juntos, ambos têm o dever e direito de exercer o poder familiar (Art. 1.634 CC), porém, existem exceções, previstas em lei, em que o poder familiar é suspenso de forma temporária, facultativa, parcial ou total de um dos genitores (mesmo que socioafetivo). Veja, de acordo com o Código Civil de 2002:

> Art. 1637. Se o pai ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha (BRASIL, 2002).

Os deveres que estão esculpidos no poder familiar são diversos, todos eles visam preservar a saúde e bem-estar no momento da infância e da juventude e são reafirmados a todo tempo pelos dispositivos legais, a saber:

> ECA Art. 22. Aos pais incumbe o dever de **sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais** (BRASIL, 1990).
>
> CF Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988). Grifos nossos.

Adicionando um outro panorama a isso, a partir do compartilhamento de suas vidas na web e estratégias que garantem credibilidade com seus seguidores, exercendo determinado tipo de poder sobre essas pessoas, os influenciadores são capazes de atingir possíveis consumidores de forma orgânica através dos meios de comunicação disponibilizados. Isso porque o público de uma maneira geral pode se identificar com o influenciador digital, as pessoas também se identificam com o conteúdo que é por ele divulgado.

As empresas estão atentas a esse fato e buscando a grande visualização de suas marcas, firmam assim, os contratos de publicidade, em que através dos chamados "*publi posts*", os influenciadores digitais veiculam a sua publicação nas redes a um determinado produto ou serviço. Esse fenômeno configura a monetização da rede social e essa atividade não seria diferente com os pais que praticam a exposição de seus filhos na internet, uma vez que os menores são um potencial público consumerista. Sobre tal temática já abordou Eduardo Fernandes (2010):

> **A criança passou de mero ser inocente a consumidor em potencial**. Não se vende nada mais aos pais, mas sim a ela, que deve ter a vontade e, com poder de persuasão quase infalível, convencer os pais a comprarem tudo que lhe for interessante (FERNANDES, 2010). Grifos nossos.

Nesse sentido, de acordo com o Código Civil Brasileiro, o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar são usufrutuários e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (Art. 1.689). Contudo, note que, toda essa sistemática imposta faz com que os responsáveis não consigam, de fato, exercer sua autoridade parental (PACHECO, 2021, p. 62). Cria-se, então, uma controversa da função social do poder familiar em confronto ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tornando, desse modo, impossível observar em que ponto se pode caracterizar o uso abusivo da autoridade parental.

Portanto, nota-se que, não há como responsabilizar unicamente os responsáveis pelo menor uma vez que esses não gozam totalmente dos artifícios necessários para exercer tal autoridade parental ou, ainda, a exercem e não reconhecem limites que podem caracterizar determinado abuso.

3.2 A REDE SOCIAL E O ESTADO COMO RESPONSÁVEIS NESSE CONTEXTO

Nesse contexto social novo e pouco explorado, menores e seus respectivos responsáveis, embarcam numa realidade dicotômica e perigosa frente aos interesses que versam a legislação e a realidade fática (DUARTE, 2020). Por essa razão, nota-se a necessidade de interferência do Estado, como já exposto anteriormente, tal dever já é outorgado na Constituição Federal Brasileira, a saber

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do **Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [...] (BRASIL, 1988).
>
> 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). Grifos nossos.

Uma vez que os objetivos do Estado estão restritos somente ao aspecto econômico proporcionado pela internet e não, também, aos impactos sociais e subjetivos (SILVA, 2009, p. 316), o despreparo fica evidente, ora, o amparo é quase nulo para as pessoas que sofrem com danos decorrentes da prática de *oversharenting* isso por que as possíveis interlocuções da temática com o ordenamento jurídico

brasileiro acontecem com muita dificuldade, logo, abordar esse tema é complexo para qualquer um, seja esse jurista ou não.

Para além disso, não se pode descartar a adoção de práticas úteis frente a plataforma, uma vez que a rede aqui estudada pode promover de maneira tão efetiva quanto o ordenamento jurídico ações favoráveis ao público infante. Essa ideia não é nova e a própria rede declara em suas Diretrizes total apoio à essa causa, assim esclarecem que estão "profundamente empenhados em proteger a segurança de menores na nossa plataforma", conforme consta redigido em seu sítio oficial. Contudo, é evidente pelo que fora mostrado que isso não acontece.

Nos deparamos, então com três agentes que podem possuir algum grau de responsabilidade frente à prática de *oversharenting*: o poder familiar, vez que possuem o dever de regular a vida dos tutelados, o Estado, tendo em vista que possui o dever de garantir assistência ao menor e, como aqui defendemos, a própria rede social, nesse caso o *TikTok*, como agente que está diretamente associado ao infante e pode atuar de maneira efetiva junto aos outros agentes no combate à possíveis danos futuros.

Note que aqui defendemos que não há um causador direto para os possíveis danos gerados, mas defendemos que na medida em que os responsáveis pela autoridade parental não possuem o controle efetivo, em que não há fiscalização ou cobrança advinda do Estado e o aplicativo permanece inerte frente a um problema de alta relevância social é necessária e urgente a discussão da temática. Por essa razão, aqui, iremos nos ater a realidade vivida pelas crianças nas redes sociais, mais especificamente no *TikTok*.

4. O *TIKTOK* E A RESPONSABILIDADE CIVIL

O ato ilícito é configurado pela violação de direito, do dano causado a outrem e da prática do abuso de direito, gerando, por sua vez, ao terceiro que o suportou, o direito de invocar a responsabilidade civil, conforme o artigo 186 do Código Civil de 2002 (GONÇALVES; 2020). Portanto, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário (DOELLE, 2019). E que conduz a obrigação de indenizar, isto é, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado (BITTAR, 1994, p. 561).

Em outras palavras, a responsabilidade civil, de acordo com Silva (2010), é o dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas.

Nada obstante, Rui Stoco (2007) afirma que a necessidade de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana, traduzindo a própria noção de justiça existente para a sociedade.

Como foi evidenciado no tópico anterior, vários entes devem alterar sua conduta a fim de reparar toda uma dinâmica torpe que tem sido causada pela exposição dos menores na rede social em estudo. O caso aqui abordado refere-se à uma prática que se dissemina na internet, o compartilhamento exacerbado feito pelos próprios responsáveis legais, ou até mesmo, com a autorização desses acreditando firmemente que as demais esferas estão cumprindo o papel acordado.

Apesar da mídia social possuir diretrizes severas, como evidenciado no tópico anterior, a prática delas é quase inexistente. Ora, parafraseando Alberto Junior (2004), todo negócio jurídico surge a partir da autonomia da vontade com destinação à produção de efeitos pretendidos e reconhecidos pelo direito. Veja, para utilizar o site o usuário precisa aderir às regras pretendidas por ele para a boa convivência na comunidade digital, ora, há, nesse caso, um negócio jurídico celebrado por adesão no qual visou-se produção de efeitos, a partir da autonomia privada dos agentes, com vistas à outorga do direito. Contudo, os termos e cláusulas não são severamente respeitados pela rede social, como já vimos e veremos alhures.

Nesse diapasão, evidencia-se um negócio jurídico celebrado entre o aplicativo e seu utilizador. Em vista disso, o Código Civil, dispõe acerca dos defeitos e vícios de consentimento no negócio jurídico, sendo um deles o dolo, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 449) "é um artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e o aproveita ao autor do dolo ou a terceiro". Assim, o dolo não seria necessariamente um vício de vontade, todavia, a causa dele.

Há de se estabelecer ainda uma distinção entre os conceitos de erro e dolo. Isso pois, o erro é espontâneo, a vítima se engana sozinha, o erro é a ideia da falsa realidade, a ignorância. Por outro lado, no dolo, a vítima é levada a pensar de determinada forma por terceiro, ela é induzida ao erro pelo contratante (GONÇALVES, 2020, p. 431).

Assim, resta evidente que em uma espécie de contrato firmado entre usuário e rede social, as cláusulas que ali constam permitem ao assinante, que encontra-se por sua vez como hipossuficiente técnico ou informacional na relação, isso caracterizado pela ignorância do agente no que se refere ao serviço que adquirido (MIRANDA, 2015) e tendo em vista que não pode alterá-lo ou negociá-lo, visualiza-se uma realidade estabelecida pela parte que o disponibiliza. Dessa maneira, é imprescindível pautarmos o defeito do negócio jurídico que foi estabelecido ao aderir ao mencionado contrato.

Portanto, na medida em que a rede digital não cumpre as cláusulas dispostas no termo, o negócio jurídico está eivado de dolo, dolo este, acidental, que é caracterizado "como sendo aquele que não é causa do ato, *dolus incidens*" (TARTUCE, 2017, p. 177). Sucintamente, pode-se afirmar que nessa espécie de dolo, o negócio seria celebrado independentemente da existência de qualquer intenção ou artifício ardiloso e de acordo com o artigo 146 do Código Civil, o dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos.

Concomitantemente, o artigo 927 do mesmo diploma normativo estabelece que, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Ademais, em seu parágrafo único acrescenta ainda: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Nesse sentido, confere-se a possibilidade de indenização decorrente de danos morais, que inclusive, possui proteção constitucional (CF art 5 V, X), assim como está amparado pelo código civil (arts. 186 e 187).

O dano moral é uma lesão a um interesse existencial amparado pela tutela da dignidade humana, ou seja, é configurado quando há lesão aos direitos da personalidade, quais sejam: violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à imagem ou à honra.

Observe-se que o instituto do dano moral, de acordo com o STJ (STJ, REsp 1.440.721), possui tríplice função: compensatória, punitiva e preventiva. Dessa forma, pretende-se com a fixação do *quantum* indenizatório a definição de um valor proporcional e razoável, de forma a garantir que todas as três funções sejam observadas. Assim, é impensável a fixação de indenização por dano moral que não observe o intuito de compensar o indivíduo pela lesão sofrida, punir o ofensor e prevenir nova prática da ofensa.

Nesse sentido, em outro julgamento da Superior Corte, no mesmo entendimento:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. O dano moral deve ser indenizado mediante a consideração das condições pessoais do ofendido e do ofensor, da intensidade do dolo ou grau de culpa e da gravidade dos efeitos, a fim de que o resultado não seja insignificante a estimular a prática do ato ilícito, nem o enriquecimento indevido da vítima" (STJ, Resp. 207.926, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ªTurma, Julgamento: 01/03/2000).

Diante disso, resta comprovado o evento danoso frente à falta do cumprimento das cláusulas contratuais do *TikTok* e a possibilidade de socorrer-se no judiciário com o fito de que a conduta de negligência seja coibida.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se evidenciar que o levantamento do questionário, como fonte de coleta de dados, foi de indubitável importância para análise das problemáticas apresentadas: a responsabilidade civil do *TikTok* frente ao compartilhamento parental excessivo, a influência do poder familiar, dos deveres do Estado e a efetivação das Diretrizes de Uso do *TikTok*, entre outras questões abordadas aqui. Para além disso, entender a visão dos menores quanto ao uso do aplicativo e sua própria exposição, como a criança se sente, de que forma ela está se expondo, a classificação da rede como um lazer são pontos relevantes para evidenciar a vulnerabilidade dos menores uma vez que não compreendem os impactos causados pelo uso excessivo das redes.

Assim, mapeando e analisando as questões elucidadas no corpo do texto, evidencia-se a necessidade de que novas políticas sejam adotadas no aplicativo para que de forma efetiva, exista seguridade dos menores que o utilizam e para que haja, ainda, espaço para o exercício do poder familiar, sem que a atividade fuja do controle daquilo que o Estado pode interferir em casos de ilicitudes. Restou evidente que o próprio aplicativo possui artifícios mais concretos, dentre todos os outros que podem e devem ser utilizados pelo instituto familiar ou estatal.

Abordamos, ainda, a crescente prática de um fenômeno latente na sociedade brasileira, o compartilhamento excessivo de menores feito pelos seus próprios pais (ou com sua autorização) na internet, acrescido de um fator que pode tornar a prática ainda mais perigosa, a ausência de um instituto legal que normatiza essa atividade nas redes, em linhas gerais à tutela do menor é de responsabilidade do

Estado, como foi visto, mas não há especificidade nesses termos o que coloca o menor à margem de uma real insegurança jurídica.

Em suma, frente às linhas tecnológicas já existentes as possibilidades oferecidas à rede que podem caracterizá-la como um ambiente seguro para o público infanto-juvenil são diversas. Assim, dentre as quais podemos destacar, em linhas gerais, a utilização de códigos algorítmicos específicos, restrições de conteúdo, identificação no cadastro e perfil do responsável vinculado à conta do menor, são só alguns dos pontos que podem significar uma atuação responsável por parte da rede.

Notoriamente, a aplicação não é a única responsável civilmente pelos danos causados aos menores que utilizam sua rede, como fora exposto, mas ficou comprovado que este possui alguma responsabilidade e por haver, é cabível restituição a título de dano. Isso, por assim dizer, responde o questionamento de pesquisa aqui posto e abre portas para uma discussão longa e duradoura acerca do tema proposto. Ora, aqui não se finda a discussão tampouco se está vencida, considere esse apenas o ponto inicial da discussão no âmbito jurídico.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. 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.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Extraordinário 207.926/PR. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 01 de março de 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+-com+%22207926%22. Acesso em: 09 ago. 2022.

BRASIL. *TikTok*. fevereiro de 2022. *Diretrizes da comunidade*. Disponível em: *TikTok*. com/community-guidelines?lang=pt_BR. Acesso em: 09 ago. 2022.

Dados sobre utilização da internet em 2022: WE ARE SOCIAL. Digital 2022. Disponível em: https://wearesocial.com/uk/blog/2022/01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2/. Acesso em: 17 jul. 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo. *O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/crianca/Pagina/O-Sistema-de-Garantia-dos-

Direitos-da-Crianca-e-do-Adolescente. Ministério Público do Paraná, 2014. Acesso em: 12 out. 2022.

DOELLE, Caroline. *A responsabilidade civil do direito brasileiro*. 2019. Aurum. Disponível em: https://blog.fastformat.co/como-fazer-citacao-de-artigos-online-e-sites-da-internet/amp/. Acesso em: 16 ago. 2022.

DUARTE, Mariana Garcia. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting:* podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do direito civil português? Orientador: Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa. 2020. 139 f. Dissertação (2º Ciclo de Estudos em Direito) - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: https://eg.uc.pt/handle/10316/92768. Acesso em: 22 mar. 2023.

FERNANDES, Eduardo. *A conturbada relação entre a criança e a mídia*. Observatório da Imprensa, Ed. 576, 09 fev. 2010. Disponível em: https://www.observatoriodaimprensa.com.br/educacao-e-cidadania/caderno-da-cidadania/a-conturbada-relacao-entre-a-crianca-e-a-midia/. Acesso em: 13 out. 2022.

FONSECA, F.; SENA, R.; SANTOS, R.; DIAS, O; COSTA, S. *As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção*. Revista Paulista de Pediatria, Ed. 31, 01 jul. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rpp/a/Qtvk8gNNVtnzhyqhDRtLX6R/.

GONÇALVES, Carlos. *Coleção de Direito Civil brasileiro*: Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUERSON, Cindy. *O uso excessivo do celular na infância e seus impactos*. Voitto, 24 mar. 2022. Disponível em: https://www.voitto.com.br/blog/artigo/celular-na-infancia.

JUNIOR, Alberto. *Iniciação ao Negócio Jurídico*. Revista da Faculdade de Direito, v. 1, n. 1, 2004. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/484. Acesso em: 13 out. 2022.

MENDES, Cleylton. *TikTok para crianças e Adolescentes*. YouTube, Publicado em: 02 mar. 2021. Disponível em: https://youtu.be/I74loCSLZdg. Acesso em: 10 ago. 2022.

Mini-pastora de 10 anos 'evita suicídios', é popular entre gays e atrai multidões ao falar de Deus. Estadão, São Paulo. 04 out. 2018. Disponível em: https://www.estadao.com.br/emais/comportamento/mini-pastora-de-10-anos-evita-suicidios-e-popular-entre-gays-e-atrai-multidoes-ao-falar-de-deus/.

MIRANDA, Marcelo. *Quem são os consumidores hipossuficientes nas relações de consumo*. Jusbrasil, 2015. Disponível em: https://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/204108252/quem-sao-os-consumidores-hipossuficientes-nas-relacoes-de-consumo. Acesso em: 13 nov. 2022.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos:* contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coleção teses. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.

NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Porto Alegre: Magister, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010. 313 p. Disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/13298. Acesso em: 17 jul. 2022.

PACHECO, Laura. *A prática de sharenting como violação aos direitos da criança e do adolescente*. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, Porto Alegre. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/237492. Acesso em: 17 jul. 2022.

Salve Bel Para as Meninas: entenda a polêmica que deu origem à hashtag na web. Extra, São Paulo. 19 mai. 2020. Disponível em: https://extra.globo.com/tv-e-lazer/salve-bel-para-as-meninas-entenda-polemica-que-deu-origem-hashtag-na-web-24435299.html. Acesso em: 09 ago. 2022

SANTOS, Pablo. *Responsabilidade civil:* origem e pressupostos gerais. Publicado em: 01 jul. 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/#:~:text=Denomina%2Dse%20responsabilidade%20civil%20subjetiva,ato%20com%20negligencia%20ou%20imprud%C3%AAncia. Acesso em: 09 ago. 2022

SILVA, Roseane Leal da. *A proteção integral dos adolescentes internautas:* limites e possibilidades em face dos riscos no ciberespaço. Orientador: Josiane Petry Veronese. 2009. 514 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93433. Acesso em: 17 jul. 2022.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil:* doutrina e jurisprudência. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TAROZZO, Bianca. *Você sabe qual o tempo ideal para passar nas redes sociais?* Disponível em: https://revistacasaejardim.globo.com/Curiosidades/noticia/2018/11/voce-sabe-qual-o-tempo-ideal-para-passar-nas-redes-sociais.html. Acesso em: 09 ago. 2022

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

ULIANA, Maria. *ECA:* Princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente. Disponível em: https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052432/eca-principios-orientadores-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente#:~:text=%C3%89%20dever%20da%20fam%C3%ADlia%2C%20da,de%20coloc%C3%A1%2Dlos%20a%20salvo. Acesso em: 09 de ago de 2022.

OS DESAFIOS PARA A AUTENTICIDADE DA PROVA DOCUMENTAL ELETRÔNICA: UMA BREVE ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

THE CHALLENGES FOR THE AUTHENTICITY OF THE ELECTRONIC DOCUMENTAL PROOF: A BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Alice Barbosa Matos**
*Lívia Maria C. Pacheco***
*Lívia Valeriano Barroso****
*Raquel Nascimento de Araújo*****
*Rebeca Araujo Jorge N. da Silva******
*Sofia Suela Celin*******
*Vitória Karla Amélia Santos********

*Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/9166789677758800. E-mail: alice.b.matos@edu.ufes.br.

**Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/8992045632021571. E-mail: livia.pacheco@edu.ufes.br.

***Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/4206509833945798. E-mail: livia.v.barroso@edu.ufes.br.

****Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/2685834617557164. E-mail: raquel.n.araujo@edu.ufes.br.

*****Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/6825471908004132. E-mail: rebeca.j.silva@edu.ufes.br.

******Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3309204054894298. E-mail: sofia.celin@edu.ufes.br.

********Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/2216060206676754. E-mail: vitoria.k.santos@edu.ufes.br.

Resumo: Este artigo fundamenta-se no estudo dos mecanismos de autenticidade das provas documentais eletrônicas compreendidas pelo ordenamento jurídico, com análise na arguição de falsidade como meio de pré-questionamento a respeito da veracidade das provas digitais e sua validade no processo judicial. Com isso, objetiva-se identificar se os mecanismos de autenticidade da prova digital são efetivos para a sua validação e composição do conjunto probatório, além da relação entre a inautenticidade probatória e sua possível ilicitude. Para a produção dessa pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, com análise da legislação brasileira, nos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Os resultados obtidos neste trabalho concluem que o ordenamento jurídico, o qual não acompanha efetivamente a evolução tecnológica, é marcado pelo dissenso em torno da prova documental eletrônica, fato que enseja a insegurança jurídica e lacunas na fase probatória na ação judicial.

Palavras-chave: Prova documental eletrônica. Arguição de falsidade. Autenticidade.

Abstract: This article is based on the study of the mechanisms of authenticity of electronic documental evidence understood by the legal system, with analysis in the accusation of falsity as a means of pre-questioning regarding the veracity of the digital evidence and its validity in the judicial process. With this, the objective is to identify whether the authenticity mechanisms of the digital evidence are effective for its validation and composition of the evidentiary set, in addition to the relationship between the evidential inauthenticity and its possible illegality. For the production of this research, the deductive method was used, with analysis of Brazilian legislation, in jurisprudential and doctrinal understandings. The results obtained in this work conclude that the legal system, which does not effectively follow technological evolution, is marked by dissent around electronic documentary evidence, a fact that leads to legal uncertainty and gaps in the probative phase of the lawsuit.

Keywords: Electronic documentary evidence. Argument of falsity. Authenticity.

1. INTRODUÇÃO

Com a ocorrência de uma lide, surge a necessidade de se comprovar os fatos jurídicos que a deram ensejo. Para isso, o ordenamento jurídico delimita os meios legais, bem como os moralmente legítimos, como hábeis para provar a verdade dos fatos. Dessa forma, são exemplos de prova o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de coisa ou documento, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial, e ainda, com o advento tecnológico, surge a prova eletrônica. Dado esse fato, inicialmente o trabalho analisa a evolução tecnológica e seus reflexos no poder judiciário e aborda a implementação do Processo Judicial eletrônico e a inserção da prova documental eletrônica na legislação brasileira.

Em seguida, explora-se o conceito de prova eletrônica e os meios probatórios regulados pelo Código de Processo Civil de 2015 e legislações específicas que versam ainda sobre E-mail, *print screen*, fotos e gravações, como prova documental e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Aborda-se a conceituação de prova ilícita e a discussão acerca de sua inadmissibilidade por imposição constitucional e legislativa. No entanto, visto a dificuldade e consequente problema de se produzir uma prova eletrônica idônea foi analisada a questão da prova eletrônica ilícita e as soluções usuais para remediar eventuais acontecimentos, sendo, dentre elas, a arguição de falsidade.

Pretendeu-se, ainda, demonstrar os métodos utilizados para validar a segurança jurídica da prova eletrônica, isto é, a descrição de instrumentos capazes de atribuir autenticidade e integridade as provas, que se dão por meio de mecanismos criados para solucionar a questão da acessibilidade que surge com a modificação de documentos criados digitalmente.

Com efeito, o amplo objeto de estudo apresentado carece de incisivos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que o tema de prova documental eletrônica em si é recente na história jurídica brasileira e seu recorte quanto a autenticidade, a arguição de falsidade alegada em casos com esse tipo probatório e a possível relação com a prova ilícita também não dispõem de soluções simples e respostas absolutas. Busca-se aqui, além de evidentes considerações consolidadas sobre a prova documental eletrônica, uma análise sobre os desafios em torno desse assunto e suas possíveis ramificações.

2. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E SEUS REFLEXOS NO JUDICIÁRIO

Com os avanços tecnológicos promovidos pela globalização, percebe-se que muitas áreas do cotidiano do ser humano são, consequentemente, afetadas por isso. O aprimoramento da Internet e das redes sociais permitiram que os indivíduos pudessem ter acesso à informação em tempo real. O advento da Internet também fez surgir novas possibilidades de prova e de negócios jurídicos no judiciário, de forma que é necessário compreender como elas se inseriram no ordenamento jurídico nacional (ALVES, 2016, p. 1-2).

Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro não poderia se privar da influência da tecnologia. De acordo com João Paulo Silveira Costa (2013, p. 149-150), a máquina judiciária não pode mais se permitir ser atrasada pela burocracia e pela lentidão dos procedimentos manuais. O objetivo da inserção da tecnologia no or-

denamento jurídico nacional é se utilizar das ferramentas que ela vem proporcionando à sociedade para solucionar litígios, atendendo da melhor forma às demandas dos litigantes (COSTA, 2013, p. 150).

Com essa modernização, o sistema judiciário precisou se adaptar para atender às demandas conforme a tecnologia avançava. No entanto, realizar tal tarefa e fazer com que ela alcançasse um país grande e plural, como o Brasil, e ainda levando em consideração suas desigualdades, têm se mostrado um desafio até hoje.

Nesse sentido, é importante notar que, no início dos anos 2000, o Poder Judiciário utilizava-se de um sistema eletrônico chamado Creta, o qual foi implementado nos juizados especiais, em 2004 (MONTENEGRO, 2020, p. 03).

Dentre as muitas vantagens do sistema Creta, era a da possibilidade de julgamentos à distância, a redução da produção de papel pelo judiciário e a diminuição do deslocamento das partes, dos advogados e dos próprios juízes ao fórum. Porém, houve muita resistência, inicialmente, por parte das antigas gerações, que acreditavam que a implementação dessa tecnologia somente seria acessível para as gerações mais jovens, uma vez que já possuíam conhecimentos acerca do uso de computadores e Internet (MONTENEGRO, 2020, p. 03).

Em 2006, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a transição do sistema Creta para o PJe (Processo Judicial eletrônico), após o I Encontro Nacional dos Operadores da Justiça Virtual. Em 2007, foi criada a Lei nº 11.419/06 denominada "Lei de Processo Eletrônico", e assim começou a expansão do Creta (MONTENEGRO, 2020, p. 03). A referida lei dispõe sobre a informatização do processo judicial, com o objetivo de efetivar a justiça e prevendo as adequações necessárias para se adaptar ao processo eletrônico (COSTA, 2013, p. 148). O art. 1º da lei diz que:

> Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.
>
> § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.
>
> § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:
>
> I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;
>
> II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;
>
> III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário:

> a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;
>
> b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

A legislação buscou adequar o sistema judiciário à tecnologia da informação, dentro do qual inclui, por exemplo, a figura do documento eletrônico (COSTA, 2013, p. 153).

Em 2014, por sua vez, foi promulgada a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, que dispõe sobre as garantias, princípios, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, além de prevê a proteção à privacidade dos usuários. Sob a ótica dos fatos expostos, pode-se evidenciar também que documentos como fotos e imagens retiradas da Internet foram inseridos no rol de provas do processo judicial, como será melhor exposto ao longo do presente artigo (ALVES, 2016, p. 02).

Como exemplo dessa evolução tecnológica, vale citar que, durante a pandemia do coronavírus, momento em que os cidadãos precisaram ficar recolhidos em quarentena, a tecnologia foi o que possibilitou a manutenção do sistema judiciário. Os órgãos que ainda não haviam se adaptado a esses avanços precisaram fazê-lo quando a pandemia começou, uma vez que, naquele cenário, era a melhor forma de viabilizar as funções dos operadores da justiça (HERCULANO, 2021, p. 3).

Nesse viés, apesar dos avanços trazidos pela tecnologia nas últimas décadas, marcado pela criação do PJe, por exemplo, percebe-se que essa evolução, se não bem regulamentada e explorada em todas suas particularidades, dentro do judiciário, pode acarretar um cenário de insegurança jurídica, comprometendo a efetividade, validade e autenticidade dos processos.

3. DA PROVA DOCUMENTAL ELETRÔNICA

De início, é necessário definir o conceito do que seja considerado prova, para dessa maneira discutir sobre as questões ligadas à prova documental eletrônica. De acordo com Alexandre de Freitas Câmara (2021, p. 238) "prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa". A prova é, portanto, o meio usado pelo magistrado para que o mesmo ao final do processo diga quem é digno do direito postulado e com isso dar fim ao litígio.

No decorrer do processo, as partes apresentam alegações sobre os fatos ligados aos direitos que desejam ver tutelados. Dessa forma, é importante destacar

que existe uma relação entre o direito das partes produzirem provas e a garantia constitucional ao contraditório para o devido processo legal, assegurado pelo art. 5° da Constituição Federal de 1988, o que demonstra uma responsabilidade em cumprir os princípios constitucionais no âmbito do processo. Visto isso, vale elencar os tipos de provas admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, as quais englobam a prova testemunhal, prova documental, prova pericial, ata notarial e a prova documental eletrônica.

A doutrina define o documento eletrônico como a forma de representação dos fatos por meios utilizados na informática, telecomunicações e outras formas de produção cibernética. Desse modo, a produção adequada da prova eletrônica tem previsão legal expressa nos arts. 439 a 441 do Código de Processo Civil de 2015, esses artigos regram sobre como os documentos devem ser para estarem aptos a compor o processo (PARODI, 2018).

Ademais, para se admitir a utilização dos documentos eletrônicos no processo convencional dependerá da sua conversão para a forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. No caso de não ser possível a conversão dos documentos eletrônicos para a forma convencional, ou seja, impressa, como traz o art. 439 do CPC/2015, o documento será analisado e valorado pelo juiz, assegurando às partes o acesso ao seu teor, disposto no art. 440 do CPC/2015.

Diante do novo contexto tecnológico e da criação de outros meios de prova, dentro do processo, cabe ressaltar as formas de provas eletrônicas, as quais podem se dar por intermédio de E-mail, *print screens*, fotos e gravações, que podem ser admitidas pelo poder judiciário. Entretanto, a forma como essas provas devem ser validadas se modifica diante do processo, haja vista que o CPC/2015, ao versar sobre a prova documental eletrônica, não delimitou os seus elementos, tampouco a caracterizou.

3.1 E-MAIL COMO PROVA DOCUMENTAL

É possível que se utilize o e-mail como prova documental de acordo com uma análise feita do §3º do art. 422 do CPC/2015, podendo ser aplicado em qualquer reprodução mecânica, como fotografia, cinematografia ou de outra espécie à forma impressa de mensagem eletrônica. No entanto, deve-se atender a alguns requisitos para ser considerado válido, pois sua forma impressa não atesta veracidade, uma vez que pode ser facilmente adulterado, como o *print screen*.

De acordo com AR Online[1] (2022, p. 03-04), para que o e-mail desfrute de valor documental é necessário que ele seja autêntico e confidencial, ou seja, apenas pessoas autorizadas podem visualizar as mensagens. Também deve ser íntegro, isto é, não ter sido corrompido enquanto arquivo digital e, por fim, precisa contar com a irretratabilidade, uma forma de garantir que quem envia a mensagem não consiga negar sua autoria.

3.2 *PRINT SCREEN* COMO PROVA DOCUMENTAL

A necessidade do *print screen* do dispositivo em aplicativos de conversação (smartphone, notebook, tablet, computador, etc.) é mostrar quem são os participantes da conversa e o meio utilizado, o que não seria possível ser feito por meio da transcrição de um diálogo em uma petição física.

Nota-se que o art. 369 do CPC/2015 traz o direito das partes empregarem todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

No entanto, o *print screen* pode ser facilmente adulterado por ser uma prova muito inconsistente e frágil, o que acaba ampliando a insegurança jurídica.. Sob tal perspectiva, ainda que decidido na esfera criminal, o julgado possui repercussão geral e também está sendo analisado na esfera cível, no que corresponde a provas eletrônicas obtidas por meio de *prints screens*. A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou a impossibilidade de utilização de *print screen* como meio de prova no processo penal:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA REDISCUSSÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.
>
> 1. Não se verifica contradição quanto ao argumento de que nem mesmo o acórdão proferido pelo Tribunal de origem afirma a existência de um grupo de Whats App, porquanto tal informação consta expressamente no decisum.

1 O AR Online é um serviço de comunicação digital que possui validade jurídica. Diversas empresas utilizam este serviço para suas comunicações oficiais, podendo citar como exemplo o SPC Brasil.

> 2. Não existe omissão quanto à tese de impossibilidade de utilização das referidas conversas como prova processual, sendo justamente essa a pretensão acolhida no acórdão de agravo regimental, ao considerar as mensagens obtidas por meio do *print screen* da tela da ferramenta WhatsApp Web como prova ilícita, determinando-se o desentranhamento dos autos, o que demonstra ausência de interesse recursal.
>
> 3. Não há contradição quanto ao alcance do reconhecimento da nulidade da prova, na premissa de ser impossível que esta Corte declarasse quais provas foram contaminadas, tarefa que competiria ao Juízo de primeiro grau, haja vista que esta Corte Superior manifestou-se, com base no julgamento do RHC 79.848, no sentido de que não há ilegalidade quanto à manutenção das demais provas produzidas após as diligências prévias da polícia realizadas em razão da notícia anônima dos crimes, razão pela qual foram mantidas.
>
> 4. Embargos de declaração rejeitados"
>
> (EDcl no AgRg no RHC 133430/PE, 6ª Turma, rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 23/02/2021, DJe 26/02/2021).

O entendimento utilizado pela 6ª Turma do STJ foi o de que a inconsistência e a facilidade de adulteração do conteúdo das conversas no Whatsapp Web invalida a sua utilização como meio de prova no processo. Além disso, entende-se que o espelhamento das conversas realizadas pelo Whatsapp Web (e sua impressão) não podem ser equiparadas à interceptação telefônica.

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. ANALOGIA COM O INSTITUTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DISPARIDADES RELEVANTES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. (RHC 99735/SC, 6ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/11/2018, DJe 12/12/2018).

Sob outra perspectiva, os *prints screens* também podem ser considerados válidos quando obtidos por outras plataformas, como o Instagram ou o Facebook. Outrossim, os tribunais brasileiros entendem que "as conversas de aplicativos de mensagens privadas podem servir de provas lícitas, desde que sejam anexadas junto a outros tipos de provas lícitas no processo" (CARVALHO, 2022, p. 02).

O art. 422 do CPC/2015 admite expressamente prova de reprodução mecânica, como a fotografia, a cinematografia, a fonografia ou de outra espécie, e o *print screen*

é uma reprodução fotográfica de um objeto. Contudo, há decisões que são contrárias e outras favoráveis à sua admissibilidade, o que também contribui para a insegurança jurídica. Sendo assim, a utilização de *print screen* ou ata notarial para comprovar determinado fato não será proibido de início, devendo respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa e do controle da validade da prova no processo.

3.3 FOTOS COMO PROVA DOCUMENTAL

Ainda sobre o art. 422 do CPC/2015, em seu §1º dispõe que "as fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem", logo, fotografias genéricas serão consideradas insuficientes para comprovarem a veracidade dos fatos. Se as fotografias forem impugnadas pela parte contrária, deve ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica, e se não for possível, deve ser realizada perícia. Além disso, o §2º do art. 422 diz que se for fotografia publicada em jornal ou revista, deve-se apresentar um exemplar original, caso seja impugnado pela parte. Assim, percebe-se que, ao contrário do *print screen* - ainda não pacificado quanto a sua utilização no processo - as fotos como prova documental não possuem divergência jurisprudencial e contam com o devido amparo legal.

3.4 GRAVAÇÕES COMO PROVA DOCUMENTAL

Se a prova não puder ser feita por outros meios eficazes, a gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento dos outros não é ilícita e pode ser usada como prova em um processo judicial. Porém, há uma exceção em relação à interceptação ilícita, posto que ela pode ser utilizada apenas como meio de defesa, mas somente no processo penal. A CRFB/1988 traz a questão da inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direito fundamental em seu art. 5º, inciso X, logo, não se admite a interceptação indiscriminada de comunicações, sendo necessário a gravação ser produzida dentro das hipóteses legítimas.

A primeira hipótese trata-se da interceptação com autorização judicial, de acordo com o art. 1º e seguintes da Lei nº 9.296/96, com a finalidade de produzir provas no âmbito de investigações criminais específicas. Enquanto a segunda hipótese diz respeito a gravação da audiência judicial de acordo com o art. 367, § 5º e § 6º do CPC/2015, sendo possível a gravação ser feita por uma das partes, mesmo sem ter o conhecimento da outra.

4. PROVA ILÍCITA

Antes da Constituição Federal de 1988, não havia legislação no Brasil que definisse e tratasse sobre as provas ilícitas, deixando a cargo de cada julgador a interpretação que lhe fosse conivente. Assim, era comum aceitarem provas, mesmo que obtidas ilicitamente, sob o fundamento de que elas serviriam para o convencimento do magistrado.

No entanto, a CRFB/1988 muda esse entendimento e trata sobre essa questão, antes interpretada de modo irrestrito, por intermédio do seu art. 5º, inciso LVI, estabelecendo que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis. Essa garantia constitucional serve para limitar a produção de prova, a qual não pode ser entendida como um direito absoluto, tendo coerência com o devido processo legal e a adequada efetividade do processo. Sobre isso, vale destacar que:

> A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio político jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. (DINAMARCO, 2008, p. 319)

O Código de Processo Civil de 2015 também apresenta limitações à liberdade probatória em seu art. 369, determinando que, no intuito de provar a veracidade dos fatos alegados no pedido ou na defesa, para bem influir no julgamento e convicção do juiz, as partes podem usufruir de todos os meios legais e moralmente legítimos, mesmo que não descrito no CPC/2015.

Para melhor compreensão do assunto, é preciso destacar a diferenciação feita por parte da doutrina com relação a prova ilícita daquela ilegítima, considerando a primeira como aquela obtida por meio da transgressão de uma norma de direito material, enquanto a última se estabelece pela afronta ao direito processual. No entanto, conforme Luis Alberto:

> Para que se consiga superar os óbices acima descritos, propõe-se sejam as provas ilícitas caracterizadas como casos especiais de invalidade na prática de atos processuais em sede de atividade de instrução por força do desrespeito a direitos fundamentais. Sob essa ótica, pouco importa se os direitos fundamentais considerados são situados no plano do direito material ou se decorrem do desrespeito a norma processual. (REICHELT, 2014, p. 99).

Os dispositivos acima mencionados devem ser tidos como os principais que versam sobre a prova ilícita, haja vista que os mesmos reforçam a ideia da validade das restrições das provas, que precisam ser revestidas dos princípios processuais.

Dito isso, cabe destacar o parecer sobre a prova ilícita de Cândido Dinamarco, que muito coaduna com o entendimento buscado neste trabalho.

> Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. A prova será ilícita - ou seja, antijurídica e portanto ineficaz a demonstração feita - quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais. Ilicitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios. No sistema do direito probatório o veto às provas ilícitas constitui limitação ao direito à prova. No plano constitucional, ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas contra atos arbitrários ou maliciosos. (DINAMARCO, 2001, p. 49)

Nesse sentido, são exemplos de provas que contrariam as normas do ordenamento jurídico: a confissão obtida mediante tortura, obtenção de prova documental por meio de furto ou sob invasão de domicílio, interseptação telefônica clandestina, documento falso, prova colhida sem garantia do contraditório, dentre outros.

Quanto da prova derivada de prova ilícita, existem julgados determinando que essas são consideradas, também, ilícitas, adotando a "teoria dos frutos da árvore envenenada", presente no sistema norte-americano, como previsto no HC 72.588/PB, que tem como parte da ementa o que se segue:

> [...] 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 [...]. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996. p. 289)

Com isso, apesar do estabelecido constitucionalmente, o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita deveria ser relativizado e sua interpretação flexibilizada e sistematizada, diante de situações graves e excepcionais do caso concreto e sendo essa a única forma de tutelar os direitos discutidos; tudo isso em atenção ao princípio da proporcionalidade, com a devida ponderação dos fatos e valores em análise, levando em consideração elementos de adequação e necessidade.

Exemplo desse conflito foi estabelecido por Roberto Prado Vasconcelos, ao tratar do cenário onde, em uma ação indenizatória, a prova que indica o dano patrimonial ocorrido dentro de um estabelecimento foi apenas obtida por meio de uma câmera que estava no local, sem o devido aviso da sua presença. Diante de uma

interpretação restrita do inciso constitucional já mencionado, a prova não seria admitida, no entanto, segundo a ideia da proporcionalidade frente ao conflito do direito de privacidade e o desrespeito do direito de propriedade decorrente do ato danoso, a prova em questão deve ser admitida em juízo (VASCONCELLOS, 2001, p. 469-476).

Diante de casos como o citado e em diálogo com os poderes instrutórios do juiz e o princípio da proporcionalidade, Daniel Penteado de Castro afirma que antes o juiz precisa analisar se a produção de prova se dá sob a colisão de direitos fundamentais; depois o mesmo deve identificar se não há outros meios lícitos de prova que a parte possa usufruir; após isso é necessário verificar a admissibilidade dessa prova ilícita, considerando a correspondência lógica entre os meios e os fins, de forma que essa prova gere o menor dano possível; e, por fim, o magistrado precisa analisar se o bem jurídico defendido pretendido com a prova ilícita seja de maior relevância ou de maior repercussão que a garantia constitucional agredida pela prova (CASTRO, 2013, p. 262-264).

A jurisprudência, quanto à admissibilidade da prova ilícita, não é pacífica, especialmente no âmbito do processo civil, que se apresenta com julgados muito restritos. A respeito disso, o Supremo Tribunal Federal, em 2005, em Acórdão proferido no processo de habeas corpus n. 82788/RJ, cujo o Ministro Celso de Mello foi o relator, decidiu pela inadmissibilidade da prova ilícita no caso de fiscalização tributária, no qual policiais federais e agentes fazendários entraram nos escritórios de contabilidade, sem mandado, para apreensão de determinados livros e documentos.

Enquanto isso, a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2003, julgou o Agravo de Instrumento n. 257223-4/2-00, em que decidiu pela admissibilidade da prova decorrente de gravação telefônica clandestina feita por um dos comunicadores, diante do argumento de que não havia no caso causa legal ou específica de sigilo nem reserva.

4.1 DA PROVA ELETRÔNICA ILÍCITA

Diante da exposição geral acerca da prova ilícita, vale agora, em conformidade com o buscado no artigo, desenvolver uma análise da prova ilícita voltada ao meio digital. Nesse viés, sabe-se que, como previsto na CRFB/1988, a prova é um direito fundamental, dado a sua importância no que diz respeito a ser um meio de defesa crucial para qualquer pessoa dentro de um processo. Mesmo sendo um direito fundamental, a prova tem a necessidade de atingir a sua finalidade, qual seja, a busca pela veracidade dos fatos. Contudo, nesse cenário, cada parte

tentará comprovar a sua versão do acontecimento, alegando a sua versão dos fatos apresentados em juízo, de modo que não há a possibilidade de deduzir deste conjunto probatório a realidade tal qual como ocorreu (TEIXEIRA; MAGRO, 2018, n.p).

No tocante ao âmbito da prova eletrônica, como abordado anteriormente, trata-se de um instituto que foi devidamente regulamentado pelo CPC/2015 em seus arts. 422, § 1º e § 3º , 439, 440 e 441, no qual refere-se a um meio probatório que encontra-se cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, dando origem a uma ampla forma de produção eletrônica de provas, por outro lado, abrindo um amplo debate acerca da sua licitude e ilicitude (RAFFUL; RAFFUL, 2017, p. 48-76).

Desse modo, questiona-se se a prova eletrônica possui idoneidade o suficiente para oferecer a mesma confiabilidade, segurança e credibilidade dos documentos e provas tradicionais, surgindo a necessidade de se comprovar os fatos jurídicos que deram ensejo a mesma, gerando, nesse momento da formulação da prova eletrônica, a dificuldade e consequentemente o problema de se produzir uma prova eletrônica idônea. Nesse contexto, conforme preleciona Humberto Theodoro Junior:

> O problema do uso do documento eletrônico como prova no processo judicial liga-se à sua autenticidade e integridade, uma vez que ele não é assinado por seu autor, na forma gráfica tradicional, e, além disso, é suscetível de sofrer alterações depois de sua composição originária [...]. (THEODORO JR, 2023, p. 1397-1398)

De acordo com João Batista Lopes (2007, p. 190), por ser a prova eletrônica uma espécie de documento com características próprias, as mesmas regras das provas documentais são aplicáveis às provas eletrônicas, no que tange à sua admissibilidade, autenticidade, produção e valoração. Nesse sentido, uma vez sendo a prova eletrônica um documento e a sua finalidade a de provar um dado fato, há a exigência de que o documento eletrônico deve estar acompanhado de certificação digital, devendo passar pelos mecanismos certificadores do Verificador de Conformidade do Padrão de Assinatura Digital da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 1398).

Em suma, os documentos elaborados eletronicamente necessitam da assinatura digital, a qual comprovou a manifestação de vontade dos signatários, bem como a sua validade, sendo necessário a demonstração da autoria, e a inexistência de falsificação. Entretanto, uma vez que a prova eletrônica pode ser uma prova que era virtual e foi materializada posteriormente, bem como aquela que era materializada e foi transformada, digitalizada, em prova eletrônica, pode haver

neste processo alguma falsidade ou modificação com relação a prova original, de modo que, pode-se constatar que as provas obtidas por meios eletrônicos, estão mais passíveis de constituir um meio fraudulento, ilícito ou moralmente repugnável, capaz de transmitir informações intangíveis, ou seja, facilmente alteráveis, podendo ser considerada uma prova eletrônica ilícita (KOLCHINSKI, 2016, p. 107).

No que diz respeito a autenticidade das provas obtidas por meios eletrônicos, assim, como as provas tradicionais, caso tenha a sua veracidade questionada, o §3º , do art. 422 do CPC/2015, dispõe que o juiz julgará livremente, conforme a sua convicção, de modo que, a licitude ou não da prova eletrônica será determinada pelo magistrado após a sua análise individual em relação ao caso concreto, objeto do litígio (art. 440, CPC/2015), sendo dever do magistrado avaliar os valores ou normas fundamentais em conflito, fazendo prevalecer sobre o Princípio da Proibição da Prova Ilícita, aplicando desta maneira o Princípio da Motivação, bem como, o Princípio da Proporcionalidade (PAGANELLI, 2022, n.p).

Destarte, fica demonstrado o cenário da prova eletrônica, a qual deve preencher determinados requisitos de autenticidade - o qual será melhor delimitado posteriormente. Assim, ausentes esses requisitos, a conclusão sobre a licitude ou ilicitude da prova dependerá da análise do magistrado no caso concreto, sendo possível ainda, nesses casos, a arguição da falsidade pela parte. Posto isso, de acordo com William Santos Ferreira:

> Mesmo nos documentos eletrônicos será possível a arguição de falsidade, que poderá se fundamentar tanto na falsificação de documento "original" propriamente dito, portanto prévio à eventual digitalização, quanto na falsificação procedida durante ou posterior a sua digitalização. Poderá também o documento eletrônico que é original (como nos casos de certidões negativas de tributos) ter sido adulterado, o que também será passível de questionamento pelo incidente de falsidade. (FERREIRA, 2014, p. 134-135)

Desse modo, a arguição de falsidade surge como possibilidade das partes suscitar a falsidade de documento contra elas produzido.

5. DA ARGUIÇÃO DE FALSIDADE DE DOCUMENTO

O CPC/2015 reservou os art. 430 a 433 para dispor sobre a arguição de falsidade documental. A nova disposição legal resgatou a disciplina do incidente da falsidade que antes era adotada no art. 390 do CPC/1973, com algumas alterações

que ao mesmo tempo que aproxima a matéria, também a distância (BUENO. 2018, p. 160). Aqui, salienta-se que a arguição de falsidade disciplinada pelo CPC/2015, assim como o CPC/1973, delimitam que o objeto do incidente será a impugnação de autenticidade de algum documento, conforme o art. 430, *caput* (BUENO, 2018, p. 160).

Com a redação do CPC/2015, foram inseridas pelo legislador três formas de promover a arguição de falsidade documental. A primeira, como disposto no art. 19, II versa que poderá ser promovida por meio de uma ação autônoma; a segunda, presente na disposição do art. 430 a 433, delimita que a arguição pode ser resolvida como uma questão principal, paralisando o processo originário e após decisão quanto a falsidade documental, o juiz ficará vinculado ao que for decidido. E, por fim, a última forma se dá quando a lide for versada na esfera criminal e cível e as provas documentais serem as mesmas para ambos processos. Quando questionado quanto a veracidade da prova documental em um processo criminal, o processo cível ficará paralisado por no máximo 1 (um) ano para que seja promovida uma decisão do juízo criminal.

5.1 ARGUIÇÃO DE FALSIDADE DOCUMENTAL DA PROVA TÍPICA

Conforme delimitado acima, a autenticidade e validade de um documento poderá ser alvo de questionamentos quando compor o conjunto probatório de uma lide. Nesse sentido, todos os documentos indexados no processo que possuem a característica de prova documental podem ser alvos da arguição de falsidade, a qual as partes podem questionar a autenticidade do material probatório. Com efeito, apesar de o texto normativo delimitar os instrumentos utilizados para sanar os vícios da prova documental, fica a critério da doutrina processual caracterizar quais desses vícios são passíveis de inautenticidade e invalidade da prova. Conforme abordado por Cássio Scarpinella Bueno:

> [...] apenas o vício do documento (dividido em deturpação material do documento — utilização de mecanismos e técnicas que provoquem deterioração do que o documento contém, para que fique parcial ou totalmente alterada a sua substância ou compreensão do conteúdo, e deturpação ideológica do documento — introdução de afirmações não feitas pelas partes ou atos não presenciados) autoriza o incidente de falsidade. O vício de consentimento ou ligado à declaração de vontade que o próprio documento o contém, por sua vez, pode ser deduzido no conteúdo da própria defesa, independentemente da instauração do incidente. (BUENO, 2018. p. 160)

Nesse sentido, o objeto da falsidade em si é entendido como uma lesão à veracidade de um documento e, a partir do momento em que se verifica a falsidade, o seu todo perde validade. Segundo Marcelo Abelha Rodrigues:

> Falsidade significa qualquer alteração da verdade. Será falsidade material quando incida sobre elemento extrínseco do documento, ou seja, a sua forma. Recebe o nome de falsidade ideológica aquela que ocorre no elemento intrínseco do documento, ou seja, na declaração de vontade que forma o conteúdo do documento. (ABELHA, 2016, p. 561)

Conforme preceitua Cassio Scarpinella Bueno (2018, p. 160), haverá instauração do incidente da arguição de falsidade, quando se tratar de uma falsidade material. A fraude precisa ser relevante o suficiente para que sem ela o documento perdesse sua utilidade. Assim, no que tange a diferenciação entre falsidade material e ideológica, o incidente de arguição de falsidade não poderá ser utilizado para questionar a falsidade ideológica que tenha ocorrido em razão de vícios do consentimento (erro, dolo ou coação), posto que a nulidade nesses casos já está implícita.

De acordo com Elpídio Donizetti (2018, p. 369), "a arguição é decidida, em regra, como questão incidental ao processo, não atinge, portanto, o mérito, tratando-se apenas de inserção do documento no acervo probatório com a finalidade de julgar a crise de direito material" . Nesse sentido, o objeto não será incluído nos limites objetivos da coisa julgada, pois não é esse o fim para qual o processo se instaurou.

5.2 DELIMITAÇÕES GERAIS SOBRE A ARGUIÇÃO DE FALSIDADE DOCUMENTAL

O aspecto mais importante da prova documental, para as partes, é o questionamento quanto veracidade do que é exposto (MARINONI; ARENHART, 2019. p. 263), visto que muitas das vezes, o mérito da demanda está ligada ao documento que é acostado no processo, sendo essa a prova documental que será analisado pelo juízo.

O CPC/2015 delimitou etapas para o questionamento da veracidade documental e consequentemente, a formação do incidente de arguição. Diante disso, é estabelecido que a parte que promove a arguição, sendo geralmente o réu, deve fundamentar os motivos para aquela pretensão e quais são os meios que irá utilizar para comprovar o alegado, conforme art. 431.

Nesse momento, o juiz delimita para aquele que quer produzir a arguição de falsidade que o ônus de provar a falsidade é dele, visto que o instrumento da argui-

ção de falsidade questiona a veracidade e a legitimidade da prova, não podendo ser utilizado como mero embaraçamento com o intuito de provocar tumulto ao procedimento. Para impedir que o incidente da arguição de falsidade seja utilizado com o intuito de prejudicar o processo, para fins meramente protelatórios, poderá se aplicar o instituto da litigância de má-fé.

5.3 PRECLUSÃO POR NÃO ARGUIÇÃO DA FALSIDADE

É importante frisar que a arguição de falsidade é compreendida como uma tese de defesa, por ser um objeto de resistência contra os fatos alegados no processo. Entende-se que para o polo da lide que não provocar a arguição de falsidade, seja por ação autônoma ou por ação incidental, o mesmo não poderá fazer em outro momento, diante da compreensão doutrinária de que havendo ciência dessa parte, seu silêncio será compreendido como inércia tácita (MARINONI; ARENHART, 2019, p. 280).

> Tinha o arguido ciência da intenção do requerente e, ainda assim, optou por permanecer silente. Seu silêncio nesse caso, deve ser interpretado como uma escolha efetiva, de modo a afastar a limitação mencionada e atribuir ao caso regime semelhante ao da revelia no caso de "ação principal" e falsidade. Assim, em tal caso, a decisão importará coisa julgada, a despeito da inércia do requerido do incidente. (MARINONI; ARENHART, 2019, p. 280)

Esse entendimento decorre diante valorização da celeridade processual e cooperação entres as partes, princípios basilares do CPC/2015. Dessa forma, diante da inexistência de previsão da arguição a qualquer tempo demonstra a busca pelo legislador de resguardar a segurança jurídica no procedimento.

6. ARGUIÇÃO DE FALSIDADE EM PROVA ATÍPICA

Com a definição de como é aplicado o incidente da falsidade da prova documental, fica o questionamento de como se dará a possibilidade de arguição de veracidade quando se trata de um conteúdo eletrônico e/ou digital. Em resposta, para redação do CPC/2015, o legislador resgatou instrumentos já utilizados no CPC/1973, porém, ao mesmo tempo, trouxe novas definições para a contextualizar com as transformações que foram influenciadas pelo mundo digital, principalmente quando se trata das novas formas de obtenção de prova. Desse modo, foram introduzidos, no código atual, os art. 439 a art. 441, que dispõe exclusivamente da prova eletrônica.

> Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.
>
> Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurando às partes o acesso ao seu teor.
>
> Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica. (BRASIL, 2022)

Nessa perspectiva, o legislador não impede que as partes busquem meios alternativos de se produzir prova e sim determina explicitamente que a prova eletrônica ficará vinculada à possibilidade de ser transformada em prova impressa para que ela adquira autenticidade.

Quanto ao regime da prova eletrônica *versus* prova documental tradicional, Luiz G. Marinoni e Sérgio C. Arenhart disciplina:

> [...] O valor particular que a prova documental recebe decorre da estabilidade de seu suporte. Ou seja, porque as informações, na prova documental, são registradas em um meio tradicionalmente físico, sabe-se que é difícil realizar uma alteração das informações registradas sem que isso deixe algum tipo de marca ou sinal. É essa dificuldade de alteração – aliada à percepção direta do fato pelo juiz – que faz com que a prova documental receba a credibilidade comumente dada a ela. No caso dos documentos eletrônicos, porém, a situação é diversa. O meio em que a informação é registrada é um meio eletrônico, virtual ou digital. Isso faz com que haja mais facilidade na adulteração da informação registrada, sem que isso deixe vestígio, ou ao menos tornando muito mais difícil a verificação dessa modificação. (MARINONI; ARENHART, 2019, p. 313)

No que diz respeito a prova eletrônica, a doutrina expõe que "o Código de Processo Civil, porém, fracassa nessa tentativa, oferecendo pálido regime a esse instituto, que nem de longe é suficiente para dar tratamento adequado ao tema"(MARINONI; ARENHART, 2019, p. 313). Nesse sentido, se verifica que a própria doutrina admite que o CPC/2015, ao dispor da prova eletrônica, falha em definir o seu conceito, quais os elementos a qualificam enquanto prova e como ela deve ser inserida no rol de provas típicas, considerando que o tratamento não pode ser o mesmo dado a prova documental tradicional, porque elas se distanciam pela forma que é produzida.

Em análise ao disposto na redação dos arts. 439 a 441, os autores tecem críticas não apenas ao conteúdo da redação legislativa, mas a definição pobre e contraditória que o legislador determina para que a prova eletrônica passe para ter sua veracidade confirmada:

> Na contramão de todas as tendências do processo civil brasileiro – que se encaminha, cada vez mais, para o processo eletrônico – o CPC exige que aquele que possui um documento eletrônico o imprima, depois certifique sua

> autenticidade, para, finalmente, transformá-lo novamente ao meio digital em que virá ao processo eletrônico. Enfim, um redobrado esforço, sem nenhuma vantagem, seja para a estabilidade da informação, seja para a facilitação da autenticidade do documento. Mais grave do que isso: o código confunde a prova eletrônica com a sua cópia. Afinal, é inquestionável que a conversão da prova à sua "forma impressa" significa, na realidade, a criação de uma cópia da prova original. Desse modo, segundo o código, a prova eletrônica, em princípio, só tem valor se ela for carreada aos autos por meio de sua cópia. É como se a lei dissesse que a prova original não tem valor; só a sua cópia é que pode ser valorada. (MARINONI; ARENHART, 2019, p. 313-314)

Com isso, é possível enxergar que a prova eletrônica, ainda que haja disposição legal para a sua utilização, será tratada como uma prova atípica em razão da pouca estabilidade que ela possui. Isso significa que diferente da prova documental típica, apresentada de forma regular no procedimento, haverá necessidade da parte que vincular ao processo a prova eletrônica fundamentar e justificar sua apresentação para que ela seja valorizada pela autoridade jurisdicional. No que diz respeito à arguição de falsidade da prova documental da prova *atípica* - eletrônica - o legislador e a doutrina compreende que poderá ser suscitado o mesmo instrumento das provas típicas. Nesse sentido, pode ser utilizado o instrumento do art. 19, II do CPC/2015, tanto quanto os arts. 430 a 433 do CPC/2015, podendo ser questionada enquanto ação autônoma ou questão incidental.

Existe, ainda, a terceira hipótese tratada na doutrina quanto à arguição de falsidade, que ocorrerá quando houver conexão do arco probatório, ainda que ocorram em jurisdições distintas. É exemplo dessa dinâmica, a utilização da mesma prova na esfera criminal e na cível. Essa situação ocorre quando as provas que fundamentam o processo criminal, são as mesmas que fundamentam o processo civil, e a sua repercussão é simultânea. O principal questionamento quanto à arguição de falsidade de uma prova atípica na esfera criminal é o de que, caso ela seja considerada inadmissível, ela automaticamente necessita ser compreendida como inadmissível também no âmbito cível?

Para esse questionamento, o CPC/2015 não define uma resposta específica, visto que a compreensão de uma prova inadmissível no processo penal é diferente do processo civil. No entanto, versa que se tratando de uma questão prejudicial, em que o mérito da lide deve ser apreciado na esfera criminal e na esfera cível, haverá paralisação do processo cível por 3 (três) meses, enquanto o mérito é avaliado. Entretanto, ainda que o processo, tanto penal, quanto civil, tenha como objetivo ser célere e com duração razoável, nem sempre é assim, uma vez que a depender da comple-

xidade da demanda, ela poderá transcorrer por anos. Para não deixar as partes sem a apreciação jurisdicional na esfera cível, o legislador dispôs no art. 315, §1 e §2 que:

> Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.
>
> § 1º Se a ação penal não for proposta no prazo de 3 (três) meses, contado da intimação do ato de suspensão, cessará o efeito desse, incumbindo ao juiz cível examinar incidentemente a questão prévia.
>
> § 2º Proposta a ação penal, o processo ficará suspenso pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ao final do qual aplicar-se-á o disposto na parte final do § 1º.

Com a redação, o legislador permite a três hipóteses para a contestação da veracidade e autenticidade de uma prova documental (a) típica, ao mesmo tempo que confere às partes a garantia do devido processo legal e da duração razoável do processo, permitindo que em caso não haver decisão da esfera criminal, o juiz da vara cível poderá decidir sobre a questão incidental prejudicial.

7. MÉTODOS UTILIZADOS PARA VALIDAR A SEGURANÇA JURÍDICA DA PROVA ELETRÔNICA

Conforme a expansão do fenômeno da globalização, o uso das novidades tecnológicas se tornaram mais frequentes dentro do judiciário brasileiro. Mediante isso, se notou a necessidade da aplicação de métodos que fossem capazes de atribuir autenticidade e integridade às provas eletrônicas, na busca de melhor garantir a confiabilidade e a segurança dessas provas.

A existência de legislação que versa sobre a valoração de conteúdo probatório obtidos eletronicamente, bem como sua admissibilidade como meio de prova, está contida na medida provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, em seu 10º artigo (BRASIL, 2001). Não obstante, ainda que não houvesse a mencionada previsão, o Código de Processo Civil de 2015 em seu art. 332 estabelece a versatilidade acerca dessa matéria legislativa, permitindo a utilização de todos os meios de prova, mesmo que não previstos em lei, sendo o documento válido e idôneo, este será aceito como prova. No entanto, diante da facilidade e do maior acesso a mecanismos de modificação de documentos criados digitalmente, as provas eletrônicas têm sua validade questionada, sendo necessário, a partir disso, recorrer aos métodos de validação que oportunizam a segurança jurídica, como os analisados a seguir.

7.1 CRIPTOGRAFIA

O sistema criptográfico é o instrumento utilizado para validar a segurança da prova digital. Nesse sentido, nos dias atuais, o modelo é empregado como base de novos institutos, como por exemplo, o da assinatura digital e o da certificação digital. A criptografia é bastante utilizada na sistematização da proteção de dados, constituindo-se no meio tecnológico a base para se entender as possibilidades tecnológicas de assegurar ao documento sua autenticidade e confiabilidade no mundo fático e jurídico. A referida técnica consiste em tornar o conteúdo do documento digital inelegível a terceiros que não possuem a chave para acessá-lo, assim, somente de posse dessa chave estarão habilitadas para compreender o conteúdo do documento (VOLPI NETO, 2001, p. 58). Vale ressaltar que a criptografia somente possibilita e garante a integridade da forma, porém não asseguram a confidencialidade da prova, considerando que esse método não pressupõe efetividade anterior a sua utilização.

7.2 ASSINATURA DIGITAL

Considerado um novo instituto, a assinatura digital é a forma utilizada para que a prova eletrônica possa vir a ser considerada como documento probatório, de acordo com o Código Processual Civil. Ainda assim, o método visa sustentar a confiabilidade do documento digital tanto para os emissores, quanto para os receptores (VOLPI, 2001, p. 7).

A assinatura digital é o resultado da criptografia, ou seja, se trata de uma forma específica de tecnologia que encripta o conteúdo de uma mensagem eletrônica à identidade de seu subscritor, utilizando dois códigos complementares (MARCACINI, 2002).

O Código de Processo Civil adotou a imputação de autoria através da subscrição do documento; esse procedimento está previsto em diversos artigos que disciplinam a matéria. No art. 368, sobre as declarações constantes do documento particular, escrito ou somente assinado, presumem-se verdadeiras. Percebe-se então que a lei processual, somente em casos excepcionais, concede valor probatório a documento escrito sem assinatura. Dessa forma, somente os documentos que foram subscritos são apreciados em juízo e aptos para a comprovação de qualquer tipo de fato. Entretanto, a assinatura digital carece de ferramentas que assegurem a autenticidade da autoria, como aquelas as quais demonstram que quem encaminhou a prova digital é efetivamente quem demonstra ser.

7.3 CERTIFICAÇÃO DIGITAL

A atividade de certificação é feita, de forma geral, pela autoridade certificadora, que, na realidade, é um terceiro garantidor da autenticidade, integridade e segurança jurídica da prova digital formalizada na relação jurídica emissor-receptor, mediante a identificação eletrônica que lhe outorga. Assim sendo, irão emitir um certificado digital de número único que contém todos os dados do solicitante, bem como o prazo de validade do certificado e a chave pública do agente certificador, que é o que assegurará perante terceiros a real autoria do documento emitido (MENKE, 2005).

No mesmo sentido, a veracidade dos documentos é presumida, desde que não haja impugnação quanto à sua falsidade. Não havendo impugnação ao documento, é considerado verdadeiro, representando presunção relativa, que cede a qualquer momento do processo, quando demonstrado que o documento foi obtido por erro, dolo ou coação. (MONTENEGRO FILHO, 2009). Diante disso, não havendo impugnação acerca da admissibilidade do conteúdo da prova digital, esta será considerada verídica.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do artigo se deu pela observação das delimitações trazidas pelo ordenamento jurídico para o tratamento da prova documental eletrônica e seus meios de autenticidade, os quais constituem novos desafios para o Direito pátrio. Para isso, estabeleceu-se uma análise evolutiva das provas digitais -as quais podem se dar por intermédio de E-mail, *print screens*, fotos e gravações-, partindo-se do pressuposto de sua definição e aplicação no judiciário brasileiro, demonstrando como o fenômeno da globalização influenciou e impulsionou o uso desses mecanismos. Essa evolução tecnológica serviu para demonstrar como esse material probatório é de confiança limitada, necessitando de instrumentos que confiram a autenticidade desse, permitindo-lhe ser utilizado licitamente no processo judicial.

Por conseguinte, o estudo da prova documental eletrônica baseou-se tanto nas premissas legislativas, quanto na doutrina e na jurisprudência nacional, sendo constantemente evidenciada a amplitude e complexidade do tema, que conta com divergências latentes e poucos entendimentos consolidados. Nessa perspectiva, diante da falta de autenticidade de uma prova documental eletrônica, que pode ser verificada, por exemplo, por intermédio da situação corriqueira de falsificação documental, apenas com a análise do magistrado do caso concreto é possível

delimitar a ilicitude ou não dessa prova, fato que ressalta como as ramificações do tema central são diversas e nem sempre passíveis de soluções absolutas.

Com efeito, depreende-se, ainda, que a carência de dispositivo legal e doutrinário que discipline acerca da autenticação da prova digital, origina diversos impasses e, consequente, insegurança jurídica entre as partes que compõem a relação processual.

Por fim, apesar da existência de métodos que buscam a segurança e confiabilidade dessas provas documentais eletrônicas, perduram as diversas possibilidades de fraude e alteração do material probatório. Assim, fica claro que ainda permanece a dificuldade em conferir a tais documentos o desejado grau de licitude, em virtude de serem facilmente modificadas, situação essa que serve para ressaltar a importância da arguição de falsidade nesse contexto e a necessidade de uma melhor sistematização e valorização dos mecanismos promotores de validade da prova eletrônica.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual Civil* – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVES, Marcella Bizotto. *As provas eletrônicas no novo CPC associadas ao advento do Marco Civil da Internet*. [S. l.], 11 out. 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/247105/as-provas-eletronicas-no-novo-cpc-associadas-ao-advento-do-marco-civil-da-internet. Acesso em: 24 fev. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil* – volume 2 (arts. 318 a 538) / Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.419. Promulgada em 19 de dezembro de 2006. *Lei do Processo Eletrônico*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 dezembro 2006. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105. Promulgada em 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL, Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará. *Defensoria Pública explica como utilizar prints do Whatsapp como prova judicial*. Publicado em 03 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/defensoria-explica-como-utilizar-prints-do-whatsapp-como-prova-judicial/ . Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO

REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 133430/PE. *EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA REDISCUSSÃO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. NOTÍCIA ANÔNIMA DO CRIME APRESENTADA JUNTO COM A CAPTURA DA TELA DAS CONVERSAS DO WHATSAPP. INTERLOCUTOR INTEGRANTE DO GRUPO DE CONVERSAS DO APLICATIVO. ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. NULIDADE VERIFICADA. DEMAIS PROVAS VÁLIDAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS*. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1230633114. Acesso em: 22 de fev. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 99735/SC. *EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ESPELHAMENTO, VIA WHATSAPP WEB, DAS CONVERSAS REALIZADAS PELO INVESTIGADO COM TERCEIROS. ANALOGIA COM O INSTITUTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DISPARIDADES RELEVANTES. ILEGALIDADE DA MEDIDA. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL E DOS ATOS E PROVAS DEPENDENTES. PRESENÇA DE OUTRAS ILEGALIDADES. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PRIVACIDADE DETERMINADA SEM INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DETERMINAÇÃO ANTERIOR DE ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FIXAÇÃO DIRETA DE PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, COM PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO*. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860374869/inteiro-teor-860374879. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 72588/PB. EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). COMETIDO CONTRA MAGISTRADO. PROVA ILÍCITA: CONJUNTO PROBATÓRIO ORIGINADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII e LVI, DA CONSTITUIÇÃO [...]*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%2072588%20PB%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82788/RJ. *EMENTA: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERV NCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS*

CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20%2082788%2FRJ&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Privado). *Ag 257223-4/2-00* – Tupã, rel. p/ac Des. Cezar Peluso, rel. orig. Des. Theodoro Guimarães, j. 15.10.2002, mv. DJE 18.2.2003.

C MARA, Alexandre F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Atlas,Disponível em: Minha Biblioteca. Grupo GEN, 2021. p.238. Acesso: 23 de fev. de 2023.

CARDOSO, Valente Oscar. *O "print" pode ser usado como meio de prova?*. Publicado em 2021. Disponível em: https://ovcardoso.jusbrasil.com.br/artigos/1175916793/o-print-pode-ser-usado-como-meio-de-prova. Acesso em: 22 fev. 2023.

CARDOSO, Valente Oscar. *O print screen como meio de prova no Processo Penal*. Publicado em 2021. Disponível em: https://ovcardoso.jusbrasil.com.br/artigos/1236014416/o-print-screen-como-meio-de-prova-no-processo-penal. Acesso em: 22 fev. 2023.

CARVALHO, Bárbara. *Print serve como prova judicial?*. Publicado em 2021. Disponível em: https://barbarayanka-adv4494.jusbrasil.com.br/artigos/1301974869/print-serve-como-prova-judicia. Acesso em: 22 fev. 2023.

CASTRO, Daniel Penteado. *Poderes Instrutórios do juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMO usar e-mail como prova documental. AR Online, publicado em 17 de novembro de 2022. Disponível em: https://ar-online.com.br/blog/o-e-mail-como-prova-documental/. Acesso em: 22 de fev. de 2023.

COSTA, João Paulo Silveira. *Reflexões sobre a prova documental no processo eletrônico*. 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, Santa Maria - RS, p. 148-162, 2013. Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/1-11.pdf. Acesso em: 24 fev. 2023.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.

DUTRA, Fábio. *Prova ou crime? Gravar conversas nem sempre é permitido*. Publicado em 23 de abril de 2022. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2022/Prova-ou-crime-Gravar-conversas-nem-sempre-%C3%A9-permitido. Acesso em: 23 fev. 2023.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:2014;000987670. Acesso em: 23 fev. 2023.

HERCULANO, Lenir Camimura. *Justiça Social: uso da tecnologia garantiu acesso ao Judiciário na pandemia*. [S. l.], 22 fev. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/justica-social-uso-da-tecnologia-garantiu-acesso-ao-judiciario-na-pandemia/. Acesso em: 21 fev. 2023.

KOLCHINSKI, Elenir Teresinha. *Prova Ilícita no Processo Civil*. COGEAE – PUC - São Paulo, 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski_2.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

LESSA, Breno Minucci. *A invalidade das provas digitais no processo judiciário*. Teresina: *Revista Jus Navigandi*, 2010. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/14555. Acesso em: 08 jan. 2023.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrErhD3UfljfSsWpZ3z6Qt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzQEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1677312632/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.lexml.gov.br%2furn%2furn%3alex%3abr%3arede.virtual.bibliotecas%3alivro%3a2002%3b000633720/RK=2/RS=Jc41EeOpF8x.jwtfgqBUhrhBd6k-. Acesso em: 23 fev. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 381 ao 484* / Luiz Guilherme Marinoni , Sérgio Cruz Arenhart. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019 .-- (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v 7 / Coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

MARCACINI, A. T. R. *Direito e Informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. *Poder Judiciário e tecnologia: das origens do PJe à Justiça 4.0. [S. l.]*, 8 out. 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario-e-tecnologia-das-origens-do-pje-a-justica-4-0/. Acesso em: 15 fev. 2023.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. *Provas eletrônicas no direito digital: a veridicidade como pressuposto legal.* Jus.com.br, 08/02/2022. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/96303/provas-eletronicas-no-direito-digital-a-veridicidade-como-pressuposto-legal. Acesso em: 24 fev. 2023.

PARODI, Lorenzo. *A validade da prova documental em formato digital nos processos brasileiros*. *Revista Consultor Jurídico*. Artigo de Opinião. Publicado em 07 de jun. 2018. p. 1-4. Disponível em: ConJur - Lorenzo Parodi: Validade da prova documental em formato digital. Acesso em: 25 de fev. de 2023.

RAFFUL, Leonardo José. RAFFUL, Ana Cristina. Prova eletrônica. *Revista do Direito*

Público, Londrina, v. 12, n. 2, p. 48-76, ago. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Pub_v.12_n.02.03.pdf . Acesso em: 24 fev. 2023.

REICHELT, Luis Alberto. *A inadmissibilidade das provas ilícitas na perspectiva do direito ao processo justo*. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 228/2014, p. 99 - 122, 2014.

ROMANO, Raquel Alexandra. *Documento eletrônico pode ser utilizado como prova*. *Revista Consultor Jurídico*, 2011. Disponível em: ConJur - É possível verificar a autenticidade de prova documental eletrônica. Acesso em: 10 fev. 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio; MAGRO, Américo Ribeiro. *A inviolabilidade dos dados pessoais e o controle judicial da prova eletrônica ilícita*. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 61 – 82, Jul/Dez. 2018. Disponível em: http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/4919. Acesso em: 23 fev. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume I – 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646579/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]!/4/2/50/2/2/4/1:0[%2CCDU]. Acesso em: 21 fev. 2023.

VASCONCELLOS, Roberto Prado de. *Provas ilícitas: enfoque constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.90, n.791, p. 456-486, set. 2001.

VOLPI NETO, ngelo. *Comércio Eletrônico*. Curitiba: Juruá, 2001.

VOLPI, Marlon Marcelo. *Assinatura Digital: aspectos técnicos, práticos e legais*. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001.

WACHOWICZ, Marcos. *O documento telemático como meio de prova, segundo as disposições do CPC e CC brasileiros*. Revista Seqüência, 2006.

ZAMIDI, Ettore. A *questão do documento eletrônico no Código de Processo Civil de 2015*. Publicado em 06 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-06/ettore-zamidi-questao-documento-eletronico-cpc20 Acesso em: 22 fev. 2023.

AS DESIGUALDADES SOCIAIS COMO REFLEXO DA FALTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DOS NEGROS LIBERTOS NO BRASIL REPÚBLICA

SOCIAL INEQUALITIES AS A REFLECTION OF THE LACK OF PUBLIC POLICIES FOR THE INTEGRATION OF FREED BLACKS IN THE BRAZILIAN REPUBLIC

*Leandra Iriane Mattos**

"Era o relampejar da liberdade
Nas nuvens do chorar da humanidade,
Ou sarça do Sinai,
Relâmpagos que ferem de desmaios
Revoluções, vós deles sois os raios
Escravos, esperai!"
(Castro Alves)

Resumo: A escravidão negra foi abolida de maneira gradual no Brasil: primeiro proibiu-se o tráfico transatlântico de escravos; depois, conferiu aos filhos de escravos e aos idosos a liberdade; e somente em 1888, a Lei Áurea pôs um ponto final à escravidão no Brasil. Se por um lado toda essa regulamentação trouxe liberdade e melhores condições aos escravos, também trouxe muitos desafios para os legisladores e juristas em seu pós-promulgação, principalmente por conta da proclamação da República que estaria para eclodir. Mesmo com a instituição das leis, as mazelas sociais e econômicas trazidas pela escravização e pela dominação branca em território brasileiro, não se extinguiram junto com ela, e com isso, um dos principais desafios trazidos foi a inserção desses ex-escravizados na sociedade, que por sua vez era instrumento de segregação e racismo, e a inclusão desses indivíduos como sendo pessoas livres, portadoras de direitos e deveres. Nesse sentido, a presente pesquisa tem caráter qualitativo, cuja metodologia utilizada para a coleta das informações foi a de pesquisa bibliográfica, bem como o estudo das leis, das doutrinas e da história, buscando relacionar os dados para a interpretação. Assim, tem como principal objetivo analisar como a falta de incentivo para a criação e implementação de políticas públicas específicas para a integração dos negros recém libertos na sociedade do novo Brasil República, delineou as relações étnico-raciais e acarretou o processo de desigualdade social e racismo estrutural, presente no país até os dias atuais.

Palavras-chave: Políticas públicas. Segregação. Racismo. Relações étnico-raciais. Escravidão.

Pesquisadora acadêmica e Secretária do NEDDE (Núcleo de Estudos em Estado, Democracia, Discurso e Espiritualidade) e graduanda em Direito pela Universidade Adventista de São Paulo (UNASP) - Campus Engenheiro Coelho. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6308309934350313. E-mail: leandramattos_@outlook.com.

Abstract: Black slavery was abolished gradually in Brazil: first the transatlantic slave trade was forbidden; then, the children of slaves and the elderly were granted their freedom; and only in 1888, the Áurea Law put an end to slavery in Brazil. If on the one hand all this regulation brought freedom and better conditions to slaves, it also brought many challenges to legislators and jurists in its aftermath, mainly because of the coming proclamation of the Republic. Even with the institution of the laws, the social and economic ills brought about by slavery and white domination in Brazilian territory were not extinguished along with it, and thus one of the main challenges was the insertion of these former slaves into society, which in turn was an instrument of segregation and racism, and the inclusion of these individuals as free persons, bearers of rights and duties. In this sense, this research is qualitative in nature, whose methodology used to collect information was bibliographic research, as well as the study of laws, doctrines and history, seeking to relate the data for interpretation. The main objective is to analyze how the lack of incentive for the creation and implementation of specific public policies for the integration of recently freed blacks in the society of the new Republic of Brazil delineated the ethnic-racial relations and led to the process of social inequality and structural racism, present in the country until today.

Key-words: Public policies. Segregation. Racism. Ethnic-racial relations. Slavery.

1. INTRODUÇÃO

Engana-se quem acha que abolição da escravidão foi fruto da benevolência da Princesa Regente para com o Brasil. Na verdade, ela só veio acontecer quando a mão de obra na Europa passou a ser predominantemente livre e assalariada, e com isso, o Brasil começou a receber pressões dos países europeus, por motivos muito mais políticos e econômicos do que humanitários, a fim de decretar a abolição da escravidão.

Portugal era uma nação totalmente subordinada e dependente economicamente de grandes potências da época, como a Inglaterra, que era um dos mais interessados no fim da escravidão e do comércio transatlântico de escravizados negros. E com isso, o Brasil também se encontrava nessa relação de submissão com a Inglaterra, estando na mesma situação de seu ex-colonizador, visto que apesar de já ser independente, ainda vivia sob regência do Império Português.

Para os europeus, esse modelo de mão de obra inviabilizaria o comércio e as relações econômicas entre os países, dado que atrasaria o processo de industrialização nas colônias, e colocaria em risco a exploração de recursos naturais descobertos no continente africano - fonte de mais riquezas para o colonizador -, sem contar na pressão interna que estavam começando a receber da Igreja Anglicana para pôr fim a comercialização de mão de obra escrava.

Em 1850, com a implantação da Lei Euzébio de Queirós, conseguiu-se a proibição do comércio transatlântico de pessoas escravizadas - agora chamado de tráfico -, mas foi um longo caminho até a efetiva proibição da escravidão. Ao longo de mais de três décadas foram criadas outras leis que precederam a Lei Áurea, mas que não tiveram de fato grande eficácia. Por fim, foram necessários quase 40 anos desde a extinção do tráfico de escravizados para que a escravidão caísse por terra, em 1888.

Aliados às revoltas de negros escravizados em solo brasileiro, movimentos abolicionistas que eclodiram e começavam a tomar as ruas, e o avanço do capitalismo no Brasil, esses motivos foram mais que suficientes para que a Princesa Regente tomasse a decisão de, em 13 de maio de 1888, ratificar a lei que extinguiu de vez a escravidão. Ou que pelo menos a colocasse em um patamar de ilegalidade.

Apesar do longo período de história do país desde a abolição da escravidão até os dias atuais, exatamente 135 anos, a situação de segregação racial no país, somada à desigualdade e pobreza enfrentada por essa população, continua a ser um problema que se encontra ainda longe de solução.

Entretanto, a liberdade não veio acompanhada de boas condições de vida para essa população que estava saindo do cativeiro e experimentando a liberdade, sendo entregues ao total acaso e sem quaisquer vislumbres de assistência, como aponta o jornalista Gilberto Maringoni (2011):

> A campanha abolicionista, em fins do século XIX, mobilizou vastos setores da sociedade brasileira. No entanto, passado o 13 de maio de 1888, os negros foram abandonados à própria sorte, sem a realização de reformas que os integrassem socialmente. Por trás disso, havia um projeto de modernização conservadora que não tocou no regime do latifúndio e exacerbou o racismo como forma de discriminação (MARINGONI, 2011, p. 36)

Observando as desigualdades e as aporias vividas por aquela população específica, pode-se perceber que a falta de políticas públicas que permeassem essas pessoas enfatizou e enraizou ainda mais o preconceito, não apenas racial, mas também econômico, social e até mesmo religioso.

Conforme o pensamento do jurista Felipe de Melo Fonte, em sua obra *Políticas públicas e direitos fundamentais* (2013) pode-se compreender que as políticas públicas "compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública". Portanto, tais políticas são projetos e ações criadas para garantir que esses direitos, previstos na Carta Magna, serão resguardados e colocados em prática de maneira legitimada.

A compreensão a respeito do surgimento da desigualdade social, da segregação que se iniciou naquele período, e das relações étnico-raciais é fundamental para se qualificar e compreender a situação que a população negra atual se encontra - muitas vezes descendentes de escravizados e libertos, com histórias totalmente ligadas à escravidão de alguma forma -, com implicações e consequências totalmente ligadas ao período escravagista e pós abolicionista e, consequentemente, com a falta de políticas públicas e programas que assistissem essa população reinserida em sociedade, tema a ser discutido durante o desenvolvimento desse artigo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Com a abolição da escravatura, em 13 maio de 1888, a transformação do cenário em que o país se mantinha - transformação essa que já ocorria desde a anunciação da criação de um projeto definitivo que iria tramitar no então parlamento nacional - atingiu seu vértice de dicotomia: enquanto os escravizados se regozijavam de alegria e celebravam a tão esperada alforria, os seus senhores se desesperavam, temendo pelo que aconteceria nos dias que se seguiriam. Por todo o país milhares de pessoas se reuniam em aglomerados e comemorações pelas ruas, bradando "*Liberdade!*" em tons de vitória, e fazendo festa após a notícia da abolição ser disseminada, e o historiador Walter Fraga Filho (2018) explica com clareza o motivo disso:

> "A festa tinha razão de ser. Afinal, era o fim da escravidão. Além disso, representava a vitória do movimento popular sobre aqueles que resistiram à abolição até as vésperas do Treze de Maio. Mas o que embalava também a festa era a expectativa de que dali por diante dias melhores viriam." (FILHO, 2018, p. 353)

Muitos libertos se esvaíram rapidamente dos engenhos e dos ambientes que viviam como escravizados, indo para bem longe ou em direção aos quilombos, procurando os seus. Mas uma grande parcela deles acabou permanecendo no seio de seus senhores, pois sentiam medo de possíveis represálias que poderiam sofrer, e assim acabarem por duvidar de sua própria liberdade.

A insubordinação das pessoas escravizadas, então libertas, provocou em seus ex-donos uma ira infame, que iniciaram seus protestos logo que o Império decretou definitivamente a abolição, trazendo à tona a questão da escassez de

trabalho braçal para as lavouras e plantios açucareiros, motivo usado por eles para combater a abolição e voltar ao regime escravocrata[1].

Quando os movimentos abolicionistas começaram a fervilhar, surgiu a necessidade de escalar mão de obra europeia e asiática para suprir essa substituir a mão de obra escrava, criando projetos e oportunidades que estimulavam a entrada desses imigrantes no Brasil, a fim de apagar a herança escravocrata aqui presente, e com isso promovendo o "branqueamento" da população, e com a chegada de fato da abolição, isso se tornou ainda mais evidente, como demonstra Kowarick:

> Nas vésperas da abolição, enquanto os escravos dos cafezais fugiam das fazendas, muitos dos quais desciam a serra do Mar amontoando-se nas favelas de Santos, imigrantes italianos faziam o percurso inverso, dirigindo-se para as plantações (KOWARICK, 1994, p. 86)

Porém a imigração desses povos, apesar de ter sido efetiva, não foi suficiente, e os donos de engenho tiveram que recorrer àquela mão de obra negra, agora ex-escravizada, que era conhecida por eles. A partir da necessidade dessa mão de obra voltar aos engenhos, novas relações de convivência e de trabalho entre os recém libertos e seus ex-senhores foram sendo delineadas, e com elas o surgimento de diversos conflitos e tensões entre essas duas classes.

Os agora ex-cativos já não suportavam mais as condições degradantes de trabalho, as velhas ordens de disciplina e exigiam condições dignas de sobrevivência. E com essa nova postura, muitos foram acusados até mesmo de cometerem vadiagem, uma contravenção penal positivada anos mais tarde, durante a Era Vargas, pelo decreto-lei 3.688 de 1941, em seu art. 59:

> Art. 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[2].

E assim, foi se criando um clima de tensões e conflitos, que acabaram por nortear as relações étnico raciais da época, resultando em situações de preconceito, segregação e dificuldades para a população liberta, que trouxeram diversas consequências nefastas e se refletem até os dias atuais.

1 FILHO, Walter Fraga. *Pós-abolição: o dia seguinte*. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

2 BRASIL. *Lei de Contravenções Penais. Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941*. BRASIL.

2.2 GARANTIAS DA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA (1891)

Em tese, os negros libertos poderiam ser admitidos e considerados como brasileiros, porém, a identidade constitucional dessas pessoas era praticamente inexistente. Apesar da Constituição de 1891, a primeira a ser promulgada e a entrar em vigor no período pós-abolição, dispor em seu art. 69 que eram considerados brasileiros os nascidos no Brasil, quer fossem libertos ou ingênuos, sabe-se que na prática não era bem assim que funcionavam as coisas:

> Art. 69 - São cidadãos brasileiros:
> 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação3;

A vedação do direito ao voto aos libertos foi um exemplo claro de como a pseudo "identidade" desses indivíduos era apenas um simbolismo, e tinha caráter meramente ilusório. Apesar de a Constituição de 1891 trazer em sua redação a criação do sufrágio com menos restrições, esses indivíduos, ainda que reconhecidos como cidadãos brasileiros, não tinham direito ao voto.

Vale lembrar que à época, as eleições estavam à mercê dos senhores e coronéis que, representando as elites, manipulavam a máquina pública, se utilizando do abuso de poder para lhes direcionar os chamados "votos de cabresto". Assim, mesmo que o direito ao voto e a ser votado fosse garantido à população liberta naquele momento, as chances de participação e vida política eram praticamente nulas.

Os direitos políticos e civis, bem como a cidadania desses negros libertos certamente estava muito longe de se tornar realidade, visto que as próprias Constituições da época já evidenciam a situação de isolamento dos agora libertos. Na visão de Müller, a marginalização sofrida por essa população dentro da sociedade existe, e é provocada, principalmente, por uma exclusão desses indivíduos do sistema jurídico, econômico e prestacional daquele determinado Estado:

> "Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais [Leistungssystemen] econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação, o que significa "marginalização" como subintegração (MÜLLER, 2003, p. 91)."

3 BRASIL. *Constituição (1891)*. Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891.

É importante ressaltar que, em um cenário em que se deu o fim do Império, e com a ainda recente Proclamação da República, onde o país passava por mudanças significativas decorrentes da abolição da escravidão, a Constituição de 1891 foi bastante revolucionária à época, principalmente em relação a sua antecessora, servindo como um passo inicial para a posterior garantia dos direitos fundamentais, da qual vivemos sob a égide nos dias atuais.

Com isso, apesar desse cenário de lacunas em relação às normas que versassem sobre as garantias sociais dos libertos, a Constituição de 1891 trouxe mudanças significativas no sistema político e econômico do país, principalmente com a positivação da abolição do trabalho escravo em solo brasileiro, além da ampliação da indústria, da aparição do êxodo rural e outros fenômenos que marcaram a época.

2.3 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS DO PÓS-ABOLIÇÃO

A lei que trouxera a extinção da escravidão, por mais que solucionasse esse primeiro problema, não trouxe a ruptura definitiva com o segregacionismo, que era necessária. Apesar de sua efetivação, após a criação de uma série de outras leis que a precederam, a Lei Áurea levantou um óbice que não estava nos planos do Império ao promulgá-la.

Ela trouxe consigo a liberdade dos escravizados, mas não foi acompanhada de nenhuma medida que garantisse quaisquer assistências no sustento daqueles que estariam libertos, e nem instituiu quaisquer planos sobre o que fazer com aquela população que seria jogada em meio a sociedade, agora como indivíduos livres, detentores de direitos e deveres e que deviam ser tratados com igualdade.

Além disso, a liberdade dada aos negros escravizados eximiu os senhores de quaisquer responsabilidades, já que não eram mais propriedades deles, e apesar de isentá-los da responsabilização e do dever de zelar por esses indivíduos, nenhuma outra instituição, nem sequer o Estado se encarregou de tomar conta da nova população que estaria sendo lançada à sociedade e nem das implicações que seriam geradas a partir disso, como deixa claro Florestan Fernandes, em sua obra *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*:

> "Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou qualquer outra instituição assumisse encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. (...) Essas facetas da situação (...) imprimiram à Abolição o caráter de uma espoliação extrema e cruel". (FERNANDES, 2008, p. 29)

Essa população que saíra dos engenhos e das rédeas de seus senhores se viu sem ter para onde ir. Uma vez libertos, levantou-se o questionamento de que fazer com aquela liberdade: para onde ir, onde firmar um lar e recomeçar a vida, agora como pessoas livres.

A essa altura, os libertos além de serem discriminados pela questão racial, agora faziam parte também da camada mais pobre da sociedade, aumentando muito mais a visão de segregação que a população tinha para com eles. E, como em uma cadeia de acontecimentos, o número de desempregados, pessoas abandonadas ou em situação de rua aumentou[4], e conforme o esse crescimento ocorria, surgiram diversos problemas sociais principalmente relacionados a violência, que estampavam as capas dos jornais da época, só evidenciando mais ainda essa discrepância social em que viviam.

Tem-se como fator importante, que suscitou no êxodo desses indivíduos em busca de moradia, a ausência da realização de reforma agrária, que resultou na privação dessa população ao acesso a terra e, por conta disso tiveram que se sujeitar às más condições disponíveis, muitas vezes dentro dos cativeiros de onde vieram.

Essa massa começou então a se dirigir para os centros das cidades em busca de um recomeço, porém a infraestrutura oferecida por esses lugares não acompanhou o crescimento da populacional que se dera de maneira repentina, principalmente nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, conforme deixa claro o historiador Sidney Chalhoub:

> Em outras palavras, a decisão política de expulsar as classes populares das áreas centrais da cidade podia estar associada a uma tentativa de desarticulação da memória recente dos movimentos sociais urbanos. (CHALHOUB, 1996, p. 10)

Para tanto, a população foi sendo colocada em cortiços ou sendo empurrada para os arredores das cidades, formando as primeiras manifestações de regiões periféricas, que foram de certa maneira os precursores das favelas e comunidades periféricas que conhecemos hoje. A reforma urbana que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1904, é uma clara exemplificação do cerceamento dessa população.

4 EDMUNDO, Luis. O Rio de Janeiro do meu tempo. Edições do Senado Federal ; v. 1. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1071. Acesso em: 12 abr. 2023.



Cortiço na Rua da Abolição, em São Paulo. (Folha de São Paulo. REIS, 2001, p. 29).

Desse momento da história é representado em diversas expressões culturais e obras produzidas na época, que transmitiam a realidade em que essas pessoas sobreviviam. Um dos exemplos é o livro O Cortiço, do grande romancista Aluísio Azevedo, que transmitia com veemência o cotidiano e o funcionamento de um cortiço daquela época em um de seus trechos mais célebres:

> E, naquela terra encharcada e fumegante, naquela umidade quente e lodosa, começou a minhocar, a esfervilhar, a crescer, um mundo, uma coisa viva uma geração, que parecia brotar espontânea, ali mesmo, daquele lameiro, e multiplicar-se como larvas no esterco. (AZEVEDO, 1997, p. 32)

Mas não foi só no quesito habitação que essa população se viu abandonada e sem recursos. A falta de infraestrutura para atender essa demanda levou também à falta de saneamento básico para essas populações que foram afastadas dos centros e empurradas para as regiões periféricas da cidade.

Os serviços básicos ligados à saúde, como o fornecimento de água encanada, coleta de lixo e tratamento de esgoto, oferecidos pelo Poder Público, não abrangia esses indivíduos, e quando por raras vezes os alcançava, era extremamente precarizado. Momento da história que ficou conhecido por grandes epidemias de doenças e políticas higienistas.

Em relação à educação oferecida à essa população - ou a falta dela -, a problemática também foi significativamente grande. Desde o início da escravidão, aos cativos e sua respectiva prole eram ensinados apenas o trabalho braçal, afinal, não eram considerados cidadãos e, por isso, não tinham autorização para cursarem a escola básica. As mulheres, por sua vez, eram direcionadas aos afazeres do lar e suas implicações. Essa proibição do acesso à educação foi concretizada no decreto que deu origem ao Regulamento da Instrução Pública, datado de 1857:

> Art. 39. As matrículas são gratuitas e ficam excluídos delas:
> §. 1º. Os meninos que sofrerem de moléstias contagiosas e mentais.
> §. 2º. Os não vacinados.
> §. 3º. Os escravos.
> §. 4º. Os menores de 5 anos e maiores de 15.
> §. 5º. Os que não houverem sido expulsos competentemente[5].

Após a liberdade, esse panorama não teve grandes avanços tão logo, e eram poucos os casos de negros libertos que tiveram acesso à educação que os brancos tinham. Aos negros libertos não havia nada na legislação vigente na época que os impedissem de frequentar a escola.

Porém, além da necessidade de provarem serem sujeitos livres, as autoridades que colocavam a legislação em prática arrumavam uma série de empecilhos para que essas pessoas não conseguissem chegar até uma sala de aula. E quando tinham acesso a ela, o ensino ofertado era voltado para a efetivação de medidas que corrigissem os vícios trazidos dos cativeiros (NABUCO, 2010). Portanto, as chances de alfabetização de qualquer escravizado liberto após a extinção da escravidão eram praticamente nulas.

As costumeiras condições degradantes e os salários mal remunerados, sem previsão de aumento ou de oportunidades melhores visto que não eram alfabetizados, mantinham negros libertos em uma posição subalterna e marginalizada na sociedade, e apesar de não serem mais pessoas escravizadas de fato, viviam em condição de verdadeira vassalagem, e não eram reconhecidos como cidadãos propriamente ditos. E a falta de sua identidade como cidadão, fazia com que o liberto não tivesse quaisquer direitos resguardados e assegurados pela Constituição ou por qualquer medida que fosse, pois não era apto o suficiente para exercer as prerrogativas da cidadania.

5 "Regulamento da Instrução Pública" in: MIGUEL, M.E.B.; MARTIN, S. D. (org). op. cit, p. 57.

3. CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já apontado previamente neste artigo, tão importante quanto entender as motivações do preconceito e dessas desigualdades sociais, é entender quais foram suas raízes e as ações ou omissões que as alavancaram, razões essas que ficam explícitas na falta quase total de políticas públicas para a população mais vulnerável que poderiam ter acompanhado a abolição da escravidão.

A falta de oportunidades de reinserção no mercado de trabalho, aliada à ausência de políticas públicas e programas que visassem o oferecimento de educação, acesso a moradias populares, saúde e a assistência social básica e necessária a essa população, foi tão eficaz para impedir a ascensão social da maioria da população negra quanto a permanência do racismo. Afinal, sem trabalho não há remuneração. Sem remuneração não há sustento. E, a falta do sustento é o cenário propício para a marginalização e o afloramento do preconceito.

No Brasil, com a chegada do federalismo e a proclamação da República em 1889, o delineamento de *Estado* se tornou mais amplo e mais preciso, trazendo consigo os primeiros resquícios dos princípios que conhecemos hoje como o de igualdade, liberdade e a possibilidade da criação de políticas públicas, pois com a nova forma de governo juntamente com a expansão econômica, se deu início a uma discussão mais ampla sobre o papel que o Estado deveria cumprir perante a sociedade, especialmente no campo econômico e social.

O planejamento, a criação e a execução dessas políticas são feitos em um trabalho conjunto dos três Poderes que formam o Estado, tanto nas esferas Federal e Estadual, quanto Municipal, de maneira que os Poderes Legislativo e Executivo podem propor, planejar e aplicar essas políticas públicas, enquanto o Judiciário, por sua vez, deve fazer o controle das leis criadas que instituíram tais políticas e reconhecer a adequação, ou porventura a não adequação, dessas medidas quanto ao cumprimento de seus objetivos principais, se adequando ao que leciona CANOTILHO (2000, p. 255) "(...) a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios".

O Estado é responsável pela ordem, pela justiça e pela efetivação do estado de bem-estar social. Para tanto, deve administrar, julgar e também legislar através dos seus Poderes, como citado acima. Quando o Legislativo não exerce seu dever, e não legisla em favor da população que precisa que aquelas medidas sejam tomadas para que se alcance o estado de bem-estar social pleno, entra-se numa situação de desigualdade.

A Constituição de 1891, vigente à época, versava sobre a harmonia e independência dos Três Poderes, porém não tratava de maneira evidente sobre a responsabilidade e o dever inerente ao Legislativo de fazer leis e medidas, lacunas que puderam também ensejar a omissão do Estado em relação a isso. Nessa esteira, tem-se o posicionamento de GRAU (2003), ex-ministro do STF, confirmando que o conceito de políticas públicas denomina a atuação do Estado a fim de garantir esses direitos, incluindo até mesmo a intervenção do poder público na sociedade caso seja necessário. São medidas e programas criados pelo governo dedicados a garantir o bem-estar da população.

As políticas públicas afetam a população de determinado país como um todo, mesmo que não sejam propriamente direcionadas a alguns, independente de gênero, raça, denominação religiosa ou camada social. A instituição da República e da democracia, as responsabilidades do representante popular se *transforma*ram, e assim pode-se dizer que uma das funções principais é a promoção do estado de bem-estar da sociedade, como demonstra CANOTILHO:

> O princípio da democracia económica, social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos económicos, sociais e culturais. (...) A actividade social do Estado é, assim, actividade necessária e objetivamente pública. (CANOTILHO, 2000, p. 342)

Além das características já apontadas, as políticas públicas também possuem a capacidade de trazer não apenas reflexão, mas também um sentimento de pertencimento e da noção de bem estar social nos cidadãos como um todo, pois elas afetam não apenas os indivíduos de um determinado grupo privado ou de integrantes de uma associação, por exemplo, mas sim de toda uma população de forma integral, mesmo que indiretamente no caso dos que estão fora do público alvo dessas políticas.

Apesar dessa falta de explicitação e positivação de normas que garantissem políticas públicas para essa população, que mais necessitava delas, é possível citar ações afirmativas que, mesmo tardiamente, aconteceram a fim de suprimir essas desigualdades sócio raciais que tiveram suas raízes formadas no regime escravista.

A Lei do Racismo (Lei n° 7.716/89)[6] e, posteriormente, a Lei de Cotas (Lei

6 BRASIL. Lei n°7.716, de 5 de janeiro de 1989. DOU, Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

nº 12.711/2012)[7] são, a título de exemplo, legislações criadas já na vigência da Constituição de 1988, que inseriram ações positivas com finalidade de pôr fim ao racismo estrutural e de promover a igualdade formal, que trouxeram mudanças significativas, no âmbito penal e no da educação, respectivamente.

Após sancionada a Lei de Cotas supracitada, o acesso à educação de nível superior e em instituições de ensino federais se tornou muito mais democrática, levando em 10 anos, 20% mais pretos, pardos e indígenas para a faculdade[8]. Diante de dados como este, fica claro como essa ação afirmativa impulsionou uma importante reestruturação do ensino oferecido por essas instituições, com a entrada de pessoas que, sem as cotas, não teriam as mesmas chances dos não cotistas.

Com isso, a análise dos estudos acerca das políticas públicas e ações promovidas pelo Estado no âmbito prestacional e assistencial, permite entender-se que o bem-estar da social está estritamente ligado ao dever do Estado como ente responsável por essas ações e programas desenvolvidos e à sua execução em áreas fundamentais para a garantia do princípio da dignidade humana, como saúde, educação, meio ambiente, habitação, assistência social, lazer, transporte e segurança, e com isso, atingir resultados satisfatórios de igualdade e inclusão social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados pode se concluir que, a abolição da escravidão em 1888, sem o acompanhamento de políticas públicas que versassem sobre a situação dessa população marginalizada tornou uma chaga que permanece aberta no coração do país até os dias atuais, impressa em forma de preconceito e segregação de indivíduos que necessitavam, desde a sua libertação no pós Lei Áurea, de um olhar mais humano e mais cuidadoso por parte das instituições sociais e do Estado.

Tais instituições tinham como obrigação garantir que essas pessoas fossem inseridas de maneira correta e respeitosa em uma sociedade paternalista e intolerante, e impedir que fossem colocados em posições subalternas e que houvesse o cerceamento da consumação dos direitos individuais e da garantia de cidadania dessa população.

7 BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. DOU, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

8 CAFARDO, Renata; LO RE, Ítalo. Lei de Cotas faz 10 anos: conheça trajetórias de cotistas. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 28 de agosto de 2022. Educação. Disponível em: https://www.estadao.com.br/educacao/lei-de-cotas-faz-10-anos-conheca-trajetorias-de-cotistas/ . Acesso em: 12 abr. 2023

Portanto, pode-se perceber que a falta de iniciativas que criassem programas de integração dos libertos na sociedade e de políticas públicas que pudessem regulamentar como se dariam as necessidades básicas dessa população, bem como o reconhecimento do direito de igualdade desses libertos em relação ao restante da população: branca e elitizada.

Os direitos sociais e as garantias fundamentais que lhes foram muitas vezes negados ou oferecidos de maneira duvidável - desde a saúde, educação, trabalho, moradia e assistência, até a igualdade e a dignidade humana - estão hoje reconhecidos e consolidados na Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais. Foram necessários 100 anos para que uma constituinte positivasse o básico inerente à toda população de maneira justa e igualitária, e reconhecesse que a garantia dos direitos sociais e fundamentais fosse de responsabilidade do Estado.

Ainda carregamos as marcas do abolicionismo tardio, assim como as heranças e bagagens negativas trazidas de um longo processo de enraizamento de preconceitos, estruturado sob uma óptica, não mais escancarada como antes, de políticas de branqueamento. É evidente que a discriminação se traduziu na ausência de zelo e na falta de políticas públicas que atingissem essa população.

Em toda a história do Brasil, e até nos dias atuais, a identidade racial no Brasil é regida pelas relações étnico-raciais entre os indivíduos, e mesmo num momento em que a população negra vem alcançando patamares de mínimas vitórias nos mais diversos âmbitos sociais - vitórias que deveriam se tornar comuns -, ainda assim é de consenso da população que as ações e políticas consistentes ainda são primordiais e necessárias para que seja possível reparar, mesmo que minimamente, um passado tão excludente, e conseguir minimizar os efeitos da prática do racismo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Aluísio. *O cortiço*. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997. (Bom Livro). Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2018. Acesso em: 15 jan. 2023.

BARBOSA, Lúcia Maria de Assunção; SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. *De preto a afro-descendente: trajetos de pesquisa sobre o negro, cultura negra e relações étnico-raciais no Brasil*. 1. ed. São Carlos, SP: EDUFSCar, 2003.

BARROS, Surya Aaronovich Pombo de (Org.) *O estado da arte da pesquisa em história da educação da população negra no Brasil*. Paraíba: SBHE/Virtual Livros, 2015. http://www.sbhe.org.br/e-books/sbhe-paraiba/sbhe-03. Acesso em 15 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição (1891)*. Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 nov 2022.

BRASIL. L*ei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.* DOU, Brasília, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. *Lei n°7.716, de 5 de janeiro de 1989.* DOU, Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 12 abr. 2023.

CAFARDO, Renata; LO RE, Ítalo. *Lei de Cotas faz 10 anos: conheça trajetórias de cotistas*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 28 de agosto de 2022. Educação. Disponível em: https://www.estadao.com.br/educacao/lei-de-cotas-faz-10-anos-conheca-trajetorias-de-cotistas/ . Acesso em: 12 abr. 2023.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7° edição. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CECATTO, Maria Aurea Baroni. *Cidadania, direitos sociais e políticas públicas*. São Paulo, SP: Conceito Editorial, 2011.

CHALHOUB, Sidney. *Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DIJK, Teun A. Van. *Racismo e discurso na América Latina*. 1. edição. São Paulo, SP: Contexto, 2008.

EDMUNDO, Luis. *O Rio de Janeiro do meu tempo*. Edições do Senado Federal ; v. 1. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1071. Acesso em: 12 abr. 2023.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. 5. edição. São Paulo: Globo, 2008.

FILHO, Walter Fraga. *Pós-abolição: o dia seguinte*. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e Vadiagem: A origem do trabalho livre no Brasil*. 2° edição. São Paulo, SP: Editora Paz e Terra, 1994.

LIBBY, Douglas Cole. *A escravidão no Brasil: relações sociais, acordo e conflitos*. Eduardo França Paiva. 2. ed. São Paulo, SP: Moderna, 2005.

MARINGONI, Gilberto. *História - O destino dos negros após a Abolição*. Revista Desafios do Desenvolvimento (IPEA), Ano 8, Edição n° 70, p. 34-42, 2011.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. atual Salvador, BA: JusPodivm, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Traduzido por Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Rio de Janeiro: Best-Bolso, 2010. (1ª edição: 1883).

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil, 1870-1930*. 1. edição. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

O DIREITO À INTERNET ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO MARCO CIVIL DA INTERNET E NA DIGNIDADE HUMANA: ALGUMAS POSSÍVEIS RELAÇÕES

THE RIGHT TO THE INTERNET AS A FUNDAMENTAL RIGHT BASED ON THE FEDERAL CONSTITUTION, THE MARCO CIVIL DA INTERNET AND IN HUMAN DIGNITY: SOME POSSIBLE RELATIONS

*Laura Carvalho Higino**
*Maria Eduarda de Andrade e Silva Pinto de Rezende***

Resumo: O presente artigo busca analisar a possibilidade do direito de acesso à Internet ser enquadrado como um dos direitos fundamentais, como consequência do avanço e da integração tecnológica na sociedade contemporânea. Para tanto, analisa conceitos pertinentes ao tema, além de buscar elucidar o papel do Marco Civil da Internet e da Constituição Federal na normatização da democracia digital no Brasil, de modo a assegurar o caráter disciplinar e jurídico da matéria. Em síntese, emprega a pesquisa bibliográfica como metodologia e, quanto ao procedimento, utiliza como fonte os procedimentos técnicos de coleta bibliográfica através de materiais obtidos pela doutrina, legislações, jurisprudência e artigos disponíveis na Internet.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direito Digital. Internet como Direito Fundamental. Marco Civil da Internet. Inclusão digital.

**Graduanda da 6ª fase do curso de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/3988256221903082. E-mail: lauracarvhigino@gmail.com.

**Graduanda da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/7823070753109543. E-mail: rezende.duda00@gmail.com.

Abstract: The present article aims to analyze the possibility of the right of access to the Internet being framed as a fundamental right, as a consequence of the development and the technological integration in contemporary society. To this end, it analyzes pertinent concepts of the theme, in addition to elucidate the role of the Marco Civil da Internet and the Federal Constitution in assuring standards of the digital democracy in Brazil, in order to ensure the disciplinary and legal character of the subject. Shortly, it employs the bibliographic research as the methodology and as for the procedure, it utilizes as sources of technical procedures of the bibliographic collection through materials obtained by doctrine, legislations, case law and available articles on the Internet.

Keywords: Human Dignity. Digital Law. Internet as a Fundamental Right. Marco Civil da Internet. Digital inclusion.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é originário de atividade acadêmica desenvolvida pelas autoras, no âmbito da graduação, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Tem-se, neste trabalho, o objetivo de analisar a possibilidade de tornar o acesso à internet um direito fundamental. Para responder ao questionamento final, se cabe alocar o uso da Internet como um direito humano e se tal ato está em conformidade com a teoria dos direitos e garantias individuais, será utilizada a metodologia bibliográfica.

A relevância da análise do objeto aqui pesquisado é revelada, principalmente, quando verifica-se a crescente importância dos meios digitais na sociedade, de modo global. Assim sendo, as reflexões aqui suscitadas buscam demonstrar que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no século XXI, estão relacionados ao direito à Internet, principalmente no Brasil, e possuem, como base, a Constituição Cidadã brasileira de 1998 e a Lei nº 12.965/2014.

Atualmente, é impensável a vida sem o acesso à Internet e aos meios digitais. Isto é, foi somente a partir da metade da década de 1990 que a coletividade passou a caminhar de mãos dadas com esses recursos, o que mudou completamente o modo de consumir informação, serviços, cultura, entre outros. Ainda, a Internet reduziu drasticamente – até eliminar – as fronteiras e a distância entre as pessoas do globo: com um clique, um cidadão do Brasil pode se comunicar com qualquer outro. Esses mecanismos de comunicação e informação estão intrinsecamente conectados ao cotidiano da sociedade que conhecemos, e desempenham diversas e variadas funções, como, v.g., a possibilidade de realizar transferências e paga-

mentos bancários através de aplicativos no celular. Dessa forma, a Internet está presente em todos os lugares e em todos os objetos, desde geladeiras até smartphones, sendo a responsável pelo avanço e difusão do mundo contemporâneo.

A criação da Internet ocorreu na chamada Terceira Revolução Industrial e, com o advento da Web (www), em 1989, passou a participar de todas as esferas sociais – desde a religião até a educação. Assim, a conectividade passou a ser possível em maior amplitude, de forma a instaurar novos paradigmas, bem como novas realidades, para a utilização da Internet na sociedade contemporânea, em geral. Com o surgimento das redes sociais – como, v.g., o twitter como plataforma de comunicação e informação, ou o linkedin como uma rede de negócios e assuntos profissionais – e com a crescente utilização do espaço virtual para fins acadêmicos, judiciais e profissionais, a utilização da esfera on-line deixou de ser um mero desejo e vontade do agente para se tornar, de maneira progressiva, uma necessidade comum.

Nesse sentido, o presente artigo abordará a importância da dignidade humana e o novo constitucionalismo, com o intuito de estabelecer um elo da sua adesão como um direito fundamental, ou seja, tratará da relação entre a dignidade do homem e a possibilidade do acesso à Internet. E, por fim, serão analisadas propostas de emenda para torná-lo um direito previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1998.

2. DESIGUALDADE DE ACESSO

Há, no que tange a possibilidade de acesso à Internet, uma desigualdade entre os cidadãos brasileiros, que encontra-se, muitas vezes, atrelada à falta de oportunidades, sendo uma situação comumente experimentada pelos indivíduos menos favorecidos economicamente. Assim, de modo a corroborar com a tese, o TIC Domicílios, em pesquisa realizada em 2020, divulgou que 26 milhões de indivíduos brasileiros – montante equivalente a 14% da população do país – nunca acessaram a Internet[1].

Segundo Pinheiro (2021), os países têm enfrentado dificuldades nas relações G2C[2], pela falta de penetração da Internet nos países latinos. De tal modo que a autora considera os projetos de inclusão digital como sendo fundamentais para evitar a marginalização do cidadão que não consegue acessar os serviços públicos pelo espaço virtual. Ademais, informa:

1 Dados obtidos na reportagem: "Decifrando a desigualdade digital no Brasil" - 03/12/2021 - Mercado - Folha (uol.com.br)

2 Government to Citizen — Governo e Cidadão.

> O Brasil vem tentando enfrentar essa exclusão digital atuando em duas frentes: uma trabalha a questão da educação; a outra, o acesso às máquinas, por meio da produção de equipamentos a um custo acessível e a instalação de terminais de computadores nas repartições públicas. Um projeto interessante foi posto em prática pela prefeitura de Santo André, no Estado de São Paulo — o Projeto Rede Fácil —, considerado uma das 100 melhores experiências mundiais pelo Habitat, Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos. Sem custar muito, o projeto oferece diferentes serviços, como solicitação de consertos ou segunda via do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), tudo sem excluir a parcela da população que não tem acesso à Internet, porque, além do serviço online, a prefeitura criou postos de atendimento e disponibilizou o serviço também pelo telefone. (PINHEIRO, 2021, p. 122)

Devido à desigualdade de acesso, as dificuldades de ascensão social e financeira tornam-se ainda mais evidentes, necessitando de esforços e, para tal, a promulgação do acesso à Internet como direito fundamental previsto pela Constituição Federal é de suma importância. Isso porque, a deficiência de acesso a esse direito suprime os demais previstos na Lei Maior, de forma a externar os embaraços da carência de igualdade de oportunidade. Ademais, segundo concepção do economista francês Serge-Christophe Kolm (2000, p. 294) "[...] a ideia é que todas as pessoas devem receber chances iguais na vida, que elas usarão segundo seus desejos, força de vontade e outras capacidades". Sob essa ótica, a ausência de contato – por alguns – aos meios digitais, ao resultar em impedimento de obtenção informativa, contribui para um "atraso" do indivíduo frente aos demais e, em sua decorrência, acentua desigualdades sociais ao não fornecer a todos chances iguais na vida. E esta diferença produz reflexos incontáveis, desde oportunidades de trabalho, de acesso às informações, de convívio social etc. O impacto torna-se ainda maior ao se considerar o contexto da pandemia da COVID-19, que fez com que todos adotassem o distanciamento social a fim de impedir a propagação do vírus e, durante tal período, o recurso cibernético foi considerado como sendo uma oportunidade para reduzir o isolamento entre os indivíduos. Entretanto, esse mostrou-se, para além, essencial para a prestação de certos serviços, como o trabalho e o ensino.

Desse modo, haja vista os danos causados em decurso do acesso destoante de alguns indivíduos ao ciberespaço, faz-se de substancial relevância a inserção do acesso à Internet como direito fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988. Assim, será possível uma gradual superação da desigualdade, ao buscar garantir condições mínimas para uma existência digna e compatível com a evolução e avanço dos meios digitais na vida global das pessoas.

Por fim, depreende-se, ainda, que a inserção como princípio constitucional o tornará, como mero consectário, um direito subjetivo. Ou seja, é a capacidade que

o sujeito possui de fazer valer o seu direito individual que foi previamente previsto pela norma legal. Ademais, trata-se de um direito relacionado à promoção de justiça social, de modo a assegurar acesso às oportunidades, devendo ser satisfeito, para além de prestações individuais, mediante serviços públicos disponíveis para todos.

3. NOVO CONSTITUCIONALISMO COM A IMPORTÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA

O Direito Constitucional contemporâneo ou, simplesmente, neoconstitucionalismo, foi a reorganização do Direito Constitucional ao colocar a Constituição – que, atualmente, tem papel de organizar e regular o poder e estabelecer direito e deveres – como documento norteador do ordenamento jurídico. Assim, o modelo de supremacia do Poder Legislativo transformou-se no modelo de supremacia da Constituição, rompendo com a tradição de utilizar a Magna Carta como um documento político antes que jurídico (BARROSO, 2020).

Tal mudança de paradigma é considerada como pós-positivista, uma vez que foi posterior ao positivismo jurídico, que dominou até meados do século XX, o qual buscava a objetividade científica, equiparando o Direito à lei, afastando-o de discussões sobre filosofia e justiça. Como expressão máxima desse modelo de organização jurídica, estava o jurista Hans Kelsen, com sua obra "A Teoria Pura do Direito", na qual buscava reduzir o Direito à norma jurídica e ao seu cumprimento.

Após as barbáries e horrores vivenciados nos regimes nazifascistas na Europa, mostrou-se necessário a instauração de um novo Direito. Nesse contexto, o pós-positivismo foi recebido como a superação do conhecimento convencional e como uma reaproximação dos princípios de justiça que fundaram o jusnaturalismo, se apresentando, em certo sentido, como uma *terceira via* (BARROSO, 2020) entre essas concepções. Ainda, se inspirou na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Dessa forma, entende-se que seu propósito foi reaproximar o direito da ética e da moral, valorizando a dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim:

> neoconstitucionalismo (...) identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica." (BARROSO, 2020, p. 259).

Sob a perspectiva de Immanuel Kant, ao tratar o ser humano como um fim em si mesmo, ou seja, não como meio para obtenção de fins alheios, obtêm-se a noção contemporânea da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008, p. 22). Desse modo, na superação do positivismo formal experimentado até a Segunda Grande Guerra, os países, quando buscaram uma reaproximação entre ética e Direito, com a inclusão da primeira no corpo das Constituições, utilizaram Kant, por possuir um sistema ético que valorizava a dignidade do homem, além de ser um autor liberal – desejado pelas questões históricas e sociais delicadas vivenciadas no período. Conforme aponta Marcelo Novelino:

> O constitucionalismo moderno europeu passou por significativas mudanças após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945). Enquanto algumas constituíram verdadeiras inovações, outras refletiram de experiências anteriores. Essa nova fase do constitucionalismo é denominada, por parte da doutrina, de neoconstitucionalismo. (NOVELINO, 2015, p. 54).

Ademais, é importante frisar que esse novo modelo não foi um processo único e linear nos diferentes Estados do globo; em cada um, teve especificidades e peculiaridades próprias. A reconstitucionalização da Europa ocorreu diretamente após a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945) e no decorrer do final do século XX, redefinindo a influência e importância do processo constitucional sobre as instituições e a sociedade contemporânea. Contudo, no Brasil, somente em 1988 que esse processo ganhou voz. No período do pós Ditadura Militar (1964 - 1985) e da redemocratização, ocorreu a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que redigiu e aprovou a Constituição Federal de 1988, que organizou e regulou o poder de maneira democrática para suportar possíveis e futuras crises políticas e estabeleceu os direitos e deveres, além de apresentar uma hierarquia máxima no ordenamento jurídico brasileiro (SCHWARCZ; STARLING, 2018). Dessa forma, foi somente com a Lei Maior que os valores morais compartilhados pela comunidade, em dado momento ou lugar, materializam-se em princípios salvaguardados, explícita ou implicitamente, por esse documento.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que atua como fonte direta de direitos e, consequentemente, deveres e, ainda, é regra formadora de toda a ordem jurídica. Em vista disso, muitas vezes aproxima-se do princípio jurídico do bem-estar social, à medida que os padrões mínimos de existência deste estão relacionados com a vida digna, haja vista que são igualmente indispensáveis para tal fim (BARCELLOS, 2020).

Para além, é notável que haja classificação minimalista – núcleo duro –, como, v.g., ter laicidade, universalidade e neutralidade política, para seu entendimento ser aberto, plural e plástico, e, assim, conceder densidade normativa (BARROSO, 2020). Em vista disso, temos que:

> a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2019, p. 62)

Nessa lógica, entende-se que o constitucionalismo democrático tem como princípio formador e objetivo a dignidade da pessoa humana – princípio jurídico de *status* constitucional que tornou-se imperativo moral e consenso ético no mundo ocidental. Esse cânone funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, e, também, é a bússola que norteia a melhor solução de conflitos e lacunas, tendo todos os ramos do direito bebendo desta fonte. Assim, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula (BARROSO, 2020, p. 246). Para além disso, a dignidade humana pode ser dita como sendo um fenômeno anterior e externo à ordem jurídica. Ou seja, relaciona-se ao valor intrínseco do ser humano, na qual os direitos independem do ordenamento.

Na dimensão jurídica da matéria, a dignidade humana relaciona-se com os direitos fundamentais ou humanos[3]. Em outras palavras, embora a dignidade não se esgote com os direitos humanos, essa será efetivada quando o indivíduo tiver estes sendo respeitados e realizados, seja por prestação positiva ou negativa do Estado. No que tange à interpretação, o intérprete deve escolher, quando o enunciado normativo comporta mais de um sentido, aquele que melhor promove e protege a dignidade das pessoas.

3 Alguns autores atribuem sentidos diversos às terminologias. Desse modo, os direitos humanos referem-se aos direitos metafísicos derivados da natureza humana, sendo, assim, a expressão utilizada no plano internacional e adotada pelo Brasil quando no contexto das relações internacionais e tratados firmados pelo país na matéria dos direitos humanos. Enquanto os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pelo ordenamento positivo. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*, 1997, p. 347 e ss. A Constituição Federal de 1988 utiliza o termo "direitos fundamentais da pessoa humana" uma vez (art. 17) e "direitos e garantias fundamentais" (art. 5º, § 1º). Ao passo que "direitos humanos" aparece algumas vezes (art. 4º, II; art. 5º, §3º; art. 109, §5º). Confira-se: BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 181. Neste estudo, as terminologias serão utilizadas indistintamente.

Outrossim, é importante destacar o papel que, atualmente, o acesso à Internet tem no cotidiano dos cidadãos do planeta. Hoje, a Internet parou de ser um privilégio de poucos e passou a ser a necessidade de muitos, contudo, apesar da expansão do papel da rede virtual no dia a dia do brasileiro, ainda existe uma grande massa de indivíduos que não possuem acesso a esse bem[4], tendo em vista a grande desigualdade social e econômica existente, que se revelou, de maneira mais explícita, com a pandemia do COVID-19, como posteriormente será elucidado. Com isso, entende-se que é necessário fundir o acesso à Internet ao rol de direitos fundamentais e atribuí-lo força constitucional, a fim de garantir a inclusão social e conceder as condições mínimas para uma vida digna e honrada.

No fim, não só o direito ao acesso que se deixa em voga, mas também os direitos surgidos com a utilização da Internet, à medida que "a Internet possui uma forte capacidade de promoção do conhecimento e de desenvolvimento das capacidades e habilidades de um indivíduo" (Moraes e França, 2014, p. 3). Portanto, reconhece-se que o direito ao acesso à Internet sustenta outros direitos básicos para a dignidade da pessoa humana, mostrando cada vez mais a necessidade de normatizá-lo como direito fundamental.

4. ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONTEMPORÂNEO

Os documentos legislativos da Antiguidade e da Idade Média – legislação dos povos germânicos, por exemplo – já demonstravam uma preocupação em afirmar os direitos fundamentais da população. No entanto, não dissociavam-se dos preceitos morais e religiosos do período. Tendo a separação entre os preceitos jurídicos e morais ocorrido notoriamente com o jusnaturalismo do século XVII e que inspirou as Declarações de Direitos do século seguinte (DALLARI, 2016, p. 204-205). Estas trouxeram, ao incorporarem as convicções políticas dos filósofos do iluminismo, por exemplo, como John Locke, Voltaire, Montesquieu, os ideais da ilustração.

> Ilustração é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. (...) Mas, para esta ilustração, nada mais se exige do que a liberdade; e, claro está, a mais inofensiva entre tudo o que se pode chamar liberdade, a saber, a de fazer um uso público da sua razão em todos os elementos. (KANT, 1784, p.11)

4 Dados obtidos na reportagem: "Decifrando a desigualdade digital no Brasil" - 03/12/2021 - Mercado - Folha (uol.com.br).

No decurso da evolução histórica ocidental, com o desenvolvimento do positivismo jurídico, a moral foi afastada do Direito. Entretanto, após os acontecimentos da II Guerra Mundial, os direitos fundamentais da pessoa humana voltaram ao palco de discussão, tendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, proclamado[5], que toda pessoa tem direito à segurança social e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis. Com isso, os países passaram a adotar a prática de inserir em suas Constituições um capítulo tratando dos direitos e garantias individuais e coletivos, justamente porque, desse modo, as normas passam a adquirir plena eficácia.

Algumas correntes jusfilosóficas tentam buscar um fundamento para os direitos fundamentais, com o intuito de reforçá-los no plano do ordenamento positivado. Entretanto, o fundamento absoluto é ilusório, devido à variedade dos direitos definidos como fundamentais, podendo, em alguns casos, a busca do fundamento ser um pretexto para a defesa de posições conservadoras (BOBBIO, 2004, p.12-15). Tendo o autor utilizado as dificuldades postas aos direitos sociais pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade, na qual a oposição contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade como exemplo dessa ocorrência.

Os direitos fundamentais são classificados, de acordo com a evolução histórica e com o período no qual foram positivados, em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão[6]. Ademais, são direitos protetivos, ou seja, buscam garantir o mínimo necessário para que o indivíduo consiga uma existência digna e, têm como características serem universais, históricos, imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e relativos. O professor José Afonso da Silva faz a seguinte asserção (2011, p. 178):

> No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que

5 PARIS, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 22. Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, em harmonia com a organização e os recursos de cada país.

6 SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2009, p.45. Segundo o autor, "Com efeito, não há como negar que reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina".

> a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Na perspectiva do jurista Paulo Bonavides (2006, p. 571), os direitos de quarta geração estão relacionados à globalização de direitos, de tal forma que dele se deduzem os direitos à democracia e à informação. Ademais, salienta serem esses resultantes da globalização, de modo que derivam, principalmente, dos avanços tecnológicos.

Como anteriormente mencionado, a tecnologia tem se desenvolvido a largos passos e, com a crescente importância do meio digital na vida cotidiana social, faz-se necessário a adesão do direito à Internet como um direito de todos e para todos. Assim, visando esse fim, a Lei nº 12.965/2014 traz, em seu artigo 4º, que a disciplina do uso da Internet no país tem como objetivo promover o direito de todos ao acesso à Internet. Todavia, faz-se imprescindível acrescentá-lo à Constituição Federal de 1988, para que passe a adquirir eficácia máxima.

O avanço tecnológico mostra-se sendo experimentado em esfera global, no entanto, devido ao elevado nível de desigualdade social presente no Brasil, nem todos os cidadãos possuem um acesso à Internet minimamente equiparável. Assim, a problemática discrepância no grau de possibilidade da utilização do ciberespaço fez-se notável durante a pandemia da COVID-19 – iniciada em 2020 e que tornou necessário o ensino remoto, tanto nas escolas quanto nas universidades – de modo que demonstrou, segundo dados do "TIC Domicílios 2019[7]", do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, que aproximadamente 30% dos lares no Brasil não têm acesso à Internet. Logo, depreende-se que a pandemia vivenciada na segunda década do século XXI apenas elucidou a grande desigualdade na utilização da Internet no país. Mediante o exposto, através de sua adesão como direito fundamental, é possível que a população passe a cobrar uma postura mais ativa dos Poderes, de modo a mitigar os impactos de curto, médio e longo prazo causados pela falta de um acesso minimamente igualitário ao meio digital e que afetam, principalmente, os indivíduos menos favorecidos financeiramente.

Entretanto, compreende-se que mesmo com o enquadramento do acesso à Internet como direito fundamental, tornando-se, desse modo, um direito subjetivo – posições jurídicas que podem ser sindicáveis judicialmente, as quais, quando descumpridas, geram para o titular uma pretensão, que nada mais é que a possibilidade de exigir em juízo a garantia e cumprimento do seu direito particular –,

7 Para obtenção de informações mais detalhadas acerca dos dados fornecidos, consultar o link: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/26/66percent-dos-brasileiros-de-9-a-17-anos-nao-acessam-a-internet-em-casa-veja-numeros-que-mostram-dificuldades-no-ensino-a-distancia.ghtml.

sua interpretação e aplicação é cingida por complexidades. Em outros termos, as normas de direitos fundamentais, por frequentemente apresentarem natureza de princípios, podem vir a sofrer restrições, ou seja, ceder diante de determinadas situações fático-jurídicas, além de estarem sujeitas à ponderação mediante demais direitos fundamentais (BARROSO, 2020, p. 494). Destarte, a sua inclusão como direito fundamental não implica, automaticamente, em sua prevalência sobre demais direitos, significando, apenas que possuirá maior sistematização e relevância no sistema jurídico brasileiro.

A Lei nº 12.965/14 – ordenamento jurídico infraconstitucional –, para além de dispor sobre as especificidades técnicas do uso da Internet, sendo um dispositivo importantíssimo para a responsabilização civil por conteúdo de terceiros, delibera rapidamente sobre o direito ao acesso à Internet como sendo um de seus objetivos, por considerá-lo como essencial para a cidadania[8].

Na perspectiva do Damásio de Jesus, em sua obra "Marco Civil da Internet: comentários à *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*", a Internet deve proporcionar acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução de assuntos públicos (JESUS, 2014, p. 24). Dessa forma, ainda que existam contradições quanto ao acesso da população aos meios digitais, mostra-se possível o reconhecimento da importância dessa tecnologia nas relações sociais contemporâneas (FIORILLO, 2014). Por fim, ao analisar o art. 4º da Lei n. 12.965/2014, estabelece:

> Trata-se preliminarmente de se alcançar a denominada inclusão digital (art. 4º, I e II) como direito básico, verdadeira regra superior a ser observada em face do piso vital mínimo (art. 6º da CF)59 no sentido de promover o bem de todos independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade bem como quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). (FIORILLO, 2015, p. 40)

8 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Art. 7. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania [...]
Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
I - do direito de acesso à internet a todos;
II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.
Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:
I - promover a inclusão digital;
II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e
III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Nesse sentido, infere-se que o Marco Civil da Internet forneceu, em um momento no qual a Internet não possuía a dimensão atual (foi promulgado no ano de 2014, tendo o projeto tramitado entre as casas legislativas desde 2011), à medida que, por exemplo, os cursos de modalidade a distância ainda não haviam se proliferados e o home office pouco era utilizado, o estímulo inicial para a garantia do acesso universal ao meio digital. Portanto, esse primeiro momento foi de suma importância, sendo notável e inovador para o período no qual foi criado.

No entanto, a humanidade experimenta uma revolução tecnológica exponencial, que evidencia o surgimento de novos direitos ou a reformulação dos mesmos, demonstrando a necessidade de ampliá-los. Ademais, a Constituição Federal de 1988 pelo seu art. 5º, § 2º[9], reconhece o caráter aberto do catálogo de seus direitos e garantias expressos. Em conjunto, ressalta-se a noção de que os Direitos Humanos, por serem construções históricas, variam em conteúdo ao longo do tempo, correspondendo, porém, aos valores morais daquele período. Diante desta realidade, a concepção dos direitos fundamentais deve buscar acompanhar os avanços humanos da época, sendo tal adaptação possível de ser realizada, haja vista que o parágrafo segundo, do art. 5º da Constituição Federal, por possuir cláusula de abertura, possibilita a colocação do acesso à Internet como direito fundamental.

Nesse sentido, entende-se como direito fundamental a incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico doméstico, através de previsão expressa ou implícita na Constituição Federal, ou, ainda, no bloco de constitucionalidade[10] (BARROSO, 2018). São formados por uma conciliação de valores morais, conquistas históricas e razão pública, visando a justiça social, a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, tanto na esfera individual como na esfera coletiva. Para além disso, Barroso (2018, p. 527) afirma que "[...] uma das características do direito contemporâneo é a incidência dos direitos fundamentais também nas relações privadas, em ponderação com o princípio da autonomia da vontade".

Para mais, visando demonstrar tanto o entendimento internacional quanto a necessidade do meio digital para todos, a Organização das Nações Unidas definiu

9 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art.5 [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

10 De origem francesa, a noção do bloco de constitucionalidade abrange tudo o que se considera constitucional no ordenamento jurídico, não somente o texto constitucional, que é tido como um de seus elementos. Nesse sentido, no Brasil, tratados internacionais são incorporados ao nosso ordenamento, assim como direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros provenientes de princípios ou regimes por ela adotados – art. 5º, §2º, CRFB/1988.

a conectividade como um direito fundamental e a sua organização para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), por meio da *General Conference*, apoiou a universalização da Internet. Outrossim, a inclusão do direito de acesso ao ciberespaço como direito fundamental é um mero consectário dos novos desenvolvimentos tecnológicos, haja vista que diante da necessidade de proteção da pessoa humana – por priorizar seus interesses existenciais – mostra-se necessário que o Direito Contemporâneo o tutore de modo mais efetivo e regular.

Nesse ínterim, há a ADI 6089, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que, embora trate mais especificamente quanto à competência dos entes federativos em matéria de telefonia, determinou a inconstitucionalidade de lei do Ceará que vedava o bloqueio do acesso à Internet quando do esgotamento da franquia de dados. Em conjunto, em decisão da 7ª Câmara Cível do TJ-RJ, o relator Desembargador Ricardo Couto de Castro, ao proferir decisão no Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0052499-24.2021.8.19.0000, em sua fundamentação, argumenta reconhecendo o acesso a Internet como direito de todos:

> Considerando-se que o serviço já vem sendo prestado há mais de 2 (dois) anos na localidade, a sua interrupção abrupta redunda em prejuízos a todos os envolvidos, principalmente *nos dias atuais onde os serviços de telecomunicações e acesso a internet constitui direito de todos (art. 4º, I, da Lei* 12965/2014) e é essencial ao exercício da cidadania. (grifos nossos)

Ainda, a ADPF 403, apesar de não tratar com especificidade do acesso ao espaço virtual, demonstrou que a decisão proferida por juiz da Vara Criminal de Lagarto (SE), suspendendo do país o serviço do aplicativo digital "WhatsApp" violava o direito fundamental de liberdade de expressão. Por fim, a Lei nº. 9.701, de 25 de fevereiro de 2013, do Rio Grande do Norte, define os Centros de Inclusão Digital (*lan houses*) e os reconhece, em seu artigo primeiro, como sendo de especial interesse social para universalização do acesso à rede mundial de computadores – Internet, sendo também considerados entidades prestadoras de serviços multipropósitos.

Faz-se importante sanar um válido questionamento sobre o enquadramento do direito de acesso à Internet como um direito fundamental previsto pela Carta Constitucional que relaciona-se ao fato de que estes, são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Enquanto o acesso aos meios digitais pode ser largado de mão pelo indivíduo. A título de exemplificação, uma pessoa pode escolher abandonar sua rotina nos centros tecnológicos e optar por viver isoladamente em alguma ilha sem acesso aos meios sociais. Assim, a dúvida que pode vir a ocorrer em uma primeira análise seria: Por que enquadrá-lo como sendo um direito fundamental se

não obedece a esses três pressupostos?

Para responder tal indagação, deve-se recordar que a regra da imprescritibilidade não é absoluta, por existirem direitos que podem ser atingidos pela prescrição e a exemplo, o direito de propriedade pode prescrever pela usucapião. Assim como na inalienabilidade, onde os direitos que possuem essa característica são os relacionados a resguardar a potencialidade do homem e sua autodeterminação. Por último, no que tange a imprescritibilidade, que determina que não é aplicável o desaparecimento do direito pelo lapso temporal, o direito de acesso à Internet é sempre exercível ou possível de ser exercido.

Embora em muitos momentos seja de livre escolha utilizar ou não a Internet, fato é que sua ausência, quando falta ao cidadão a capacidade decisória em utilizá-la ou não, acarreta a este indivíduo prejuízos diversos em seu cotidiano e que não foram escolhidos por ele possuir. A vista de exemplificação, o exercício da cidadania (art. 1º, inciso II, CF/88) depende da Internet para ser efetivado, à medida que muitos serviços eleitorais e fiscalização do Poder pela população necessitam da Internet para sua eficácia, assim como o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CF/88) depende da tecnologia para que seja garantido. Para além disso, o acesso à Internet é um mecanismo capaz de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III, CF/88), sendo também instrumento para o direito à livre manifestação do pensamento, uma vez que, no século XXI, ocorre majoritariamente pelos meios tecnológicos. Assim, o que busca-se ao enquadrar o acesso à Internet como direito fundamental é, principalmente, garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais, à proporção que a Internet tem se mostrado um meio cada vez mais marcante nas relações globais (BATISTA; FREIRE, 2014).

Para mais, os direitos fundamentais possuem propriedades formais e materiais. As propriedades formais estão relacionadas às suas fontes (inserção no capítulo dos direitos fundamentais, no texto constitucional, no bloco de constitucionalidade ou sendo reconhecido seu caráter fundamental por parte da jurisprudência constitucional), enquanto as materiais relacionam-se com a proteção do indivíduo, com a democracia, com a igualdade e satisfação do mínimo existencial. Para que um direito subjetivo seja reconhecido como direito fundamental, deve possuir pelo menos uma propriedade formal e uma outra material (PULIDO, 2010, p.34). Assim, para que o direito de acesso à Internet seja considerado um direito fundamental, necessita possuir uma das propriedades formais acima enunciadas, à medida que a simples menção na Lei nº 12.965/2014 não é suficiente para tal. Já no que tange

ao elemento material, relaciona-se, no mundo globalizado experimentado, a um modo de garantir, para além dos demais direitos fundamentais, principalmente a igualdade e a satisfação de determinadas necessidades básicas.

5. POSSIBILIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA INCLUSÃO DA INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Correu no Congresso Nacional a possibilidade do direito de acesso à Internet tornar-se um direito fundamental, por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 8 de 2020 que, embora tenha tramitado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, teve sua propositura arquivada ao final da legislatura, de modo que a matéria não chegou a correr na Câmara dos Deputados. Seu primeiro signatário foi o senador Luiz Pastore (MDB-ES) e, de acordo com o político, pela Internet estar se transformando no principal veículo de informação, torna-se um elemento essencial para o desenvolvimento pleno da cidadania e para o crescimento profissional. A PEC 8/2020 buscou alterar os art. 5º, 6º e 215 da Lei Maior, para assegurar a todos os residentes no País o acesso à Internet.

Ademais, deve-se ressaltar que já houve diversas propostas de emenda à Constituição, com o fim de acrescentar o direito de acesso à Internet como direito fundamental previsto na Constituição Cidadã de 1988. A primeira, PEC nº 6/2011, cujo primeiro signatário foi o Senador Rodrigo Rollemberg, pretendia incluir, no art. 6º da Carta Constitucional, o direito ao acesso à Rede Mundial de Computadores (Internet). A proposta chegou a ser aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, todavia foi arquivada devido ao final da legislatura. Ainda, há a PEC nº 185/2015, de iniciativa da Câmara dos Deputados, que foi desarquivada em 2019 e busca "*acrescentar o inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, para assegurar a todos o acesso universal à Internet entre os direitos fundamentais do cidadão.*".

Para título de análise e demonstração, na sentença nº 2009-580 DC[11], de 2009, o Conselho Constitucional Francês reconheceu o acesso à Internet como sendo um direito básico, por derivar-se do art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1978. Ademais, a Finlândia, no ano de 2010, decretou o direito de acesso à banda larga como sendo um serviço básico aos seus cidadãos, se comprometendo a fornecer para todos o acesso à internet, com velocidade mínima de

11 Informação obtida através de texto online publicado na Enciclopédia Jurídica da PUC-SP: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/538/edicao-1/direito-de-acesso-a-internet-

um megabit por segundo[12].

Para mais, a título de modelo, a Emenda Constitucional 115/22, originária da PEC 17/2020, inseriu o inciso LXXIX, ao artigo 5º da Carta Magna, de modo a assegurar o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Demonstrando, assim, a percepção por parte do legislativo da necessidade de adaptação e inserção dos direitos no que tange aos meios de tecnologia digitais. Sob esse viés, deve seguir o mesmo rumo o direito de acesso à Internet, pois, caso contrário, poderá vir a ocorrer, no futuro, uma exclusão fortíssima dos menos favorecidos do convívio social e dos benefícios possíveis de serem obtidos através do ciberespaço.

Isto posto, com a promulgação deste como sendo um direito fundamental, passa a possuir aplicabilidade direta, ou seja, passa a vincular diretamente todos os atores públicos. Em conjunto, implica a observância das exigências da reserva legal, além de possuir *status* normativo superior ao encontrado nas Leis Infraconstitucionais. Desse modo, o reconhecimento como sendo um direito social previsto na Constituição Federal, fornecerá relevantes benefícios à população da República Federativa do Brasil, ao permitir que façam parte dos avanços tecnológicos, por ser um mecanismo de progresso da nação. Assim, considerando que a vida faz-se cada vez mais presente nos meios digitais, é necessário buscar garantir que todos consigam, indistintamente, acesso.

Por fim, sua admissão na Lei Maior servirá como norte interpretativo, relacionando-se com a realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Assim, permitirá, nos casos de ausência de políticas governamentais, a possibilidade de exigência judicial de tutela e cumprimento do direito à Internet.

6. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo foi possível apresentar reflexões acerca da relevância da Internet na sociedade contemporânea e seu vínculo com os demais direitos constitucionais, para além dos desdobramentos tecnológicos do mundo atual. Nessa perspectiva, após análise legal, doutrinária e jurisprudencial foi possível evidenciar a importância da incorporação do direito ao acesso à internet no bloco de constitucionalidade, para expandir a sua atual força infraconstitucional.

Nesse sentido, foi possível mostrar que ocorreu uma expansão e evolução do papel

12 Informação obtida através de notícia publicada no jornal digital da BBC News Brasil: Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei - BBC News Brasil

do ciberespaço na vida social coletiva, uma vez que a Internet transformou-se num instrumento precioso, pois, para além da conjectura informacional e comunicativa, esse meio mostra-se como mecanismo para o exercício dos demais direitos, como o direito à educação e à liberdade de expressão. Demonstra-se, dessa forma, a relevância e urgência da inserção desse direito no rol dos direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal.

Para mais, foi necessário evidenciar que, em conjunto a essa evolução do papel da Internet na rotina dos indivíduos, o Direito Constitucional Contemporâneo, que tem como pilar e princípio norteador a dignidade humana, mostra-se como sendo de suma importância para assegurar a inclusão social e uma condição mínima de igualdade e de uma vida digna, reiterando a necessidade de aplicação do direito de acesso à Internet como direito fundamental, visando o seu comprimento de modo mais efetivo e regular.

Além disso, foi possível expor que essa garantia já foi proposta em resoluções internacionais como a da Organização das Nações Unidas (ONU), além de já estar previsto como princípio em lei infraconstitucional, no Marco Civil da Internet, o que demonstra ser um vislumbre da possibilidade de internalização do acesso ao *world wide web* no catálogo rígido de direitos e garantias constitucionais da Constituição Cidadã brasileira. Sob essa ótica, será possível minimizar as estatísticas que demonstram a alta porcentagem de indivíduos que não usufruem desse importante instrumento.

Ainda, sendo os direitos construções históricas que variam de acordo com os valores morais e as necessidades sociais de cada período, foi possível demonstrar que, ainda que revolucionário para a época, o Marco Civil da Internet não resguarda ou tem a força normativa necessária para proteger e garantir as necessidades da sociedade atual.

No que tange a caracterização, nos aspectos jurídicos da matéria, do direito de acesso à Internet como podendo ser um direito fundamental, procurou-se demonstrar que o fato de ser capaz de alienação e prescrição não torna impossível o seu enquadramento no rol dos direitos fundamentais. Assim, sua ocorrência poderá se dar pela inserção direta no capítulo destes, pela inserção no texto constitucional, no bloco de constitucionalidade ou pelo reconhecimento como sendo fundamental por parte da jurisprudência.

Em suma, não resta dúvida que o reconhecimento pela Constituição Federal do acesso à Internet como um direito fundamental trará incontáveis benefícios e melhorias a todos os cidadãos brasileiros, proporcionando uma melhor qualidade de vida, a evolução da sociedade como um todo e, consequentemente, ponderando o nível de evolução do país. Logo, infere-se a relevância da promulgação da proposta de emenda que visa torná-la um direito previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e que encontra-se, no momento, aguardando a designação do relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

BATISTA, Sueli Soares dos S.; FREIRE, Emerson. *Sociedade e Tecnologia na Era Digital*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788536522531.

Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536522531/. Acesso em: 24 jan. 2023.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: Constituição (planalto.gov.br). Acesso em: 12 jun. 2022

BRASIL. *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: L12965 (planalto.gov.br). Acesso em: 12 jun. 2022

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da Constituição*. 7ª edição. [S.I.]: Edições Almedina, 1997

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª ed. [S.I.]: Saraiva, 2016, p. 204 e ss.

FERRARI, Marcos. Decifrando a desigualdade digital no Brasil. *Folha de São Paulo.* 03 dez. 2021. Disponível em: Mercado - Folha (uol.com.br). Acesso em: 15/04/2022

Finlandeses passam a ter acesso à banda larga garantido por lei. *BBC News Brasil.* 1 jul. 2010. Disponível em: Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei - BBC News Brasil. Acesso em: 19/12/2022.

FIORILLO, Celso Antônio P. *O Marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação - Comentários à Lei n. 12.965/2014*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502627741. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627741/. Acesso em: 19 dez. 2022.

FIORILLO, Celso Antônio P. *Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação : a tutela jurídica do meio ambiente digital*. 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502230644. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502230644/. Acesso em: 18 dez. 2022.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GUARDI, Karina Joelma Bacciotti Selingardi. *Direito de acesso à internet*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/538/edicao-1/direito-de-acesso-a-internet- Acesso em: 06/04/2022

JESUS, Damásio Evangelista D.; OLIVEIRA, José Antônio M. Milagre D. *Marco Civil da Internet : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502203200. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203200/. Acesso em: 18 dez. 2022.

KANT, Immanuel. *"Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?". In: Da paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1990.

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2021.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*.1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.294

MARQUES, Glauco Marcelo. Transformação digital e o acesso à internet como direito fundamental. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Encontro Virtual, v.6, n.2, p. 57 - 74, jul/dez. 2020. Disponível em: Projeto de pesquisa (semanticscholar.org). Acesso em: 11 nov. 2022.

MORAES, Eduardo de Abreu; FRANÇA, Viviane Souza. *Acesso à internet banda larga como direito fundamental do cidadão. Publica Direito*. Minas Gerais, 2014. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5159f683253665f2. Acesso em: 20/10/2022.

NATHANY, Morgana. Proposta inclui na Constituição o direito de acesso à internet. *Senado Notícias.* 13 mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/13/proposta-inclui-na-constituicao-o-direito-de-acesso-a-internet. Acesso em: 24/04/2022

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. Salvador: JUSPODVM, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos,* 1948. Disponível em: Declaração Universal dos Direitos Humanos (unicef.org). Acesso em: 22 jun. 2022.

PINHEIRO, Patrícia P. *Direito Digital*. 7ª. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598438. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598438/. Acesso em: 17 dez. 2022.

PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *Revista de direito do Estado*, Encontro Virtual, ano 5, nºs 19-20, p. 17 - 35, jul./dez. 2010, p.34

RIO GRANDE DO NORTE. *Lei n. 9.701 de 25 de fevereiro de 2013*. Disponível em: Lei Ordinária 9701 2013 de Rio Grande do Norte RN (leisestaduais.com.br). Acesso em: 19 nov. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. M. *Brasil: uma biografia*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. (impresso).

TENENTE, Luiza. 30% dos domicílios no Brasil não têm acesso à internet; veja números que mostram dificuldades no ensino à distância. *G1.Globo*. 26 maio 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/05/26/66percent-dos-brasileiros-de-9-a-17-anos-nao-acessam-a-internet-em-casa-veja-numeros-que-mostram-dificuldades-no-ensino-a-distancia.ghtml. Acesso em: 24/04/2022

TOMIZAWA, Guilherme. A eficácia material do "acesso à internet" como um direito fundamental no ordenamento pátrio: inclusão digital e políticas públicas no Brasil. *Revista Temas Sócio Jurídicos*, Encontro Virtual, v.33, n.66, p. 187 - 213, junho de 2014. Disponível em: TEMAS JUNIO 2014 (unab.edu.co). Acesso em: 23 out. 2022.

EUTANÁSIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS QUE IMPOSSIBILITAM A PRÁTICA NO BRASIL

EUTHANASIA AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: ETHICAL-LEGAL ASPECTS THAT PRECLUDE THE PRACTICE IN BRAZIL

*Jordana Seixas X. Abrantes Diniz**
*Maria Rayane Dias Alves***

Resumo: O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não se encerra em sua medida reguladora, mas também traz o aspecto moral em sua composição. Essa realidade resulta na dicotomia em que, de um lado, há aqueles que indicam a compatibilidade desse princípio com a prática da eutanásia, sob a perspectiva de concessão de uma morte humanizada. E, por outro lado, estão os que atestam a inviolabilidade da vida, o compreendendo como direito crucial diretamente proporcional à dignidade. Nesse parâmetro, o referido trabalho tem por objetivo principal explorar a possibilidade da recepção da eutanásia pelo ordenamento legal brasileiro – que, no tempo presente, prevê a ilicitude da prática – baseando-se no marco do princípio da dignidade da pessoa humana. Introdutoriamente, ter-se-á, sobretudo, uma abordagem conceitual indispensável para entender a eutanásia e diferenciá-la do suicídio assistido. O segundo capítulo focará em localizar a eutanásia dentro do sistema jurídico, enquanto o seguinte nas desconformidades e, especialmente, nos paralelismos entre a dignidade da pessoa humana e a eutanásia. O último capítulo objetiva gerar indagações acerca do controle do Estado brasileiro ao proibir tal comportamento, além de expor países onde, de forma contrária, a eutanásia é admitida. Trata-se, de forma geral, de estudo qualitativo, com utilização de fontes bibliográficas e documentais.

Palavras-chave: Eutanásia. Morte. Dignidade da pessoa humana. Estado. Vida.

Graduanda da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/7718027212472167. E-mail: jojords@hotmail.com.

Graduanda da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/1442378610242240. E-mail: rayane18cz@gmail.com.

Abstract: The article's objective is analyzing the Brazilian indigenous peoples' genocide through the concept of genocide in international law. For this, we used the deductive method, through bibliographic research and real case studies. We start from the premise that the Brazilian State perpetuate indigenous extermination policies since the sixteenth century, with this research question: how did the Covid-19 pandemic influenced these genocide policies? We used normative provisions present in the Brazilian legal system do conceptualize genocide, in addition to the origin of the term in the work of Raphael Lemkin. We present important international judgments on genocide, such as the holocaust and the Armenian genocide. For the conceptualization of indigenous genocide in Brazil, we present relevant cases that may or may not be studied from the perspective of genocide: the smallpox epidemic in the 16th century, the cases of trafficking of indigenous children in the 19th century and the problems which rose after the creation of the Indian Protection Service, in the 20th century. Currently, we also link the Covid-19 pandemic with indigenous genocide. Finally, we deal with possible actions that could be taken in international law in relation to cases of indigenous genocide in Brazil.

Keywords: Euthanasia. Death. Dignity of the human person. State. Life.

1. INTRODUÇÃO

Embora seja uma condição natural do ser humano, é uma realidade que a morte e as temáticas que a envolvem costumam assustar muitas pessoas, e, inclusive, serem assuntos evitados em diálogos. Isso decorre, dentre diversas razões, pela associação com sentimentos negativos, tais quais tristeza, medo e luto, além de influências religiosas. Todavia, a morte continuará sendo uma questão social e pertencente ao ciclo da vida, devendo ser tratada dignamente em qualquer situação. É evidente, nesse cenário, que o assunto "eutanásia" seja um tabu e gere bastante controvérsia, contudo, não deve ser ignorado.

O termo eutanásia vem do grego euthanatos que significa "boa morte" ou "morte piedosa", tendo sido utilizado pela primeira vez por Francis Bacon, na obra "Historia Vitae Et Mortis", por meados do século XVII. A eutanásia é definida como a ação que ocasiona o óbito rápido e indolor de um paciente em estado terminal ou com uma doença sem perspectiva de cura que causa dores insuportáveis, a pedido do próprio paciente. Essa medida, então, interferiria no curso natural da vida, mas o agente que a realiza visa uma morte mais tranquila e humana para o enfermo ao se compadecer com seu intenso sofrimento.

Existem diversos autores que abordam acerca do conceito do que seria a eutanásia, Bernardino explana que:

> A discussão sobre o tema prosseguiu o longo da história da humanidade, portanto é certo que a eutanásia, onde é aceita hoje, deve ser praticada com relevante valor moral e condizente com o interesse da vítima. O sentido amplo, da eutanásia é uma forma de abreviar a vida sem sofrimento e sem dor daqueles pacientes enfermos, praticada por um médico com o consentimento do paciente ou da família (BERNARDINO, 2016, p. 8)

Esclarece-se, preliminarmente, tendo conhecimento das classificações as quais a eutanásia recebeu ao longo da história de acordo com o critério considerado, que a eutanásia, referida neste artigo, é do tipo ativa e voluntária, designação esta mais condizente com sua concepção atual.

Com relação à eutanásia ativa, a prática consiste no ato intencional de cessar a vida do indivíduo através do procedimento, com propósito misericordioso. É baseada na aplicação de substâncias ou desligamento dos aparelhos (MARTINS e SILVA, 2016, p. 6)

No que concerne à eutanásia voluntária, como o próprio nome já sugere, o paciente tem consciência e desejo expresso de abreviação da vida em razão da dolorosa e irreversível condição de saúde. Existe um consenso entre o paciente e o médico responsável pelo processo.

Além disso, também é relevante diferenciar a eutanásia do suicídio assistido, termos que causam confusão conceitual devido à semelhança. Enquanto no primeiro, o ato que provocará a morte do paciente é realizado por médicos, isto é, por terceiros, o segundo consiste no próprio indivíduo retirar sua vida ao se auto administrar uma dose letal de um medicamento, prescrita por um médico.

No Brasil, tal qual a maioria dos países, a prática da eutanásia configura-se como crime, haja vista ofender um bem jurídico penalmente tutelado, que, nesta hipótese, é a vida. Entretanto, é imperioso apontar que alguns ordenamentos jurídicos divergem quanto à proibição da eutanásia, por exemplo, a Holanda adota esse artifício, pois, de acordo com as leis e a diplomacia local, não viola os direitos humanos. Dessa forma, ao considerar a existência de visões contrárias e a característica humanitarista da eutanásia, urge as seguintes perguntas: a partir do ordenamento legal brasileiro e de seu basilar princípio da dignidade da pessoa humana, é possível falar em autorização para eutanásia? Aliás, quais são os fatores que a impossibilitam? Essa proibição é inquestionavelmente legítima?

Pretende-se, nesse caminho, situar e avaliar o posicionamento do sistema legal nacional quanto ao método. Posteriormente, objetiva-se abordar à relação entre o princípio basilar dignidade da pessoa humana e o direito à eutanásia. Por último, busca-se tecer algumas reflexões finais acerca da interferência estatal nessa ma-

téria e exposições de Estados onde a eutanásia é aceita, em correlação ainda com o dito princípio.

A pesquisa realizada neste trabalho parte-se da avaliação de artigos científicos e livros com abordagem restrita ao assunto, além de observância a legislação brasileira. Em outros termos, trata-se, de pesquisa bibliográfica e documental, e de análise qualitativa, tendo em vista que se preocupa com aspectos subjetivos e realidades que não são quantificáveis.

2. A EUTANÁSIA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Penal enquadra a conduta do agente, que realiza a eutanásia em outrem, provocando sua morte, no crime de homicídio, previsto no artigo 121. Nada obstante, o parágrafo 1º do mesmo dispositivo estabelece o caso de homicídio privilegiado, hipótese em que a pena deverá ser diminuída quando a motivação do agente for de relevante valor social ou moral, ou ele estiver dominado por forte emoção e receber logo após provocação injusta da vítima. Como se pode contemplar abaixo:

> Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 1940)

O indivíduo, então, que realizou a eutanásia em alguém, poderia receber a benesse de uma pena por homicídio reduzida de um sexto a um terço, uma vez que atuasse a pretexto de pôr fim ao sofrimento do paciente, movido por compaixão e piedade diante de sua situação, isto é, um motivo de relevante valor moral.

Está determinada, também, no Código de Ética Médica – Res. 1931/2009, que possui força de lei, a proibição do médico de antecipar a vida do paciente, ainda que a requerimento deste ou de seu representante legal. Porém, é importante mencionar que o médico tem o dever de suspender a medicação de um paciente em estado terminal se esta for sua vontade, ou de seu representante legal, na incapacidade de exprimi-la. Conforme se observa disposto na resolução:

> É vedado ao médico:
> Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (BRASIL, 2009)

Tal procedimento em que há interrupção do tratamento clinico que adia o falecimento inevitável do enfermo e ocorre a promoção somente de cuidados paliativos para controle da dor, é conceituado como ortotanásia, sendo, de forma contrária a eutanásia, legal no país. Ainda sobre a ortotanásia, o Conselho Federal de Medicina (CFM), no artigo 1º da Resolução nº 1.805/2006, consente esse procedimento, dispondo que: "É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamento que prolonguem a vida do doente, em fase terminal de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Não obstante, a criminalização da eutanásia ocorre devido a sua incongruência com o direito constitucional à vida. Isto porque a Constituição Federal é a Lei Maior do Brasil, ou seja, está situada hierarquicamente no topo do ordenamento jurídico. Diante disso, todos os códigos legislativos e estatutos devem obediência à Constituição, de forma a seguir as regras, os fundamentos e os princípios contidos nela, garantindo a proteção da ordem.

A inviolabilidade do direito à vida pode ser visualizada no caput do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), juntamente com outros direitos fundamentais considerados mais importantes. Ressalta-se que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais (MORAES, 2005. p. 30)

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988)

Leva-se em consideração que os direitos fundamentais são aqueles essenciais à condição humana, correspondem às explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo Alves (2001, p.134-135), cuja existência é intrínseca à proteção deste princípio.

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e será reiterada com maior afinco no próximo capítulo do trabalho. De antemão, porém, é necessário versar que consiste no princípio norteador do ordenamento jurídico, servindo, aliás, como elemento central na estruturação e promoção dos direitos fundamentais na Constituição. Tal qual exposto nas palavras de Moraes, "concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas" (2007, p. 16).

De acordo com Barcellos, "terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles" (2002, p. 111). Logo, a dignidade da pessoa humana não poderia ser posta em prática sem o reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais.

Partindo de que o princípio da dignidade humana concede a base, bem como delimita os direitos constitucionais, ao permiti-los no ordenamento jurídico tão somente enquanto valorizam a sua noção, deduz-se, de certa forma, que o entendimento do meio jurídico, quanto a alocar a eutanásia no crime do art. 121, §1º do Código Penal (CP), é de que esse procedimento fere, além do direito fundamental à vida, o princípio de dignidade da pessoa humana – alicerce constitutivo do país. Assim, o Estado tem o poder-dever de observar as normas inerentes à vida humana, que amparam a defesa da vida e de vedar tratamentos que possam ferir esses direitos.

No tocante ao suicídio assistido, o indivíduo que auxilia na morte de uma pessoa, que vai retirar pessoalmente sua própria vida está cometendo o tipo penal do artigo 122, o qual consiste em: "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça", com pena de seis meses a dois anos. Caso o suicídio se consumar, a pena varia de dois a seis anos de reclusão (BRASIL, 1940)

Cabe ressaltar que a aquele que comete ou tenta o suicídio não é punido pelas leis brasileiras, uma vez que com sua morte está extinta a punibilidade e, mesmo que não haja consumação, o autor não prejudica ninguém, além dele mesmo, sendo integralmente sem propósito a aplicação de pena. Conforme a doutrina abaixo:

> No Brasil, a conduta suicida não é criminosa. Nem poderia sê-la, pois, como corolário do princípio da alteridade, o Direito Penal só está autorizado a punir os comportamentos que transcendem a figura do seu autor. Não são puníveis as condutas que lesionam ou expõem a perigo bens jurídicos pertencentes exclusivamente a quem praticou. Ainda que assim o Estado não poderia punir o suicida, pois com sua morte estaria extinta sua punibilidade, nos termos do art. 107, inciso I, do Código Penal (MASSON, 2016, p. 70-71)

No mais, em seu escopo, diferentemente do artigo 121 (delito de homicídio), não é mencionado circunstâncias que atenuam a sanção penal do agente que auxilia no suicídio de outrem, ainda que preste assistência ao ato de abreviação da vida, movido pelo sentimento de condolência diante do tormento decorrente de uma enfermidade incurável da vítima.

Como se pode observar, no Brasil, apesar da realização de eutanásia poder ser configurada como crime de homicídio privilegiado, não há norma reguladora

que trate de maneira específica sobre essa temática. Diante dessa lacuna na lei, já ocorreu o Projeto de Lei n° 236, de 2012, proposto por José Sarney e Pedro Taques, em que se objetiva a consolidação de um novo Código Penal no qual, em seu artigo 122, estaria elencada a seguinte tipificação

> Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena – prisão, de dois a quatro anos. § 1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Dessa forma, esse projeto, em tramitação perante o Senado Federal, propõe, entre as muitas reformas na legislação, um tratamento exclusivo para a eutanásia, situando-o, não mais como forma privilegiada de homicídio, e sim como um crime autônomo. Assim sendo, a sanção penal do agente que cometesse crime de eutanásia seria dois a quatro anos de prisão, porém, haveria ainda a possibilidade de perdão judicial em determinados casos. Todavia, o projeto já consta com mais de 10 anos de apresentação e, ainda, deverá ser apreciado por muitos membros do parlamento em comissões distintas das duas casas legislativas, para que haja possível promulgação, se sujeitando a alterações substanciais até esse ponto.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A EUTANÁSIA

Antes de tudo, para um entendimento mais proveitoso, confere-se à dignidade da pessoa humana um sinal de avanço para a humanidade. Desde o Iluminismo europeu, que marcou os séculos XVII e XVIII, tal concepção começara a ser construída. Efetivamente, porém, surgiu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

Esse decurso histórico foi marcado pelas atrocidades, abusos e subjugações cometidas pelos nazistas e fascistas a muitos povos e indivíduos. Nesse contexto, tornou-se urgente existir um consenso internacional sobre a visão de que todos os sistemas jurídicos deveriam priorizar a proteção da condição humana, na medida em que as experiências cruéis e desumanas vividas neste período, não se fizessem mais recorrentes.

Consequentemente, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), que firmou a renomada Declaração dos Direitos Humanos de 1948, incorporando, de forma concreta, a ideia de que a dignidade da pessoa humana deveria ser um valor jurídico universal, de modo que ela seria a base dos direitos à proteção, à liberdade, à vida e o mais. Faz-se útil, nessa esfera, citar o doutrinador Rizzatto Nunes:

> Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história (...) é por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-juridica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana (NUNES, 2002, p. 38)

Na Constituição Brasileira, a dignidade da pessoa humana apresenta-se, no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo assim um princípio basilar da República. Nesse viés, a referida atua como um princípio regulador sobre o qual todos os direitos e deveres, que dignificam o ser humano, contidos no sistema jurídico estariam apoiados. A esse respeito o professor Anderson Schreiber bem explana:

> A dignidade da pessoa humana como conceito é no fundo um valor síntese da condição humana, portanto, não é um atributo específico do ser humano, ela é o resultado da soma de todos esses atributos, ela é uma cláusula geral que permite uma releitura da ordem jurídica brasileira em proteção da condição de ser humano e que valoriza essas diferentes manifestações do humano (SARAIVA JUR, 2019)

Exemplificando, o Código de Ética Médica, o princípio de isonomia processual, os direitos trabalhistas, e direitos que surgem do dinamismo da vida contemporânea, seriam identificados e aplicados com o auxílio da noção de dignidade da pessoa humana.

A concepção de dignidade da pessoa humana está envolta de aspectos filosóficos e abstratos que define o valor de todo o ser humano sem distinção, também se trata de uma construção histórica e que concede origem e alicerce para diversas prerrogativas.

Percebe-se esse princípio como uma qualidade inerente ao ser humano para o exercício de suas liberdades e direitos, como a garantia de uma existência plena e sadia, o que proporciona uma vida digna. Conceituá-la, sem embargo, é uma tarefa complexa, há inúmeras explicações sobre o assunto que muitas vezes entram em conflito.

É notório que a noção de dignidade da pessoa humana carrega consigo uma série de inconsistências devido ao princípio claramente possuir dimensão ética, além do aspecto jurídico. Nas palavras de Gicélia Librelotto, "a caracterização e identificação da Dignidade da Pessoa Humana enquanto valor ético não é questão fechada e pacificada doutrinariamente por tratar-se, também, de um conceito moral" (2007, p. 70).

Desse modo, não é inusitado que ocorra a formação de entendimentos fundamentados na dignidade da pessoa humana, tanto favoráveis, quanto contrários, a respeito de uma pauta em questão. A eutanásia justamente comporta esse dilema.

A título de exemplo, o catecismo da Igreja Católica se posiciona totalmente contrária a eutanásia, não apenas no sentido de que o Criador é quem tem o poder de tirar e dar

a vida, mas também porque vai de encontro com a tese da dignidade da pessoa humana:

> 2277 – Sejam quais forem os motivos e os meios, a eutanásia direta consiste em pôr fim à vida de pessoas deficientes, doentes ou moribundas. É moralmente inadmissível. Assim, uma ação ou uma omissão que, em si ou na intenção, gera a morte a fim de suprimir a dor, constitui um assassinato gravemente contrário a dignidade da pessoa humana e ao respeito pelo Deus vivo, seu Criador. O erro de juízo no qual se pode ter caído de boa-fé não muda a natureza deste ato assassino, que sempre deve ser proscrito e excluído (SDF, decl. Iura et bona, 1980).

É relevante pontuar que, sendo um dos pilares que sustenta as sociedades, a religião termina que influenciando no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, os valores cristãos, ainda mais em relação aos temas polêmicos que envolvem início e fim de vida.

Tem-se ainda, nessa mesma postura antagônica, a Ética Médica que se sustenta no respeito máximo pela vida humana, abominando a utilização de conhecimento da medicina "para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade" (Brasil, 1988).

Como já visto, a eutanásia é uma questão social controversa e sem um posicionamento legislativo próprio. Neste momento, resta discorrer a respeito do direito à eutanásia em concordância com a noção de dignidade da pessoa humana. Os favoráveis à descriminalização dessa prática defendem o direito a uma morte indolor e digna para o paciente que sofre em fase terminal ou com uma doença sem cura, e que, voluntariamente, solicitar a sua aplicação.

O principal motivo que impede a admissão da eutanásia no ordenamento jurídico é o direito fundamental à vida, vista como o bem mais valioso, e, tais quais todos os direitos de personalidade e fundamentais, também é indisponível.

(JUNIOR e SANTOS, 2020, p. 9) desenvolvem a respeito deste paradigma social e judicial, que é a eutanásia, e o principal aspecto evidenciado por eles foi que:

> Parte da doutrina entende o princípio do direito à vida sobre o viés da Sacralidade; enxergam a vida como um bem divino e indisponível, que deve ser mantido sob qualquer circunstância. Assim, deve-se utilizar de todo e qualquer meio para que esta seja mantida, ignorando qualquer indício de que haja comprometimento da qualidade desta. Diante dessa visão, o profissional da saúde teria o dever de empregar todos os seus esforços para que a vida do paciente fosse mantida, independentemente do fato de causar uma condição degradante, em desacordo com a dignidade e vontade do próprio enfermo, ignorando diretrizes pertencentes à autonomia da vontade e liberdade de escolha deste.

Todavia, haja vista a dignidade da pessoa humana servir de fulcro e interpretação de todos os direitos fundamentais que se seguem na Constituição Brasileira,

muitos juristas compreendem o direito à vida, referido na Carta Magna, como o direito à vida digna pela qual deve ser vivida de forma decente e plena, não ao direito à vida em si. Nessa ótica, Ana Lúcia Pinheiro discorre que:

> Quando se fala em direito à vida, logo relaciona-se diretamente ao direito de nascer vivo. Todavia, tal possui uma abrangência maior. Dessa maneira a legislação preocupa-se não apenas em preservar a vida do nascituro e fazer com que venha a nascer vivo, mas também, em proporcionar condições para que sobreviva em plenitude (PINHEIRO, 2010, p. 31)

Ademais, tendo em conta que a morte é o último estágio da vida, pertence ao seu ciclo, requer-se que o direito a uma morte digna também seja considerado, isto é, a vida precisa ser observada em todas as suas dimensões. Dessa forma, Ana Lúcia Pinheiro ainda explica:

> Apreciar o direito à vida sem considerar a morte é refutar algo que é inevitável, todos morreremos e diante disso as considerações feitas pelos juristas concernentes ao direito à vida devem ser estendidas ao direito de morrer dentro da mesma dignidade por eles preceituadas (PINHEIRO, p. 32, 2010).

Reforçando esse entendimento, afere o excerto abaixo:

> Assim, se a morte é parte da vida e o direito à vida implica uma garantia de uma vida com dignidade, temos como corolário que o direito à vida digna não se resume ao nascer, ao manter-se vivo ou mesmo lutar pela continuação da vida, pois tal direito vai muito além, devendo-se inclusive respeitar a dignidade do direito de morrer (FARIAS, CABRERA, 2009, p. 493 apud MELO).

Nessa Conjuntura, percebe-se que o conflito entre o bem (vida) e o princípio fundamental (dignidade da pessoa humana), existente na problemática da eutanásia, poderia ser solucionado com a premissa de que o direito à vida é, na verdade, um direito à vida digna.

É interessante mencionar que desde a antiguidade, filósofos investigavam as noções de qualidade de vida, de dor e de felicidade. Na leitura do diálogo platônico *Críton*, Sócrates, personagem recorrente, solta a seguinte máxima: "viver não é o que mais deve importar, mas viver bem" (PLATÃO, 1983, p. 119). Dessa forma, torna-se inevitável não traçar uma analogia a esta pauta contemporânea, evidencia-se a relevância de ceder maior observância aos casos em que o indivíduo solicita pela eutanásia, uma vez que está sofrendo com uma doença insanável e a vida passou-lhe a não ser mais um direito, mas uma obrigação.

Essa afirmativa de que, na prática, a vida pode tornar-se um dever ao invés de um direito, é esclarecido através de Cardin e Nery.

> No Brasil, o que se observa no ordenamento jurídico é que é previsto o direito à vida e não o dever de viver, porém com a não aceitação da legalidade da eutanásia passa-se a ter um dever de viver, não se tendo respeito à autonomia da vontade, à dignidade humana e à liberdade da pessoa. Ora, uma pessoa não pode ser obrigada a permanecer em vida se esta não corresponde à sua vontade (CARDIN e Nery, 2020, p. 105).

Nessa linha de raciocínio pela qual se acredita que a vida deve ser vivida com dignidade e que ela deve ser um direito e não um dever, um indivíduo poderia optar pela utilização da eutanásia, se ele entender que o encerramento da vida atende a sua dignidade mais do que a preservação dela.

Não obstante, a liberdade de escolher sem que as escolhas de outros obstem a sua também é um direito básico, essencial à dignidade, e que também preside uma sociedade democrática. A eutanásia voluntária permite que o paciente com doença irremediável e dolorosa tenha a autonomia, autodeterminação para optar por uma morte mais digna, uma vez que entenda e sinta que sua condição não o permite mais ser feliz, exercer sua pessoalidade, dentre tantas razões particulares. Tal qual exposto, tem-se que:

> A capacidade de autodeterminação significa o direito de cada indivíduo de assumir as decisões de sua própria vida, fazer suas escolhas e assumir a responsabilidade por elas. Por mais que existam momentos em que o Estado possa legitimamente intervir, há decisões que só competem ao titular da existência e não respeitá-las é uma agressão à dignidade do indivíduo (GIACOMOLLI, 2015, p. 44 apud BARROSO; MARTEL, 2010).

André Ramos Tavares trata do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, que implica na garantia de auto disponibilidade e autodeterminação, como uma qualidade intrínseca da dignidade da pessoa humana, utilizando-se das palavras de Werner Maihofer, ele explana:

> A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza (TAVARES, 2021, p. 276)

Além do mais, a própria expressão "dignidade da pessoa humana" indica tal asserção. Diferente do que possa ser concebido, não se equivale a uma redundância. O princípio não foi intitulado unicamente como dignidade da pessoa, a fim de

não haver confusão com a pessoa jurídica. Também, não foi chamado apenas de dignidade humana em razão de que traria a ideia de proteger os bens e interesses da coletividade, do público, quando o intuito real é o de assegurar as necessidades básicas de cada pessoa, ou seja, sob uma perspectiva individual, enfatizando a autodeterminação, a dignidade e a plenitude intrínsecas a todo indivíduo.

Destarte, firma-se a necessidade e exigência de que as pessoas sejam consideradas individualmente. Emerge ainda a reflexão ao indagar se a proibição jurídica da eutanásia não estaria ferindo a dignidade e a liberdade de pessoas em pró de defender os valores e anseios da coletividade, bem como se tais posicionamentos devem se sobressair às daqueles que experienciam, de fato, o estado terminal ou sofrem constantemente com doença infindável.

4. O PODER DO ESTADO PERANTE À VIDA

Diante do exposto, é imprescindível levantar a atuação do Estado nesta discussão, uma vez que o Estado é o veículo direto que impede a obtenção do procedimento, sendo a condição necessária à imposição do ordenamento jurídico pátrio.

Como já aludido, valores advindos da religião cristã continuam a influenciar em diversas pautas sociais, principalmente, no que diz respeito à reprovação do aborto e da eutanásia. Esse fato transcende o âmbito social, também influindo nas normas do direito. Apesar de o Estado brasileiro ser intitulado "laico", os traços religiosos são perceptíveis desde os símbolos nacionais e a manutenção de valores considerados cristãos. Pontuam Shimamura, Tersaca e Amaral em seu artigo "Em defesa da eutanásia e de um estado democrático legítimo e laico segundo a teoria de Jurgem Habermas":

> A influência da religião se demonstra, em um país como o Brasil, que se denomina laico, nas cruzes ostentadas com orgulho acima dos tribunais, estampado em moeda corrente com a máxima "Deus é fiel" interferindo até mesmo em nosso calendário com seus inúmeros feriados destinados aos santos (SHIMAMURA, TERSACA E AMARAL, 2008, p. 7).

Atualmente, no Brasil, após as eleições de 2022 pela qual ocorreu a vitória de notável quantidade de candidatos federais e senadores evangélicos, 132 deputados e 14 senadores foram previstos, na legislatura 2023-2026, para compor a Frente Parlamentar Evangélica (FPE), de acordo com estimativa da presidência da bancada. Isto representa um recorde histórico de membros em prol da Bancada evangélica e sinaliza para o enfrentamento das chamadas pautas "progressistas" (GAZETA DO POVO, 2022).

Assim, com boa parte das autoridades atuando baseadas em convicções religiosas, em que se tem a forte e ativa participação de evangélicos no cenário atual de decisões políticas, não é incongruente que subsistam preocupações a respeito do controle e dominação que o Estado exerce sobre a população. Pode-se perceber pela máxima abaixo, pontuada por Oliveira, uma relação direta com esse contexto:

> Dessa forma, o Estado é uma forte arma de que se valem os detentores do poder político para exercerem sua força de dominação sobre a sociedade; sendo que o direito, manifestado pela vontade estatal legislativa (isto é, as leis elaboradas nos parlamentos), é utilizado pelos detentores do poder político para pôr em prática este sistema de controle social, seja para beneficiá-los, como manifestado por meio de normas de conteúdo patrimonial/econômica, as quais lhes convêm em suas relações (OLIVEIRA, 1997, p. 3)

À vista disso, um questionamento pode ser levantado: a quem pertence a vida? Nesse sentido, faz-se proveitoso ainda citar o intelectual francês Foucault que explica sobre a biopolítica acerca dessas questões que envolvem a soberania de decisão do Estado perante a vida do indivíduo. Foucault emerge reflexões ao indagar que, sendo o propósito do contrato social o de proteger a vida dos indivíduos que, por sua vez, delegam ao Estado o poder de estabelecer regras para tornar o convívio humano harmônico, deveria a vida ficar fora deste contrato, uma vez que ela é a razão e fundamento de sua origem.

> Vocês já veem, nos juristas do século XVII e sobretudo do século XVIII, formulada essa questão a propósito do direito de vida e de morte. Quando os juristas dizem: quando se contrata, no plano do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se reúnem para constituir um soberano, para delegar a um soberano um poder absoluto sobre eles, por que o fazem? Eles o fazem porque estão premidos pelo perigo ou pela necessidade. Eles o fazem, por conseguinte, para proteger a vida. É para poder viver que constituem um soberano. E, nesta medida, a vida pode efetivamente entrar no direitos do soberano? Não é a vida que é fundadora do direito do soberano? E não pode o soberano reclamar efetivamente de seus súditos o direito de exercer sobre eles o poder de vida e de morte, ou seja, pura e simplesmente, o poder de matá-los? Não deve a vida ficar fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato? (FOUCAULT, 2000, p. 287-288)

Além do mais, é interessante levar em conta que o princípio da dignidade da pessoa humana nasceu como meio para limitar os poderes do Estado, após períodos de intensa e injusta dominação estatal sobre a população, e direcioná-lo para consecução dos direitos humanos. É o princípio fundamental do Brasil, isto é, o Estado tem a obrigação de alcançá-lo mediante suas medidas governamentais. Seguindo essa lógica, a proibição da eutanásia no Brasil poderia ser inferida como

uma trava à liberdade, aos direitos individuais – relativos aos direitos humanos de primeira geração.

Como já mencionado, diversas pessoas concedem à vida o valor de sacralidade, seja por razões filosóficas ou religiosas, resistindo a qualquer ofensiva à sua preservação. Ademais, observou-se que o direito à vida pode se expressar como um dever, pois a máxima de proteção extrema e indistinta à vida não está sempre conforme ao arbítrio e outros direitos de um sujeito que requer a eutanásia. Nesse sentido, compreende Godoy e Dias, ao ter em vista a dicotomia que pode se formar entre a autonomia do indivíduo e valor inerente da vida, que:

> A dificuldade do Estado em resolver este choque é evidente, na medida em que institui um julgamento coletivo e generalizado a respeito de uma situação em que questões individuais são tão fundamentais pode acarretar uma postura protetiva-totalitária de um lado, ou liberal-amoral de outro (GODOY e DIAS, 2011, p. 117).

Assim, depreende-se que o Estado torna-se detentor de um poder de decisão que pode ser baseado em valores genéricos e coletivos, com raízes, às vezes, na religião, e não se é levada em consideração a situação concreta e a escolha do indivíduo, sendo uma questão que implica mais uma vez a sua dignidade. É imprescindível frisar que o direito constitucional à liberdade, em sentido de dispor da própria vida, não é absoluto, tal qual qualquer direito fundamental. Igualmente, o direito à vida é irrenunciável e indisponível, logo, é infundado e inadmissível a prática da eutanásia em casos que não correspondem a seu sentido e sua demarcação.

Todavia, pontua-se a relevância de analisar o contexto real da eutanásia, isto é, ter em vista o paciente cuja enfermidade não possui cura segundo a medicina e – contra sua vontade – continua sobrevivendo de forma desumana e indigna. Em contrapartida ao cenário do Estado Brasileiro, alguns países regulamentam ou toleram o procedimento da eutanásia, contudo, o fazem seguindo normas e demarcações rigorosas, uma vez que se trata da vida humana.

A Holanda, por exemplo, legalizou essa prática médica em 2002, sendo tratada pela oficialmente chamada “Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido". Roberto Chacon de Albuquerque esclarece mais sobre a referida Lei e sua explicação jurídica na Holanda, evidenciando que:

> A lei altera o Código Penal. São inseridas exclusões de ilicitude no Código Penal, art. 293. O médico passa a poder, de acordo com as circunstâncias previstas pela Lei relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido, art. 2º, praticar a eutanásia. A lei não se aplica a quem não for médico. Ela

> só beneficia os médicos que comunicarem o ocorrido. Para que a prática de eutanásia seja considerada lícita, devem ser observados, de acordo com o art. 2º, § 1º, uma série de requisitos. O médico deve estar convencido de que se trata de "uma solicitação voluntária e bem pensada do paciente" (art. 2º, § 1º, "a"). Ele também deve estar convencido de que as dores do paciente são "sem perspectiva e insuportáveis" (art. 2º, § 1º, "b"). O paciente deve ter sido esclarecido sobre "a situação na qual ele se encontrava e sobre suas perspectivas" (art. 2º, § 1º, "c"). Deve-se chegar à conclusão de que "não havia outra solução razoável" para o paciente (art. 2º, § 1º, "d"). Deve-se consultar ao menos "um outro médico independente" (art. 2º, § 1º, "e"). Ele deve ver o paciente e ter redigido seu parecer sobre a necessidade de eutanásia. A eutanásia deve ser executada "cuidadosamente sob o ponto de vista médico" (art. 2º, § 1º, "f") (ALBUQUERQUE, 2008, p. 361).

Portanto, observa-se a Holanda estabelece condições estritas para a admissibilidade dessa conduta, tais como: o paciente precisa estar sofrendo com dores insuportáveis decorrentes de doença irreversível, precisa haver opinião de um segundo médico sobre o caso e ocorre pedido voluntário do paciente a favor de cessar sua vida. É permitido somente ao médico realizar a eutanásia e qualquer conduta fora desse quadro não será admitida, sendo passível de crime.

A Bélgica também permite o procedimento desde que obedecida uma série de critérios e formalidades. São necessários, dentre muitas condições, a autorização consciente do paciente concedida sem nenhuma pressão externa, a avaliação de segundo médico, a presença de enfermidade incurável e dores físicas e psíquicas insuportáveis, o devido esclarecimento ao paciente sobre as alternativas terapêuticas antes do aceite do pedido. No entanto, diferentemente da Holanda, onde a eutanásia só pode ser deferida em menores a partir dos 12 anos, a aplicação da eutanásia não exige idade mínima, o que não exclui a averiguação do cumprimento dos demais critérios. (RPT NOTÍCIAS, 2020).

Outro país recentemente a permitir a eutanásia é a Espanha. A aprovação do procedimento também segue condições estritas, o paciente deve possuir nacionalidade espanhola, ou ser residente legal, a solicitação precisa ser feita de maneira consciente e capaz, sem influencia de terceiros, bem como formulada por escrito e reformulada após 15 dias. A eutanásia é permitida aos pacientes em estado de saúde irreversível acrescentada de sofrimento físico e psíquico intensos.

No âmbito da América do Sul, a Colômbia e o Uruguai há a possibilidade de extinção de punibilidade no caso do "homicídio piedoso". As normas jurídicas preveem o poder do juiz de exonerar o autor de responsabilidade e de penalização ao averiguar que o homicídio fora praticado por motivos de misericórdia e a pedido repetido da vítima (RPT NOTÍCIAS, 2018).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia se trata de conduta que traz a morte rápida e indolor a um paciente sofrendo constantemente em estado terminal ou com enfermidade incurável. Conduta esta praticada por médico e movida por pedido voluntário do próprio paciente.

Viu-se que, no Brasil, o Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, enquadrando o autor desse procedimento no tipo penal referente ao homicídio privilegiado (art. 121, § 1º). Outrossim, o Conselho Federal de Medicina é contra atos que antecipem as vidas dos pacientes A elementar razão de a prática ser criminalizada decorre do direito à inviolabilidade da vida e do principio fundamental da dignidade da pessoa humana que o respalda, firmados pela Lei Maior, que pautam todo o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, um paciente não pode usufruir da eutanásia.

Abordou-se, entretanto, a notória "confusão" no tocante ao bem jurídico que a dignidade da pessoa humana resguarda no contexto da eutanásia. Isto porque o procedimento pode ser interpretado como uma alternativa ética, de morte digna e humanizada ao paciente que não apresenta mais condições físicas e psicológicas para continuar sobrevivendo, respeitando a sua autodeterminação. Em outros termos, a eutanásia estaria longe de ser um tratamento degradante e o princípio basilar não se limitaria a proteção indistinta à vida.

No tópico que versa sobre a questão estatal, além dos impedimentos normativos, constatou-se a influencia da religião cristã na política brasileira, que corrobora para a tomada de decisões que beneficiam valores e interesses correspondentes. Ainda, foram erguidas algumas reflexões, mostrando a legitimidade controversa do Estado ao adentrar a esfera privada de um indivíduo, tomando-lhe o poder de decisão pela obtenção da eutanásia. Nesse viés, foi trazido à tona a noção de finalidade de criação do Estado e a importância de valorizar a pessoa enquanto ser individual e autônomo – virtudes condizentes à dignidade da pessoa humana. Ao final, formando um contraponto com o Brasil, expôs-se alguns Estados em que a eutanásia é tolerada ou legalizada, tais quais Holanda, Bélgica, Espanha, Uruguai e Colômbia, na observância, porém, de circunstâncias estritas.

Dessa forma, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um princípio multifacetário, torna-se possível a interpretação da eutanásia de forma harmônica a este. Não restam dúvidas de que a temática necessita ser levantada e debatida com afinco, ressalvando que a ciência desempenhada com consciência, sem desprezar o ser, pode estar a serviço da humanidade. A dignidade humana, então, que está acima de qualquer prática científica também seria causa final desta.

REFERÊNCIAS

BARBOSA1, Leonardo Martins; SILVA, Danilo Pierote. *Eutanásia: uma revisão sobre aspectos legais e éticos*. 2019. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1850/Artigo%20cient%C3%ADfico%20-%20Leonardo%20Martins%20Barbosa.pdf?sequence=1#:~:text=eutan%C3%A1sia%20%C3%A9%20o%20procedimento%20que%20visa%20a%20abreviar,descritiva%2C%20com%20 base%20em%20literatura%20e%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20pertinentes. Acesso em: 7 fev. 2023.

BARBOSA, GABRIELLA SOUSA DA SILVA e LOSURDO, FEDERICO. *Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana*. Revista de Investigações Constitucionais [online]. 2018, v. 5, n. 2 [Acessado 2 Janeiro 2023], pp. 165-186. Disponível em: https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151b. ISSN 2359-5639.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BERNARDINO, Fernanda. *Eutanásia*. 2016. Disponível em: 1511401968670.pdf (femanet.com.br). Acesso em: 29 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). *Resolução CFM n. 1.931/2009, de 24 de setembro de 2009*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). *Resolução CFM n. 1.805, de 28 de novembro de 2006*. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. *[Constituição (1988)]*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 29 dez. 2022.

CAMPOS, Patrícia Barbosa; MEDEIROS, Guilherme Luiz. *A Eutanásia e o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 2011. Microsoft Word - Patricia Campos 1.doc (uninove.br). Acesso em: 24 jan. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; NERY, Lais Moraes Gil. A *Eutanásia Como Forma de Garantia da Autonomia da Vontade*. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/343521568_A_EUTANASIA_COMO_FORMA_DE_GARANTIA_DA_AUTONOMIA_DA_VONTADE. Acesso em: 25 jan. 2023.

FARIAS, Alessandra Gomes e CABRERA, Heidy de Avila. Eutanásia: *Direito à morte digna in Direitos do paciente*, p. 493.

FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.285-286. Idem, p.287.Idem, p.287-288.

GIACOMOLLI, Lucas. *Direito à morte digna*. 2015. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79834823.pdf Acesso em: 22 jan. 2023.

GODOY*, Gabriel Gualano de; DIAS*, Rebeca Fernandes. *Paradoxos do direito de viver e de morrer*. 2011. Disponível em: https://www.bing.com/ck/a?!&&p=eca76733154c277fJmltdHM9MTY3NzM2OTYwMCZpZ

LIBRELOTTO, Gicélia. *Dignidade da Pessoa Humana: reflexões jurídicas e filosóficas sobre o conceito*. 2017. Disponível em: https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/7438/2/DIS_GICELIA_LIBRELOTTO_COMPLETO.pdf

MARTINS, e.; SILVA, J. *Eutanásia: Direito, Ética e Religião*. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR Brasil, Ano VIII, n° 15, jul/dez 2016, ISSN2175-7119, Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.opet.com.br/faculda de/revista-anima/pdf/anima15/interno-2.-a-eutanasia.pdf&ved=2ahUKEwiSwJfp-qn8AhUlA7kGHRDNCcwQFnoECA4QAQ&usg=AOvVaw3XsG4Ykw6KXw93zJDAdbMk

MELO, Nehemias Domingos de. *O direito à morte digna*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518- 4862, Teresina, ano 26, n. 6409, 17 jan. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/87970. Acesso em: 22 jan. 2023.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1998. ISBN 8573480696.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

NEVES, Andrea. *Eutanásia. O caso belga*. RTP Notícias, 20 fev. 2020. Mundo. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/eutanasia-o-caso-belga_es1206054.

NOTÍCIAS, RTP. *Em que países a eutanásia não é crime?* 2018. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/em-que-paises-a-eutanasia-nao-e-crime_n1078679. Acesso em: 26 fev. 2023.

OLIVEIRA, JORGE RUBEM FOLENA DE. *O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?* 1997. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/324&ved=2ahUKEwi9l_e7ypz8AhX7kZUCHcmpDxoQFnoECAcQAQ&usg=AOvVaw02bTTFg4YgDwnXskV6IOU4. Acesso em: 28 dez. 2022.

OLIVEIRA, Thalia sarto de. *eutanásia e o direito penal brasileiro*. 2021. Disponível em: https://thaliasartodeoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/1169805553/eutanasia-e-o-direito-penal- brasileiro. Acesso em: 4 jan. 2023.

PINHEIRO, ANA LÚCIA. *Distanásia x Direito a uma Morte Digna*. 2010. Disponível em: INTRODUÇÃO (doctum.edu.br) . Acesso em: 22 jan. 2023.

PLATÃO. *Êutrifon, apologia de Sócrates, Críton*. Tradução, introdução e notas de José de Trindade Santos. 4º Edição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1983.

SANTOS, Aline Borges dos; PAGANINI, Juliana. *A eutanásia no Brasil: um estudo da (im)possibilidade de aplicação em pacientes com câncer, em fase terminal, tendo em vista o princípio da dignidade humana*. In: SOUZA, Ismael Francisco de; VIEIRA, Reginaldo de Souza (org.). Estado, política e direito: políticas públicas, cidadania e direitos humanos, volume IX . Criciúma, SC: UNESC, 2020. p. [164]-187. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/8230/1/A%20eutan%C3%A1sia%20no%20Brasil.pdf

SARAIVA JUR. *Direito Civil Contemporâneo #1 - Dignidade da pessoa humana*. YouTube, 6 de jul. de 2018. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=cDOtbf9kTb8

SESTREM, Gabriel. *Bancada evangélica terá recorde de membros para enfrentar pautas progressistas no Congresso. Gazeta do Povo*, 2023. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/bancada-evangelica-congresso-tera-recorde-membros-proxima-legislatura/. Acesso em: 15 de março de 2023..

SHIMAMURA, Emilim; TERASACA, Cinthia; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Em Defesa da Eutanásia e de um Estado Democrático Legítimo e Laico segundo a Teoria de Jurgem Habermas*. 2008. Disponível em: Título: em defesa da eutanásia e de um estado democrático legít (uel.br). Acesso em: 25 jan. 2023.

A EXCLUSÃO DA IDENTIDADE NACIONAL BRASILEIRA: REFLEXÕES SOBRE A DIVERSIDADE E SUAS VICISSITUDES NA ATUALIDADE

THE EXCLUSION OF BRAZILIAN NATIONAL IDENTITY: REFLECTIONS ON DIVERSITY AND ITS VICISSITUDES TODAY

*Andressa Maria de Lima Queji**

Resumo: Diante de diversas vicissitudes presentes no dia a dia de muitos brasileiros, faz-se necessário suscitar o debate acerca da identidade brasileira. A análise partirá do estudo das vivências do povo no Brasil colônia; Brasil República; até chegar ao Brasil do século XXI, em que será exposto como se deu o processo de formação da sociedade a partir da miscigenação dos povos que resultou na construção da identidade brasileira. Diante dessa perspectiva buscar-se-á responder às seguintes indagações: "Por que nos dias atuais ainda existem desigualdades e discriminações tipificadas das mais diversas formas no dia a dia de muitos brasileiros sendo o Brasil um país miscigenado?" E ainda, "como é o entendimento do brasileiro acerca da questão social de sua própria identidade?" Por fim, "o direito tem cumprido seu papel de regulador do corpo social diante dessas perspectivas jurídico sociais?" O tema é viabilizado, pois retrata a realidade sociológica a fim de buscar soluções para equalizar as relações sociais. Compreende-se que a presente pesquisa é uma revisão bibliográfica do tipo descritiva e exploratória e teve como base de estudos artigos científicos, livros, além de uma análise da realidade do Brasil sob diversas óticas.

Palavras-chave: Identidade social brasileira. Nacionalidade. Interseccionalidades. Miscigenação.

***Graduanda do 3º período do curso de Direito na UNIFATEB.E-mail: andressa_lia3@outlook.com.**
Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/8575241172861579.

Abstract: Facing several vicissitudes present in the daily life of many Brazilians, it is necessary to raise the debate about Brazilian identity. The analysis will start from the study of people's experiences in Colonial Brazil; Republic Brazil; until reaching the Brazil of the 21st century, in which the process of society formation will be exposed, starting from the miscegenation of peoples that resulted in the construction of the Brazilian identity. From this perspective, we will try to answer the following questions: "Why do inequalities and discrimination still exist today, typified in the most diverse forms in the daily life of many Brazilians, Brazil being a miscegenated country? And yet, "how is the understanding of Brazilians about the social issue of their own identity?" Finally, "has the law been fulfilling its role as regulator of the social body in face of these social juridical perspectives?" The theme is made possible because it portrays the sociological reality in order to seek solutions to equalize social relations. It is understood that the present research is a bibliographic review of the descriptive and exploratory type and was based on scientific articles, books, and an analysis of the reality of Brazil from several points of view.

Keywords: Brazilian social identity. Nationality. Intersectionalities. Miscegenation.

1. INTRODUÇÃO

Diante de diversas realidades no Brasil, observa-se que há quem exclui pura e simplesmente a existência de uma identidade nacional brasileira, essa situação acarreta diversos tipos de dissimilitudes, sendo possível observá-las, por exemplo, quando um negro sofre discriminação; quando a mulher, principalmente a mulher negra é vista de forma pejorativa; quando os índios são tratados como rés da sociedade; quando a xenofobia se mostra presente em várias realidades. É fato que o racismo se encontra nas mais diversas esferas da sociedade, e é base de estudos epistemológicos para diversos autores, como por exemplo Frantz Fanon, e segundo o autor:

> "O racismo é a exclusão do outro, rejeição violenta do outro, ruptura com o mundo do outro. É o homem que se tornou estrangeiro ao mundo, que se fecha na própria torre de marfim e que, do alto de sua arrogância, decide arbitrariamente o destino do outro." (FANON, 2008, p. 47).

Angela Davis também comenta que:

> "O racismo é uma prática que se alimenta de si mesma. O racismo cria as condições para sua própria perpetuação: desigualdades econômicas, segregação e marginalização, assim como a construção social de raças e hierarquias raciais" (DAVIS, 2016, p. 23).

E ainda:

> "Compreende-se por epistemologia toda a noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições vitais para a constituição do conhecimento válido. É por via deste conhecimento válido que uma dada experiência social se torna intencional ou inteligível" (SANTOS e MENESES, 2010, p. 15).

Segundo esses estudos epistemológicos acerca da identidade brasileira verifica-se que isso ocorre pela supressão do conhecimento de muitos acerca de suas próprias raízes, algumas pessoas consideram as raízes brasileiras como inferiores, e isso se materializa através de atos racistas. O racismo é uma ideologia que se baseia na crença e na superioridade de uma raça em relação a outras. No caso do Brasil, o racismo está enraizado em uma história marcada pela escravidão, em que pessoas de origem africana foram sequestradas para trabalhar como escravas. Essa história deixou marcas profundas na sociedade brasileira, que ainda hoje se refletem em desigualdades sociais e econômicas entre diferentes grupos raciais.

Partindo da inquietação desses autores, é que surgem as lacunas: Por que as discriminações e desigualdades são uma realidade para muitos brasileiros? Haja vista de que o Brasil é um país miscigenado, ou seja, é incoerente a hipótese da exclusão da identidade nacional, pois, boa parte dos brasileiros são fruto da miscigenação do branco europeu, do negro e dos índios, ou seja, é contraditório o fato do brasileiro discriminar, ou, desconhecer sua própria essência, e ainda, pormenorizá-la em várias situações do cotidiano.

Para contextualizar de forma breve, a identidade aqui retratada é a que concerne à nacionalidade, sendo esta identidade nacional pautada num discurso longo, constituído dialogicamente a partir da autodescrição da cultura. A ambiguidade na identidade do "ser brasileiro" pode ser explicada pela presença persistente de formas de discriminação ao longo dos séculos. Portanto, é fato que a ignorância, ou até mesmo o "pré-conceito" instituído na cultura de algumas pessoas fazem com que ainda hoje, em pleno século XXI, existam pessoas, instituições, empresas, etc que agem de forma contraditória aos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Constituição de 1988, dentre outros dispositivos legais que asseguram a igualdade e dignidade para todas as pessoas, sem nenhum tipo de exclusão ou diferenciação. O direito positivado, as garantias impostas nas leis, se não aplicadas de forma efetiva na sociedade não cumprem o papel de regulador do corpo social, que é o seu principal fim, porém, se aplicadas, ou, se ao menos conhecidas por todas as pessoas, passam a exercer uma de suas finalidades, para que assim se chegue ao entendimento intrínseco acerca da identidade nacional e que se avance para uma realidade constituída sob a égide da igualdade.

Sendo o Brasil um país rico de historicidade, cultura e beleza, este precisa ser conhecido de forma epistemológica por todo corpo social, indubitavelmente não há uma relação direta entre o conhecimento epistemológico sobre a cultura e a história do Brasil e a erradicação das desigualdades sociais no país. Embora a valorização e o reconhecimento da diversidade cultural e étnica brasileira possa contribuir para a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa, as desigualdades sociais no Brasil são resultado de um complexo conjunto de fatores históricos, econômicos, políticos e sociais, que não podem ser solucionados somente por meio do conhecimento epistemológico, ainda que este seja de muita valia.

A superação das desigualdades sociais no Brasil requer políticas públicas efetivas que promovam a igualdade de oportunidades, acesso à educação de qualidade, saúde, emprego, renda e moradia digna. Além disso, é necessário o fortalecimento de uma cultura de respeito à diversidade e a luta contra o preconceito e a discriminação, em todas as suas formas. Portanto, embora o conhecimento epistemológico seja importante para valorizar e reconhecer a riqueza cultural e histórica do Brasil, é preciso ter em mente que a superação das desigualdades sociais requer ações concretas e políticas públicas efetivas que promovam a justiça social e a igualdade de oportunidades para todos os brasileiros.

Nesse contexto, as lutas por justiça social e pela construção de uma sociedade plural, democrática, requerem uma compreensão interseccional dos fundamentos constitucionais, que preveem um leque de direitos e garantias fundamentais e sociais, e que quando conhecidos pelas pessoas tornam-nas capazes de problematizar os processos de subalternização e racialização inerentes à situação problema da atualidade. De acordo com Patricia Hill Collins, em seu livro "Bem mais que ideias: a interseccionalidade como teoria social crítica", interseccionalidade é um conceito que se refere à interação e interconexão de diferentes formas de opressão e desigualdade que afetam indivíduos e grupos em sociedades estratificadas. Essas formas de opressão podem estar relacionadas à raça, gênero, classe social, orientação sexual, idade, entre outras características que são socialmente construídas e influenciam a forma como as pessoas são tratadas na sociedade. A interseccionalidade busca entender como essas diferentes formas de opressão se combinam e interagem entre si, produzindo experiências únicas de opressão e desigualdade para cada indivíduo.

A partir desse entendimento, é possível desenvolver uma análise crítica das estruturas sociais que reproduzem essas formas de opressão, bem como buscar formas de resistência e transformação social que levem em conta a complexidade

das experiências de opressão. Em outras palavras, a interseccionalidade reconhece que a opressão não é uma questão simples de raça, gênero, classe ou qualquer outra característica isoladamente, mas sim uma combinação desses fatores, que se interconectam e se reforçam mutuamente. É uma teoria social crítica que busca trazer luz para as experiências de opressão que são muitas vezes invisibilizadas ou minimizadas, permitindo uma compreensão mais profunda da complexidade das desigualdades sociais.

2. PERSPECTIVAS DISCRIMINATÓRIAS E DESIGUAIS REFLETIDAS NA ATUALIDADE

Os portugueses saíram de sua terra certamente a fim de buscar, em primeiro lugar, benefícios materiais, sendo as duas grandes atrações: o ouro e as especiarias. As especiarias eram produtos como a pimenta, a noz-moscada, e a canela, que serviam principalmente para disfarçar o mau gosto dos alimentos, visto que, nessa época não havia refrigeração então, era muito comum que os alimentos estragassem. Ao mesmo tempo havia um espírito de aventura dos portugueses que os levaram ao desejo de conhecer novas terras. Havia uma fantasia do que era o "novo mundo", e isso povoava o imaginário dos europeus desde a idade média.

Ao chegar a "nova terra", os portugueses passaram a escravizar os índios, estes defenderam até o limite possível seu modo de ser e de viver, sobretudo depois de perderem as ilusões dos primeiros contatos pacíficos, e perceberem que a submissão ao invasor representava sua desumanização como "bestas de cargas" eles se viram coagidos, e ainda quando alguns índios fugiam para o interior das matas, a explicação dada para tal comportamento era que não era da natureza do índio trabalhar nas lavouras, algo, por exemplo, que era entendido, na época, como sendo próprio do homem negro. Este pensamento abriu as portas para um comércio negreiro e a importação de escravos para o Brasil. (CHAUÍ, 2001, p. 67).

Os negros sequestrados da África eram tratados de forma totalmente desumana e degradante, e foram introduzidos no Brasil nos últimos anos da primeira metade do século XVI, de início, em menor quantidade, porém, com o passar do tempo a coroa permitia a cada senhor de engenho importar até 120 "peças" (SCHWARCZ, 2019, p.72). O jesuíta Antonil, dono de frases tão sintéticas como cruéis, definiu os escravos como "as mãos e os pés do senhor do engenho porque sem eles no Brasil não é possível fazer, conservar e aumentar fazenda, nem ter engenho corrente". Real alicerce da sociedade, os escravos chegaram a constituir, em

regiões como o Recôncavo, na Bahia, mais de 75% da população. Desde o século XVI e até a extinção do tráfico, em 1850, o regime demográfico adverso verificado entre os cativos em razão das mortes prematuras e da baixa taxa de nascimento levou a uma taxa de crescimento negativo e à necessidade de constante importação de mão de obra escrava da África. Tal atividade gerou uma classe influente de traficantes de homens, em direção à América, e o crescimento da demanda por produtos usados no comércio com a costa africana, como o fumo e a aguardente. Nesse mesmo sentido, Darcy Ribeiro comenta que:

> "o Brasil e os brasileiros, sua gestação como povo surge da confluência do entrechoque e do caldeamento do invasor português com os índios silvícolas e campineiros e com os negros africanos aliciados como escravos. Nessa confluência que se dá sob a regência dos portugueses, matrizes raciais díspares, tradições culturais distintas, formações sociais defasadas, se enfrentam e se fundem para dar lugar a um 'povo novo', em um 'novo modelo' de estruturação societária que se perpetua até os dias de hoje, fazendo com que haja discriminações pura e simplesmente pela cultura de dados povos. 'Novo', porque surge como uma etnia nacional, diferenciada culturalmente de suas matrizes formadoras. Fortemente mestiçada, dinamizada por uma cultura sincrética e singularizadora, pela redefinição de traços culturais dela oriundos. Também "novo" porque se vê a si mesmo e é visto como uma "gente nova", um novo gênero humano diferente de quantos existam. 'Povo novo', ainda, porque é novo o modelo de estruturação societária que inaugura uma forma singular de organização socioeconômica, fundada num tipo renovado de escravismo e numa servidão continuada ao mercado mundial. 'Novo', inclusive, pela inverossímil alegria e espantosa vontade de felicidade, num povo tão sacrificado" (RIBEIRO, 1995. p. 19).

Logo que os portugueses avistaram a possibilidade de enriquecer através das terras brasileiras, houve uma expansão europeia que não existiu por si só, mas através de meios degradantes, e tratamentos desumanos exercidos em relação ao índio e ao negro, sendo estes os grandes e reais provedores do desenvolvimento do mercado mundial em relação à Europa. Ainda no que concerne a chegada dos portugueses no Brasil, é válido destacar que houve a criação de um paradigma sob um prisma negativo, pois, as identidades e crenças vividas na época pelos índios foi vista como "selvagem", e isso é reafirmado através dos jesuítas que vieram para o Brasil a fim de catequizar os índios no vão entendimento de que os índios eram violentos, quando na verdade, apenas exerciam a sua cultura. Outro ponto a se destacar se refere aos negros, pois, além de serem sequestrados para o Brasil de forma desumana eram proibidos de manifestar sua religião. Nesse sentido, é fato que antes mesmo dos portugueses chegarem ao Brasil os índios já habitavam as terras, ou seja, as terras brasileiras não foram descobertas como costuma se dizer, mas sim apenas encontradas pelos portugueses. Em contrapartida ao que

Ribeiro (1995. p. 23) destaca, é fato que desde os períodos pretéritos não havia uma uniformidade cultural brasileira, pois as raízes do Brasil são os índios e os negros e estes foram submetidos a tratamentos desumanos, ou seja, sempre viu-se a profunda distância social gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu, onde o índio e o negro não foram inseridos na sociedade como sendo parte dela e criadora da cultura brasileira.

Nestes termos hipoteticamente, pode-se afirmar que a população brasileira não possui um amplo conhecimento acerca da sua identidade nacional nos dias atuais. Sob essa perspectiva é que se verifica que sem práticas e atores sociais, e que ditas práticas e atores não existem senão no interior de relações sociais, diferentes tipos de relações sociais podem dar origem a diferentes tipos de epistemologias. Enfim, toda experiência social produz e reproduz conhecimentos e, assim procedendo, pressupõe uma ou várias epistemologias, nas palavras dos autores:

> As diferenças podem ser mínimas e, mesmo se grandes, podem não ser objeto de discussão, mas, em qualquer caso, estão muitas vezes na origem das tensões ou contradições presentes nas experiências sociais sobretudo quando, como é normalmente o caso, estas são constituídas por diferentes tipos de relações sociais. (SANTOS e MENESES 2010, p. 15).

Ou seja, quando os portugueses chegaram ao Brasil, a primeira visão que tiveram dos índios foi de que eram selvagens, o que se materializou na forma de violência, e da mesma forma deu-se com os escravos, pois conforme comentado, as atividades de braçais estavam relacionadas com o negro, sendo esse um dos motivos pelos quais eles foram sequestrados para o Brasil e aliciados como escravos. Isso se perpetua até os dias atuais, pois na maioria dos casos os índios e negros estão relegados a serem rés da sociedade.

Dados históricos, bem como dados do IBGE, mostram que havia concentração de uma força de trabalho escrava recrutada para servir os propósitos mercantis alheios a dignidade, através de um processo tão violento de ordenação e repressão que constituíram de fato um continuado genocídio e etnocídio implacável. Atualmente, todas essas perspectivas tratadas acabam sendo refletidas no dia a dia de muitos brasileiros, o analista da Gerência de Indicadores Sociais do IBGE, André Simões comenta que:

> "A população preta e parda está inserida normalmente em ocupações de maior vulnerabilidade social, com rendimentos menores, enfim, com trabalhos menos formalizados também. Há uma proporção maior de população preta e parda informal também no mercado de trabalho e isso se reflete em menores rendimentos" (IBGE, 2022).

Uma pesquisa do (IBGE, 2022) também mostra as diferenças de renda de todos os pretos e pardos brasileiros, cerca de 35% viviam com R$486,00 praticamente o dobro da proporção de brancos na linha da pobreza, a diferença se repete entre os que vivem na extrema pobreza; os pretos e pardos são praticamente o dobro dos brancos. O rendimento médio dos trabalhadores brancos (R$3.099,00) superava muito o de pretos (R$1.764,00) e pardos (R$1.814,00) em 2021; mais da metade 53,8% dos trabalhadores do país em 2021 eram pretos ou pardos, mas esses grupos, somados, ocupavam apenas 29,5% dos cargos gerenciais, enquanto os brancos ocupavam 69,0% deles. Em 2020, houve 49,9 mil homicídios no país, ou 23,6 mortes por 100 mil habitantes. Entre as pessoas brancas, a taxa foi de 11,5 mortes por 100 mil habitantes. Entre as pessoas pardas, a taxa foi de 34,1 mortes por 100 mil habitantes e, entre as pessoas pretas, foi de 21,9 mortes por 100 mil habitantes.

> "As populações preta e parda representam 9,1% e 47% da população brasileira, respectivamente. Mas, nos indicadores que refletem melhores níveis de condições de vida, a participação dessas populações é mais baixa" (IBGE, 2022).

É possível considerar que essas desigualdades se fazem presente no dia a dia de muitos brasileiros, pois, a forma com que a história do Brasil se deu impossibilitou que o negro fosse devidamente inserido na sociedade de forma plena sem nenhum tipo de discriminação após a promulgação da Lei Aurea. Da mesma forma com os índios, pois, é fato que estes tiveram papel importante na formação do povo brasileiro, no entanto, em diversas regiões do Brasil as pessoas insistem em excluir o índio e o negro da sociedade, e ainda, trata-os de forma pejorativa, relegando-os a miserabilidade. O acesso à educação, às políticas públicas, ao mercado de trabalho, são exemplos garantias fundamentais e sociais atinentes a todos, ou seja, se aplicadas de forma plena, seriam agentes de mudança para o cenário atual, e faria com que todas as pessoas pudessem ter a oportunidade de se mover dentro das estruturas do corpo social. A população indígena e afro-brasileira são dois grupos que têm sofrido historicamente com a interseção de várias formas de opressão, incluindo raça/cor, etnia, geração, gênero e classe. De acordo com os dados do IBGE elencados, a população indígena e afro-brasileira apresenta indicadores sociais muito mais desfavoráveis do que a média nacional em quase todas as dimensões.

Em termos de raça/cor, os dados do IBGE mostram que a população afrodescendente tem uma renda média muito inferior à população branca, além de serem mais afetados pelo desemprego e pela pobreza. Já os povos indígenas têm uma

esperança de vida mais baixa e enfrentam um acesso limitado a serviços básicos como saúde, educação e saneamento.

Em relação à etnia, a população indígena sofre com a perda de suas terras e recursos naturais, além de enfrentar uma série de violações de direitos humanos, como a violência e o racismo institucional. Já os afrodescendentes sofrem com o racismo estrutural e com a falta de representatividade nos espaços de poder e decisão.

3. A PERSPECTIVA DO BRASILEIRO ACERCA DE SUA IDENTIDADE NACIONAL

Diante de toda a perspectiva histórica, é fato que o processo de desigualdade estrutural ainda perpetrada na vida do brasileiro impossibilita que ele enxergue de forma epistemológica como se deu o processo de formação do Brasil, pois, o existe a questão das desigualdades até mesmo no âmbito de acesso à história e à educação. Por esse motivo é que se verifica diversas vicissitudes, dissimilitudes atinentes a como deveria se dar a conjuntura social para que assim fosse pleno o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dos direitos sociais e dos objetivos fundamentais dessa mesma República.

No Brasil, a discussão sobre a identidade nacional tornou-se mais recorrente, em primeiro lugar, pelo tamanho continental do país e o processo histórico de sua ocupação, que envolveu não apenas o colonizador português, mas diversas etnias indígenas e africanas, dentre outros migrantes europeus e os asiáticos, além dos fortes fluxos migratórios internos.

O primeiro momento de intervenção sistemática do Estado brasileiro na cultura ocorreu após a "Revolução de 1930". Quando assume o governo, Getúlio Vargas procura unir o país em torno do poder central, construir o sentimento de "brasilidade", reunindo a dispersa população em torno de ideais comuns, e elaborar uma nova visão do homem brasileiro (BARBALHO, 1998).

Toda historicidade do Brasil é marcada pela não unanimidade quanto ao apreço à diversidade. Diversidade esta que tem por consequência a construção de um povo miscigenado. Em um horizonte marcado pelo estreitamento das possibilidades de transformação quanto a quebra do paradigma da desigualdade é que se identifica a necessidade em reconhecer e estabelecer as garantias pressupostas na legislação quanto à equiparação de todos sem realizar discriminações de origens étnicas, religiosas, culturais, sexuais, dentre diversas outras. No entanto, ain-

da se verifica a excessiva desvalorização das identidades culturais presentes na conjectura social do Brasil, o que acarreta instabilidade das multifacetadas identidades nacionais, tal situação constitui um motivo de preocupação, pois, a sociedade brasileira é herdeira de um processo de colonização em que é notável e fato que houve uma mistura do branco europeu, do negro, e do índio, ou seja, se o brasileiro comete ato com a finalidade de discriminar, ou tratar de forma pejorativa outra pessoa por conta de questões raciais, culturais, este está agindo de forma incoerente e contraditória contra si mesmo. É necessário que haja a quebra do paradigma ainda existente no que se refere a formação social marcada por assustadores níveis de exclusão social.

Ante o exposto, verifica-se que ao invés do brasileiro abrasileirar-se, constata-se que em vários contextos o brasileiro se estrangeirou. Isso se dá, pois, o brasileiro não consegue enxergar suas próprias raízes a fim de valorizá-la, pelo contrário, insiste em pormenorizá-la, e uma das consequências desse "estrangeirar-se" é as desigualdades inerentes a cor, a raça, a cultura, etc. Pois, em muitos casos, a desigualdade é uma realidade que se dá única e exclusivamente pelo fato de o brasileiro não conseguir se enxergar como brasileiro de forma plena, sobre esse assunto, perpassando pelos estudos de Darcy Ribeiro, em que ele discute a formação da identidade brasileira como uma identidade que foi construída a partir de uma série de contradições e exclusões é que verifica-se a construção da identidade nacional brasileira a partir da negação das culturas indígenas e africanas. A identidade é uma construção social, é uma resposta política a um contexto social, e pode ser definida então como o sentimento de pertença a um determinado grupo, mais a avaliação dessa pertença (TAJFEL, 1981). As pertenças grupais orientam os indivíduos a formarem sentimentos e desenvolverem conhecimentos a partir dos processos de comparação social, o que faz com que se sintam membros de um determinado grupo.

A partir das pesquisas sobre o tema, com a finalidade de entender como é o entendimento dos brasileiros acerca do que é identidade nacional, o processo de construção das pesquisas deu-se através de um formulário no Google Forms, que foi divulgado através de redes de comunicação interna, durante o período de 9 junho de 2022, até o dia 30 do mesmo mês, para um público misto, em sua maior parte, pessoas assalariadas, e de diversas etnias, em uma empresa do setor privado no estado do Paraná, é importante destacar que a pesquisa foi realizada no âmbito empresarial, tendo em vista que a estrutura capitalista existente no Brasil também reflete na perspectiva do *status* quo da sociedade em relação a visualização do "ser brasileiro", haja vista que é possível relacionar o contexto da identidade brasi-

leira com o capitalismo a partir da análise de Nancy Fraser sobre as desigualdades estruturais geradas e perpetuadas pelo modelo capitalista.

Com base nas ideias de Fraser, pode-se argumentar que a busca constante pelo lucro e a necessidade de vender a mão de obra no sistema capitalista muitas vezes resultam em uma relação de dependência e alienação. Isso pode levar as pessoas a acreditarem que sua única opção é se submeterem às condições oferecidas pelos empregadores, reforçando uma mentalidade de necessidade e limitação de escolhas.

Essa dinâmica pode ser entendida como uma continuação de padrões históricos de exploração e submissão que ocorreram durante a época da colonização no Brasil, mas agora de forma "moderna" e estrutural. A relação de dependência econômica e a percepção de que se depende da renda oferecida pelo empresário podem contribuir para a reprodução de desigualdades sociais e econômicas.

No entanto, é importante ressaltar que essa hipótese é uma interpretação das ideias de Nancy Fraser aplicadas ao contexto brasileiro. Diversos fatores sociais, econômicos e políticos também influenciam a realidade brasileira, e uma análise aprofundada requer considerar múltiplas perspectivas e abordagens, o que também compõe pesquisas posteriores a essa.

Como eixo principal, a pesquisa indagava: “Você já parou para pensar que várias desigualdades sociais e atos discriminatórios que existem atualmente estão relacionados com o pouco apreço dado ao ‘ser brasileiro’? Atualmente, ainda existem resquícios de períodos pretéritos em que se observará o desprezo, tratamento desigual ao índio, ao negro, etc. Mas, você já analisou que o Brasil constituído nos dias atuais advêm da miscigenação do branco europeu, do índio e do negro? Ou seja, se há ato atentatório a um brasileiro, pura e simplesmente por ser brasileiro, há um ato atentatório contra a sua própria identidade. Diante de diversas realidades no Brasil, observa-se que há, em alguns casos, a inexistência da visão de uma ‘identidade brasileira’, exercida pelo próprio brasileiro devido à privação de conhecimento. As perguntas realizadas foram:

> a) Você conhece de forma plena como o Brasil foi constituído? (história, elementos culturais, evolução legislativa, etc?)
>
> b) Você observa no seu dia a dia, tratamentos desiguais, desumanos, falta de possibilidades, discriminação de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de distinção que existam?
>
> c) Você já foi alvo de algum tipo de discriminação?
>
> d) A Constituição Federal de 1988, que corresponde a "lei maior" do Ordenamento Jurídico Brasileiro, no seu art. 3º dispõe que:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
> Você observa esses objetivos sendo estabelecidos no seu dia a dia?
> e) Você, como cidadão brasileiro tem buscado estabelecer uma cultura de igualdade e justiça no meio em que está inserido, a fim de atuar como peça chave para a mudança do contexto discriminatório e desigual no Brasil?
> f) Sob a ótica social do "ser brasileiro", o que você entende por "identidade brasileira"?
> g) Na sua opinião, por que existe desigualdade e discriminação no dia a dia de muitos brasileiros?
> h) Na sua opinião, o que é necessário para erradicar as desigualdades sociais e as discriminações de origem, raça, sexo, cor, idade, dentre outras formas de distinção que existem?

A pesquisa foi disponibilizada a 329 pessoas, infelizmente não houve respostas, e isso reitera ainda mais a ideia de que grande parte da população desconhece suas raízes, e ainda, diante de possibilidades de tratar sobre o tema, ignoram. Dentre os pontos elencados, muitas pessoas comentaram a posteriori que era muito difícil responder o questionário. Isso externaliza o descaso que a educação e a ciência histórica sofrem no Brasil, pois, os estudos antropológicos são relegados a segundo plano, com baixos investimentos e falta de estrutura, o que contribui para a falta de interesse e engajamento da sociedade. Além disso, em diversas situações verifica-se a visão eurocêntrica dos estudos sobre a história, isto é, no Brasil por vezes os estudos concentram-se no ensino das culturas europeias, deixando de lado rica diversidade cultural do Brasil, e isso reforça a ideia esdruxula de que a historicidade do Brasil é menos importante. Em resumo, a falta de educação histórica no Brasil se materializa em situações desiguais, e no baixo interesse em discutir sobre o tema, nesse sentido, abre-se a lacuna para um projeto de pesquisa posterior, em que se pode discutir Políticas Públicas decoloniais no âmbito educacional, isto é, na libertação da resistência em considerar o povo brasileiro sob perspectivas subalternas, de forma breve, as políticas públicas decoloniais no âmbito educacional buscam desconstruir a hegemonia do pensamento eurocêntrico nas escolas e promover uma educação mais inclusiva, plural e crítica. Essas políticas têm como objetivo combater a discriminação, a exclusão e a marginalização de grupos historicamente oprimidos, como indígenas, negros, mulheres, LGBTs, entre outros.

4. A RELAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA DA IDENTIDADE DO BRASILEIRO A FIM DE ERRADICAR AS DESIGUALDADES SUBSEQUENTES DAS ALTERIDADES SOCIAIS

Toda a conjectura que relaciona as mazelas sociais existentes estão relacionadas a como se deu o processo de formação da nação brasileira, portanto, impõe-se como tarefa urgente a procura de uma forma de compreensão da dinâmica das transformações culturais em curso no Brasil que possa, por um lado, respeitar, fomentar e através de políticas públicas, por exemplo, externalizar as expressões da diversidade cultural brasileira e, por outro lado, fortalecer os vínculos identitários capazes de garantir coesão simbólica e política à desigual e conflituosa realidade brasileira. Nesse sentido:

> "Uma cultura nacional é um discurso, um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos, e ao fazer isso, constrói identidades. Esses sentidos estão contidos nas histórias que são contadas sobre a nação, memórias que conectam seu presente com seu passado e imagens que dela são construídas (MARCELO FIGUEIREDO, 2021)."

As nações são sempre compostas de diferentes classes sociais e diferentes grupos étnicos e de gênero. Para além da definição jurídica "nação", há também o significado de uma comunidade política marcada por uma origem comum, ao menos por uma língua, cultura e história comuns. A identidade marca o encontro de um passado com as relações sociais, culturais e econômicas nas quais o Brasil vive na atualidade. A identidade é a intersecção de nossas vidas cotidianas com as relações econômicas e políticas de subordinação e dominação.

"Sobretudo a mestiçagem era considerada um grande mal; quase uma sina local. Afinal, teorias como o darwinismo racial e mesmo a antropologia criminal de Cesare Lombroso faziam muito sucesso no país" (SEYFERTH, 2003, p. 40). Supunha-se que as raças correspondiam a dados essenciais e fixos, e que a humanidade se dividia a partir delas em hierarquias naturais. Ou seja, cada raça teria potenciais distintos e inalteráveis, estando os brancos caucasianos no topo da pirâmide social e evolutiva, e os negros na base. Contudo, piores que as raças puras seriam as mestiçadas, as quais, de acordo com esses mesmos teóricos, eram passíveis de todo tipo de "degeneração hereditária". Segundo profissionais brasileiros como Nina Rodrigues (1935), médico da Faculdade de Medicina da Bahia, os mestiços estariam mais propensos à criminalidade, à loucura e a outros "estigmas" próprios de seu grupo racial. Não por acaso, em 1894 Nina Rodrigues publicou o livro As

raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil, propondo a existência de dois códigos penais, um para brancos e outro para negros, adaptados aos "graus de evolução de cada grupo". Em contrapartida, a essas teorias, verifica-se que desde tempos pretéritos perpetuou-se a ideia e atitudes que visavam discriminar o negro e o índio, portanto, ao contrário disso e a fim de exterminar tais atitudes lesivas ainda externalizadas por muitos. Nessa perspectiva, graças à evolução social e consequentemente legislativa é possível verificar a perspectiva da identidade nacional brasileira em alguns dispositivos jurídicos, como, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 que em seu preâmbulo dispõe que:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O início do texto constitucional já estabelece uma relação de equiparação em relação a todas as pessoas, e ainda reitera a fala de que o "povo brasileiro" reunido em Assembleia Nacional Constituinte instituiu o Estado Democrático de direito que tem como premissa assegurar diversos direitos sociais que viabilizem o desenvolvimento do povo brasileiro, sem qualquer forma de discriminação. Nos primeiros artigos da Constituição também se observa que muito se ratifica sobre direitos atinentes a todos, o racismo também é uma pauta presente, o art. 5º inciso XLII dispõe que: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"; O índio também recebe proteção constitucional, pois, o art. 231 fixa que: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". O parágrafo único deste mesmo artigo estabelece de forma extremamente clara o respeito as tradições indígenas: "Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei".

Além da Constituinte, existe também o Estatuto do Índio (Lei 6.001) que visa regular a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito da preservação de sua cultura e da harmoniosa comunhão social. Além disso, no ano de 2010, foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial, (Lei 12.288) que

basicamente estabelece a garantia da efetivação da igualdade de oportunidades, e o combate à discriminação a intolerâncias étnicas.

Ainda que existam dispositivos legais que assegurem a dignidade da pessoa humana acerca das mais diversas etnias existentes no Brasil, é necessário que haja uma mudança de cultura no que concerne ao engajamento de algumas pessoas em se reconhecerem como resultado da miscigenação de um povo que sofreu das mais diversas formas. Nesse aspecto, retoma-se a análise comentada acerca da pesquisa aplicada em que não resultou dados, pois, é possível verificar que legislações existentes, pesquisas realizadas pelos autores citados, ainda que reais e disponíveis, não fazem parte do leque de interesses de boa parte da sociedade, pois, conforme já elencado, a educação histórica é preponderantemente eurocêntrica, o que traz como consequência a falta de interesse em compreender o que é de fato a identidade nacional. o que traz como sequela, as desigualdades.

O livro Macunaíma (1978) de Mario de Andrade, por exemplo, representa o resultado de um período fecundo de estudos e dúvidas sobre a cultura brasileira, incorporando traços de uma cultura não letrada, em que se inseriam indígenas, caipiras, sertanejos, negros, mulatos e brancos, muitos deles até então esquecidos nas artes nacionais. Mário, que nasceu e viveu na cidade de São Paulo, que nunca saiu do país, foi sem dúvida o personagem mais significativo nesse processo de "abrasileiramento do Brasil". Não que ele fosse xenófobo, ou tivesse aversão a valores do estrangeiro. Seu fito era adquirir uma dicção própria, relacionando-se com as culturas e histórias de seu país. Mário de Andrade e seu livro restaram como ícones desse novo momento em que o Brasil começava a se entender e autofotografar. Não só se negava o argumento racial e seu derrotismo, como a mestiçagem e a presença de negros aqui viravam características fundamentais: uma verdadeira fortuna.

Diversos autores e teóricos da área de estudos sociais e culturais, como Benedict Anderson em sua obra "Comunidades Imaginadas (2008)" e Eric Hobsbawm em "A Invenção das Tradições (1984)". Ambos defendem que a ideia de nação e de identidade nacional são construções sociais e culturais que se apoiam na elaboração de uma consciência histórica comum, formada por mitos, símbolos, tradições e memórias compartilhadas pelos membros dessa comunidade imaginada. Assim, conforme a afirmação é consistente desses autores, possível afirmar que a identidade nacional remete à consciência histórica de determinada nação.

A cultura, em especial a cultura popular, assume, assim, um caráter estratégico na construção e reafirmação da identidade nacional, a despeito da dificuldade de sua compreensão e das lutas e disputas travadas em seu seio. Na tentativa de

recortá-la e formatá-la é possível enxergar uma disputa por fazer dela um discurso legitimador daquele (grupo, classe ou mesmo o Estado) que a reivindica para si e sobre ela pretende exercer seu controle. Gilberto Freyre afirma que: "Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma quando não na alma e no corpo, a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena e/ou do negro (FREYRE, 1933, p. 21)", o que torna a mestiçagem uma questão de ordem geral.

Também o antropólogo Roquette Pinto, presidente do I Congresso Brasileiro de Eugenia, ocorrido em 1929, previa um país cada vez mais branco: em 2012 teríamos uma população composta de 80% de brancos e 20% de mestiços; nenhum negro, nenhum índio. A entrada conjunta e maciça dessas escolas fez com que o debate pós-abolição fosse deslocado da questão jurídica do acesso à cidadania e igualdade, para argumentos retirados da biologia. A ciência naturalizava a história, e transformava hierarquias sociais em dados imutáveis. E o movimento era duplo: de um lado, destacava-se a inferioridade presente no componente negro e mestiço da população; de outro, tentava-se escamotear o passado escravocrata e sua influência na situação atual do país. Desenhava-se, assim, uma espécie de subcidadania, que mirava os habitantes dos sertões, mas também dos "cortiços", tão bem descritos por Aluísio Azevedo, que, em 1890, publicou O cortiço, romance em que caracterizava tais aglomerados como verdadeiros barris de pólvora, não só por reunirem populações tão distintas portugueses, espanhóis, ex-escravos, negros e mulatos livres como por carregarem as mazelas dessa urbanização feita às pressas e às custas da expulsão de largos contingentes populacionais.

Michel de Montaigne, filósofo francês faz uma análise que corrobora nesse contexto, ele comenta que:

> "Há uma relativização e grande diferenciação que desde a antiguidade existe em relação ao 'bárbaro' e o 'civilizado', pensando na ideia de que não existe barbárie e civilização, essa divisão é binária nas sociedades, até porque a diferença da cultura que o outro tem, não faz o outro bárbaro ou civilizado, mas faz sim a própria cultura (MONTAIGNE, 1580, p. 49)".

Nesse sentido, o termo alteridade se cabe nesse contexto para pensar que é válida a ideia de relativismo, pensar e enxergar o outro independente da forma como o outro se organiza a fim de respeitá-lo. A ideia de alteridade e relativismo cultural é amplamente discutida na filosofia e nas ciências sociais. Diversos autores defendem que é necessário respeitar a diversidade cultural e entender que cada sociedade tem suas próprias crenças, valores e práticas, o que não significa que uma seja superior ou inferior à outra.

Viveiros de Castro propõe uma "ontologia do ser social" que parte da ideia de que cada sociedade tem uma forma particular de conceber o mundo e a realidade. Ele argumenta que, "ao invés de buscar uma compreensão universal da realidade, é necessário respeitar e valorizar as diferenças culturais e compreender que cada sociedade tem suas próprias formas de organização e concepção do mundo (SOUSA, 2022, p. 21)".

Por fim, é fato que o viés atinente ao assunto precisa continuar a ser estudado de forma científica e epistemológica, para dessa forma instituir políticas públicas de como estender esse conhecimento para todas as esferas da sociedade de forma igualitária.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Redarguindo as questões que viabilizem o tema da pesquisa, *"Por que nos dias atuais ainda existem desigualdades e discriminações tipificadas das mais diversas formas no dia a dia de muitos brasileiros sendo o Brasil um país miscigenado?"* E ainda, "*como é o entendimento do brasileiro acerca da questão social de sua própria identidade?"* Por fim, "*o direito tem cumprido seu papel de regulador do corpo social diante dessas perspectivas jurídico sociais?"*

Percebe-se que se faz urgente o reconhecimento do caráter multicultural de grande porte, a fim constatar a pluralidade de identidades culturais que tomam parte na constituição histórico social da cidadania, é necessário se alertar para a necessidade do reconhecimento da fragmentação de uma noção de identidade fixa e bem localizada, enfatizando a pulverização das identidades culturais de classe, gênero, etnia, raça, padrões culturais voltadas a construção de uma sociedade democrática e ao desenvolvimento da cidadania crítica e participativa, que corrobora com a ideia de uma educação multicultural voltada para a incorporação da diversidade cultural no cotidiano dos brasileiros, pois, muito do que se observa na atualidade, é fruto da baixa visibilidade dada ao estudo da historicidade do "ser brasileiro". Nesse sentido se faz necessário no contexto da educação básica, por exemplo, haver uma rediscussão do tema do nacionalismo, para que desde cedo os cidadãos possam crescer tendo em mente como de fato se deu o processo de formação do Brasil, como por exemplo, abordagens em educação para a pluralidade cultural e as concepções de identidade nacional e pluralidade identitária nelas apoiadas.

Ainda que o direito busque cumprir seu papel de regulador do corpo social, é necessário a quebra do paradigma no que concerne a intolerância ainda presente na vi-

são de alguns brasileiros, que consequentemente acarreta as mais diversas formas de discriminação, a lei além de estar positivada, precisa ser conhecida e cumprida por todos, e isso se dá através de uma educação histórica bem estruturada.

Por fim, as dissemelhanças presentes nos dias atuais, são consequências de como a organização da sociedade brasileira foi se dando, brancos no topo da pirâmide e negros, mestiços, índios e pardos na parte baixa da pirâmide, no entanto, frise-se que toda a historicidade se desenvolveu, pois, a base da pirâmide foi essencial para tal criação, ou seja, o paradigma da desigualdade deve ser desconstruído através do entendimento legislativo epistemológico e intrínseco de que todos são iguais perante a lei, e também merecedores de respeito, e igualdade de oportunidades.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas*: Reflexões sobre a Origem e a Difusão do Nacionalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ANDRADE, Maria de. *Macunaíma*. São Paulo: Circulo do Livro S.A., 1983.

ARAÚJO, G. F. .; BARBOSA, A. de S.. Cultura e identidade nacional nos anos Vargas: tensões e contradições da uma cultura oficial. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 72–106, 2016. DOI: 10.35699/2525-8036.2016.5009. Disponível em: https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/e5009. Acesso em: 20 fev. 2023.

AZEVEDO, Aluísio. *O Cortiço*. 36. ed. São Paulo: Ática, 1995.

BARBALHO, Alexandre. *A modernização da cultura*: políticas para o audiovisual nos governos Tasso Jereissati e Ciro Gomes. Fortaleza: UFC, 2005.

CARNIO, Henrique G. *Direito e Antropologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9788553618101.

CAVALCANTI, A. *Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional.* [s.l: s.n.]. Disponível em: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Diversidade_Cultural/FCRB_DiversidadeCulturalBrasileira_AntonioCavalcanti.pdf.

CHAUÍ, Marilena de Souza.*Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo Collins, 2000.

COLLINS, Patricia Hill.. Bem mais que ideias: a interseccionalidade como teoria social crítica. São Paulo: Editora Boitempo, 2022. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.Acesso em: 26 fev. 2023.

DA, A. *Uma análise jurídico social acerca da identidade brasileira*.. Disponível em: https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSf53GxaVkwhLmRp_WK9XLwZY6Ry-XTGP5YKFy57s0j-rxrBzA/viewform. Acesso em: 25 fev. 2023.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

CANEN, Ana. Educação multicultural, identidade nacional e pluralidade cultural:

tensões e implicações curriculares. Caderno de Pesquisa, v. 111, p. 135-149, dezembro de 2000.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Disponível em: https://ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?=&t=resultados. Acesso em: 19 fev. 2023.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Identidade Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597714.

HOBSBAWM, Eric J. *A Invenção das Tradições*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1984.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jul. 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 26 fev. 2023. MENDES, Soraia da R. *Série IDP Criminologia Feminista Novos Paradigmas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547221706.

MENDES, Soraia da R. *Série IDP Criminologia Feminista Novos Paradigmas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547221706.

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO IBGE. Pessoas pretas e pardas continuam com menor acesso a emprego, educação, segurança e saneamento. 2012. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/35467-pessoas-pretas-e-pardas-continuam-com-menor-acesso-a-emprego-educacao-seguranca-e-saneamento. Acesso em: 19 fev. 2023.

MONTAIGNE, Michel de. *Ensaios*. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, v. 4, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 41-125.

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

SEYFERTH, Giralda. *Raça, ciência e sociedade: a emergência do "racismo científico" no Brasil (1870-1930)*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SMITH, P. J. *"Montaigne e o Novo Mundo"*. In: Michel de Montaigne. Dos Canibais. São Paulo: Alameda, 2009.

SOUSA, J. C. A. A *importância da alteridade e do relativismo cultural na antropologia*. 2022. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Sociais) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.

TAJFEL, H. Human groups and social categories. Studies in social psychology. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

O IMPACTO REAL DA AÇÃO POPULAR E A NECESSIDADE DE SUA EFICÁCIA SOCIAL PLENA COMO UM MEIO PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

THE REAL IMPACT OF ACTIO POPULARIS AND THE NECESSITY OF ITS FULL SOCIAL EFFECTIVENESS AS A MEAN TO THE EXERCISE OF CITIZENSHIP AND STRENGTHENING OF DEMOCRACY

*Daniel Silva Caires**

Resumo: Dentre os remédios constitucionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, a ação popular se destaca por sua íntima ligação com o princípio fundamental da cidadania, sendo uma das formas de exercício da soberania popular. Oriunda do Direito Romano, surgiu como instrumento jurídico para a proteção da moralidade administrativa, forma conforme também foi inserta na primeira Constituição brasileira, em 1824, após mais de um milênio em ostracismo. Posteriormente, este instituto evoluiu como um tutelador de direitos difusos e coletivos, tais quais a proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Após criteriosa análise das características da ação popular e de sua gênese, o artigo então passa a discutir a extensão de sua eficácia social, conceito este baseado na definição kelseniana e também de doutrinadores brasileiros. A problematização feita, portanto, é sobre o real impacto da ação popular, perpassando por considerações sobre como o cidadão brasileiro médio utiliza tal remédio constitucional, se esse uso é de fato generalizado e eficaz e as razões socioculturais que justificariam uma possível ausência de penetração do dispositivo nas camadas populares. A conclusão alcançada é de que, embora a ação popular seja dotada de plena eficácia jurídica, o mesmo não se dá com sua contraparte social, que ainda carece de plena efetivação, dado a baixíssima quantidade de ações deste tipo propostas perante ao Poder Judiciário. Por fim, após uma detalhada análise de cunho sociológico sobre o cidadão brasileiro, o artigo sugere a democratização do conhecimento jurídico como a principal solução para a problemática levantada.

Palavras-chave: Ação Popular. Cidadania. Eficácia social.

***Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.**
Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/1583550528236788.

Abstract: Among the constitutional remedies provided in the Brazilian legal order, the ***actio popularis*** *excels for its intimate link with the fundamental principle of citizenship, being one of the ways to exercise popular soveiregnty. Deriving from Roman Law, arose as a legal instrument to protect the administrative morality, and so it was inserted in the first Brazilian constitution, in 1824, after more than a millenium in a ostracism. Afterwards, this institute evolved as a diffuse and colective rights tutor, such as environment and historical and cultural heritage. After a careful analysis of the* ***actio popularis*** *features and its genesis, the article goes on discussing its social efectiveness extension, a concept based on the Kelsen's definition and also that of Brazilian scholars. The problematization made, therefore, is about the real impact of* ***actio popularis****, running through considerations about how the Brazilian average citizen uses this legal remedy and if it is widespread and effective, and the socio-cultural reasons that would explain a possible lack of penetration of this mechanism among the popular classes, The conclusion reached is that, although the* ***actio popularis*** *is endowed with full legal effectiveness, the same does not goes to from its social counterpart, which still lacks full effects, given the very low numberof such actions brought before the Judiciary. Lastly, after a detailed sociological analysis about the Brazilian citizens, the article suggests the democratization of legal knowledge as the main solution to the problem.*

Keywords: Actio popularis. Citizenship. Social effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Na mais elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico nacional se encontra a Constituição de 1988, e partindo de tal pressuposto, logicamente infere-se que toda a normatividade do Direito pátrio dela emana, assim como a própria legitimidade do Estado brasileiro. E, como forma de assegurar esta supracitada normatividade, a Constituição dispõe de mecanismos, chamados de remédios constitucionais, para coibir ofensas à direitos e garantias balizadas por ela própria. E, dentre eles, se encontra o instrumento da ação popular, principal objeto de estudo do presente artigo, cujo escopo é uma problematização sobre o aparente parco uso de tão formidável instituto.

Este trabalho acadêmico, portanto, visa analisar a gênese do instituto da ação popular (que remonta ao Direito Romano), as razões de sua inserção no texto constitucional e nos diplomas legais brasileiros, suas ligações com o basilar princípio da cidadania e, por fim, sua efetividade prática como instrumento tutelador de direitos difusos e coletivos, questionando e aprofundando as razões, variáveis de fatos inerentes à própria constituição do remédio ao *ethos* da população brasileira, de sua baixa utilização pelo seu próprio destinatário (o povo) sendo o problema relacionado ao seu impacto real o ponto fulcral a ser discutido pelo artigo,. Em relação

ao último tópico, apresentamos um conceito de eficácia normativa já existente na doutrina, mas que divide espaço com outra definição, mais ligada às implicações teóricas e pressupostos lógicos de existência no ordenamento jurídico. A noção de eficácia que adotamos, contudo, prima pela verificação do efeito exercido pela norma no tecido social, ou seja, pelas suas implicações práticas.

A relevância do tema é justificada pelo fato da ação popular ter sido inserta no texto constitucional como um meio de exercício da soberania popular e, por conseguinte, da própria cidadania, o que é indispensável para a consolidação da ainda jovem democracia brasileira. Afinal, o Estado Democrático de Direito necessita, sob pena de se tornar letra morta, da firme e constante participação do povo, pois este é seu coração pulsante e núcleo essencial.

A metodologia empregada se sustenta pela abordagem qualitativa e exploratória, com a busca de referenciais teóricos para embasar o material descritivo da origem da ação popular e suas nuances, e também sustentar a tese sobre sua eficácia social. Foi consultada vasta bibliografia, constituída por livros, artigos científicos e monografias, tanto nacionais quanto estrangeiros, além da legislação pátria.

O trabalho é subdividido em duas seções. A primeira trata sobre a ação popular em si, suas origens romanas e a recepção desta no Direito brasileiro. A segunda é sobre o conceito de eficácia social e a real efetividade do instituto supramencionado, se relacionando diretamente com o seu impacto real, que é essencialmente o problema analisado pelo artigo.

2. INSTITUTO DA AÇÃO POPULAR

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O artigo 5º, o mais importante dentre todos os dispositivos constitucionais, traz em seu bojo os direitos e garantias fundamentais, por excelência os meios de proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, ou seja, os constituintes da dignidade da pessoa humana, que é a pedra angular do próprio Estado Democrático de Direito, cuja construção e efetivação é o fim almejado pelo ordenamento jurídico brasileiro e sua Lei Maior. Nele também está previsto o instituto da ação popular, como abaixo transcrito:

> (...) Art. 5º [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patri-

> mônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988)

A simbiótica relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial do artigo 5º, e os direitos e garantias fundamentais é cabalmente demonstrada pelo seguinte conceito desenvolvido por Ingo Sarlet:

> (...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 60.)

O conceito de Sarlet declara os direitos e deveres fundamentais como os concretizadores do supracitado princípio e revela, em sua parte final, a íntima ligação da dignidade da pessoa humana com o princípio da cidadania, este que, conforme o art. 1º da Constituição brasileira, também é sustentáculo do Estado Democrático de Direito (juntamente com a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político). Logicamente, infere-se a interdependência entre todos estes princípios, com variadas normas constitucionais sendo norteadas por mais de um deles. E, dentre elas, se encontra a previsão da ação popular, enunciada no início desta seção (art. 5º, LXXIII), de profundo liame com o princípio da cidadania, destrinchado no tópico a seguir.

2.2 O PRINCÍPIO DA CIDADNIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito clássico de cidadania se relaciona intimamente com a participação política. Conforme Dalmo Dallari (1998), a possibilidade de o indivíduo ter parte ativa na vida social e na governança é o que caracteriza a qualidade de cidadão. Logo, conclui-se que o exercício pleno da cidadania pelo povo é imprescindível para a existência *de facto* de uma democracia. Afinal, tal regime se sustenta justamente pelo respaldo e soberania populares, o que leva à conclusão de que um Estado que formalmente adote o princípio democrático, mas que cujos cidadãos não queiram ou não possuam participação na vida política não é verdadeiramente uma democracia, mas um reles simulacro dela.

Tão congêneres são a democracia e a cidadania que ambas possuem o mesmo nascedouro: a civilização grega, cujo *ethos* favoreceu o florescimento destes

institutos tão caros à sociedade moderna. A formação das *poleis* como associações de homens livres, ou seja, cidadãos, os quais seriam os ativos partícipes da governança das cidades-Estado, contrastam fortemente com as organizações políticas de suas nações contemporâneas, tais quais o Egito, a Mesopotâmia e a Pérsia, marcadas pelo poder absoluto de seus reis-deuses, o que ressalta o pioneirismo dos povos helênicos ao criarem uma organização política tão antropocêntrica e, embora ainda excludente (vide a proibição da participação feminina na gestão do Estado e a prática generalizada da escravatura), muito mais plural do que o comum à época. Contudo, surge uma questão. O que fez os gregos se diferenciarem dos povos circunvizinhos e dar o pontapé inicial para o surgimento dos institutos supracitados? O historiador Geoffrey Hosking argumenta que a própria cultura de escravização predominante à época incutiu nos gregos um sentimento de alta estima pela liberdade e a criação das *poleis* foi tida como a forma mais eficiente de protegê-la. Assim diz Hosking:

> (...) Pode-se argumentar que o crescimento da escravidão foi o que fez os gregos particularmente conscientes do valor da liberdade. Afinal, qualquer agricultor grego poderia se endividar a qualquer momento e então se tornar um escravo...Quando os gregos guerreavam juntos, eles faziam isso com o objetivo de evitar serem escravizados, de evitar serem derrotados por aqueles que poderiam escravizá-los. E eles também criaram suas instituições políticas para se manterem como homens livres (...) (HOSKING, 2005, p. 17, tradução nossa)

Além dos gregos antigos, a civilização romana também foi de grande importância para o desenvolvimento do conceito de cidadania como hodiernamente conhecido. Foi durante o Império Romano, pelo édito do imperador Caracala (212), que a cidadania foi definitivamente reconhecida como um direito de todo homem livre que habitasse qualquer parte do Domínio, independentemente se este tivesse origem patrícia ou plebeia, latina ou estrangeira. Segundo POCOCK (1998), o termo cidadão identificava, para os romanos, o indivíduo livre que poderia invocar a proteção das leis, com o ônus de também se submeter a estas, sendo sujeito de direitos e também deveres. Assim, a prerrogativa de provocar a jurisdição visando a tutela de direitos é incorporada ao instituto da cidadania por herança romana. E, dentre tais prerrogativas do cidadão, se encontrava a *actio popularis*, instrumento jurídico a ser dissecado no próximo tópico e embrião da moderna ação popular.

2.3 *ACTIO POPULARIS* NO DIREITO ROMANO

Antes de tudo, importa salientar que embora a moderna ação popular, presente no ordenamento jurídico brasileiro e nos de muitas outras nações adotantes do sistema legal romano-germânico, seja em grande parte um resgate da velha *actio popularis*, ambas são institutos jurídicos bastante distintos entre si. Conforme pesquisa histórica elaborada por Myriam Benarrós Clementoni, mestre em Direito Romano, a *actio popularis* possuía, além de natureza penal, uma vagueza de definição que até hoje deixa dúvidas se esta era de interesse público ou privado, enquanto a moderna ação popular é de natureza cível e de inegável e único interesse público. Deixando tais discrepâncias de lado e atendo-se às similitudes entre ambas, nota-se que o antigo remédio processual poderia ser invocado por qualquer cidadão, dispensando a existência do interesse específico em agir (o que era exceção no rito processual romano), caso este identificasse violação de algum particular ao interesse público. Ou seja, a *actio popularis* era intimamente relacionada à noção de cidadania, como confirma Clementoni em sua tese: "As actiones populares, não obstante os vários aspectos a serem analisados no que concerne à sua natureza jurídica, caracterizam-se por um (...) instrumento que viabiliza a participação do populus no governo da urbs (CLEMENTONI, 2016, p. 8)"

Com o esfacelamento do Império Romano e o advento da Idade Média, a *actio popularis*, assim como o direito romano como um todo, entrou em um ostracismo. Seu resgate e incorporação no direito brasileiro foi possível apenas graças às revoluções liberais que assolaram o mundo moderno e restauraram algo da antiga noção de cidadania.

2.4 INSERÇÃO DA AÇÃO POPULAR NO DIREITO BRASILEIRO

A conceituação moderna de cidadania, que mescla a participação popular na *res publica* e a sujeição à direitos e deveres, tanto se alimenta do conceito grego, caracterizado pelo primado da participação popular na esfera governamental, quanto do romano, cujo cerne repousa no binômio direito-dever, em um caldeirão de influências também temperado pela modernidade e suas profundas mudanças socioculturais em relação ao período histórico anterior. A queda do *Ancien Régime* em 1789 na França foi o símbolo da repulsa ao absolutismo, do triunfo dos ideais liberais e do início do resgate das noções de republicanismo, democracia e cidadania. Tal efervescência cruzou o Atlântico e influenciou os príncipes portugueses, refugiados na então colônia brasileira por receio do avanço militar napoleônico. Em

1822, algum tempo após a família real lusitana aportar no Brasil e depois de algumas querelas, a independência foi declarada e o país se tornou uma monarquia sob o comando do liberal príncipe português Pedro. Em 1824, é outorgada a primeira Constituição brasileira, altamente influenciada pelo liberalismo, mas ainda submetida à algum restolho despótico, vide o fato de ter sido outorgada, sem participação popular em sua elaboração, e de prever a excrescência do Poder Moderador. E nela também estava previsto o instrumento da ação popular. Segue a transcrição do dispositivo constitucional: "(...) Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra eles acção popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo (...)" (BRASIL, 1824)

Antes de mais nada, cabe uma digressão de como um antiquíssimo instituto do Direito Romano foi alocado na primeira carta constitucional do Brasil (e também em todas as subsequentes, com exceção das de 1891 e 1937). Ora, importa recordar que a região da Lusitânia, onde posteriormente se formaria o reino de Portugal, foi alvo de intensa colonização e influência romana, o que permitiu a seu sistema jurídico fincar suas raízes naquela terra. Depois da queda do Império do Ocidente, a Península Ibérica foi alvo de consecutivas ocupações visigóticas e árabes, com apenas as regiões nortenhas conservando algum grau de independência. Depois de grandes agitações políticas, sociais e militares, Portugal surgiu como nação independente por volta do século XII. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, códigos jurídicos que vigoraram no território português (inclusas as colônias ultramarinas) foram, consoante a supracitada tese de mestrado de Clementoni, adequações dos direitos romano e canônico (este baseado naquele) à realidade portuguesa. Contudo, o absolutismo monárquico impediu que o instituto da *actio popularis* fosse recepcionado durante a Idade Média e Moderna, só reencontrando seu espaço (pelo menos como instrumento legalmente reconhecido) após as já referidas revoluções liberais. A primeira Constituição portuguesa, formulada após a Revolução do Porto, já formalizara a ação popular, em uma redação muitíssimo similar ao dispositivo brasileiro. Como não poderia deixar de ser, há de se notar grande convergência entre os estágios iniciais do direito brasileiro com o direito português, já que este regeu aquele por mais de três séculos de colonização. Antônio Carlos Wolkmer assim define a associação entre os sistemas jurídicos da metrópole lusa e da sua colônia:

> (...) O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada muito mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano. O Direito português, enquanto expressão maior do avanço

> legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito pátrio (WOLKMER, 2007, p. 27).

Esclarecidos os motivos da inserção da ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, cabe analisar sua evolução.

2.5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA AÇÃO POPULAR

Nota-se no supracitado dispositivo constitucional de 1824 uma perspectiva moralizante em relação à função jurisdicional, sendo o polo passivo da ação popular restrito a membros do Poder Judiciário acusados de corrupção, abarcando apenas parte mínima do que é tutelado por este instituto hodiernamente (além da natureza penal comum à antiga *actio popularis*). Em 1891, com a deposição da monarquia e a promulgação da primeira constituição republicana, a ação popular é retirada do ordenamento jurídico. A doutrina majoritária à época, em especial defendida por Clóvis Bevilácqua (1940 apud Clementoni, 2016), sustentava a desnecessidade de tal instrumento, visto como algo arcaico e incompatível com a legislação brasileira, supostamente já tuteladora de qualquer situação que viesse a ser objeto de uma possível ação popular.

Todavia, após o colapso da República Velha, a qual foi uma organização política de teor fortemente oligárquico e um tanto quanto autoritário, foi promulgada, em 1934, uma nova Constituição, altamente influenciada pelo novo paradigma do Estado Social de Direito. Portanto, a ação popular foi reinserta na então Lei Maior, com a seguinte redação: "Art. 113, n° 38: Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios."

Marcos de Lima Porta assim justifica a influência do supracitado paradigma:

> (...) a Constituição de 1934, promulgada em uma fase histórica de grandes transformações. Vivia-se em um contexto histórico interno e externo que reivindicava a jurisdicização de novos temas, entre os quais os relativos aos direitos trabalhistas, aos direitos e garantias individuais e ao direito de voto às mulheres e aos maiores de 18 anos. Esta Constituição teve vida breve por conta do advento do Estado Novo, em 1937. (PORTA, 2011, p. 86).

Como já citado, o regime varguista mais uma vez retirou tal remédio processual dos textos legais. Com o advento da democracia, em 1946, a mais nova Constituição trouxe de volta a ação popular, e esta nunca mais deixou o ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo durante os anos de chumbo da ditadura cívico-mi-

litar. E, em 1988, a Constituição Cidadã fortaleceu ainda mais este histórico dispositivo constitucional. Além da proteção contra atos lesivos ao patrimônio público (já que a tutela do interesse público é, afinal, o núcleo essencial da ação popular moderna), há notável ampliação da legitimidade de ação do cidadão, incluindo não só o pleito da anulação das supracitadas ofensas patrimoniais, mas também de atos lesivos a entidades estatais, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

2.6 AÇÃO POPULAR COMO DIREITO POLÍTICO

Como já estabelecido anteriormente, o conceito dúplice de cidadania comporta tanto a participação popular quanto a sujeição a direitos e deveres, o que é inequivocamente demonstrado pelos direitos políticos, os quais são os parâmetros e garantias constitucionalmente fixados para o exercício da soberania popular, e, consequentemente, da própria cidadania. Para estes, segue a definição feita por Alexandre de Moraes:

> É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status activae civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania (MORAES, 2003, p. 232).

Logicamente, o ajuizamento da ação popular também é considerado como um direito político, devido ao fato de ser uma forma de participação popular e um dos desdobramentos jurisdicionais do princípio da cidadania. Esse *status* é confirmado pelo entendimento doutrinário predominante de que, em exceção à teoria das incapacidades, um indivíduo maior de dezesseis anos e menor de dezoito alistado eleitoralmente possa ajuizar ação popular dispensando assistência, em via de regra obrigatória para que os relativamente incapazes demandem em juízo. Dentre os juristas aquiescentes a este entendimento, encontra-se o próprio Moraes: "Ressalte-se que, no caso do cidadão menor de 18 anos, por tratar-se de um direito político, tal qual o direito de voto, não há necessidade de assistência." (MORAES, 2003, p. 193)

Em suma, como já exaustivamente demonstrado nesta seção, a ação popular é um instituto jurídico de ordem constitucional, referendado pelos princípios da democracia e cidadania, como instrumento de defesa do interesse público e exercício ativo, da parte do cidadão, de seus direitos políticos. Em conformidade com esta tese, está José Afonso da Silva, cujo entendimento doutrinário sobre o tema é assim exposto:

> (...) a ação popular consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito

> próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade (SILVA, 1968, p. 195).

Com o suficiente desenvolvimento do conceito de ação popular e suas implicações históricas e principiológicas perante ao ordenamento jurídico pátrio, passa-se agora à análise de seu verdadeiro impacto como remédio constitucional na vivência do cidadão brasileiro. Afinal, não basta à ação popular existir apenas dentro dos dispositivos legais, necessitando ela cumprir sua missão institucional de salvaguardar a influência direta do povo na política, nas seguintes palavras da Constituição da República: "Art. 1 (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988).

Consequentemente, chega-se à conclusão de que o instrumento ação popular, como qualquer outra norma constitucional, necessita ser dotado de *eficácia social*, tema a ser tratado na próxima seção do artigo. Afinal, a problemática levantada pelo trabalho, ligada à utilização deste remédio pelo povo, perpassa justamente pela existência e extensão de tal eficácia.

3. EFICÁCIA SOCIAL DA AÇÃO POPULAR

3.1 CONCEITO DE EFICÁCIA

Consoante à clássica sistematização kelseniana, admite-se que a norma jurídica é classificada conforme dois distintos critérios: o da validade e o da eficácia. Enquanto o primeiro se relaciona com a obrigatoriedade de cumprir algum comando normativo, o segundo se liga à observância de tais comandos pelos indivíduos sujeitos a ele. Nas palavras do próprio Kelsen, assim se dá a diferenciação:

> (...) O Direito como norma válida encontra sua expressão na afirmação de que os homens devem se conduzir de certa maneira, uma afirmação, que, desse modo, não nos diz coisa alguma sobre eventos efetivos. A eficácia do Direito (...) consiste no fato de que os homens são levados a observar a conduta requerida por uma norma pela ideia que têm dessa norma (...) A única conotação vinculada ao termo eficácia do Direito neste estudo é, portanto, a de que a conduta efetiva dos homens se conforma às regras jurídicas (KELSEN, 1998, p. 56).

Eficácia significa portanto, no contexto ontológico, o cumprimento da norma como ser, e não apenas dever-ser. Ou seja, é a efetiva transcrição da norma para a realidade fática. A definição de Kelsen encontra eco na doutrina majoritária brasileira, possuindo maior afinidade com o conceito de eficácia social, o qual, segundo Teori Zavascki, assim se define:

> (...) designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados no preceito normativo. Aqui a eficácia da norma de direito é fenômeno que se passa, não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos e por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade (ZAVASCKI, 1993, p. 248).

No tocante ao ramo do direito constitucional, é relevante frisar a distinção entre o conceito kelseniano de eficácia, tão próximo à concepção doutrinária brasileira de eficácia social que ambos podem ser considerados idênticos, e a noção de eficácia jurídica, a qual é basilar para a afamada classificação de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais feita por José Afonso da Silva. Conforme preceitua Michel Temer (2007), esta significa a aptidão da norma a produzir efeitos concretos e a revogação, no mundo jurídico, das normas conflitantes. É disto que Silva trata em sua clássica teoria, e não da eficácia social, esta que, antes de tudo, deve ser vista pelo prisma sociológico, já que trata sobre os efeitos do Direito na coletividade humana. E, é sobre esta segunda que a análise promovida pelo artigo se debruça, de forma a defender a tese de que a plenitude da eficácia social da ação popular tem essencial papel para o exercício da cidadania e a consolidação do regime democrático.

3.2 DEMOCRACIA DIRETA E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A ação popular, como já exaustivamente mencionado, é caracterizada por ser um meio de exercício da cidadania e da soberania popular. Em verdade, é um dos poucos meios diretos de participação popular possíveis em meio ao primado do princípio representativo no regime democrático brasileiro (assim como em todas as democracias modernas). Como é bem sabido, ao contrário da noção ateniense clássica de democracia, as repúblicas modernas, erigidas após o Iluminismo e as revoluções ao final do século XVIII, se constituem pela delegação do poder popular a representantes eleitos, que de fato o exercem, em nome deste mesmo povo. James Madison (2001), no décimo artigo do "*Federalista*", explica a necessidade da instituição deste princípio, baseando-se na impossibilidade da formação de uma "democracia pura"

(termo pelo qual nomeia a democracia direta) em territórios de grandes proporções e populações como as nações contemporâneas, além da possibilidade da tomada do poder por uma facção majoritária a qual tiranicamente oprima as minorias.

Tal pressuposto teórico é ubiquamente aceito como um dos fundamentos do Estado moderno, o que, logicamente, gera restrições à participação popular na gerência estatal. Contudo, embora minoritário, o princípio da democracia direta é também referendado pela Constituição brasileira, como confirma o dispositivo transcrito: "Art. 1º (...) Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988).

A Carta Magna também traz outro dispositivo que trata sobre o tema, como citado a seguir: "Art. 14º (...) a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante (...) iniciativa popular (...)" (BRASIL, 1988).

Embora não seja nominalmente citada nos dispositivos acima, a ação popular é, conforme supramencionado nos tópicos anteriores, considerada pela doutrina como um dos meios de exercício da democracia direta. Assim, a plenitude de sua eficácia social é um método de otimizar o mandamento constitucional, de maneira que sua a ausência é um óbice para a incidência normativa plena da Constituição, o que em si é um estorvo para a tão almejada consolidação do Estado Democrático de Direito. E, como forma de explicar as razões que levaram à proteção constitucional da democracia direta, a próxima subseção destrinchará um importante conceito elaborado por Jürgen Habermas: o de democracia deliberativa.

3.3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Um dos principais objetos de estudo da Filosofia do Direito são as razões as quais justificam a validade e a coercitividade de determinada ordem jurídica. Ao longo do fluxo histórico, já foram propostas explicações de cunho teológico, moralista ou elitista, ou até mesmo um coquetel como a quimérica *teoria do direito divino dos reis*. Todavia, o alvorecer da modernidade consolidou a noção de que a legitimidade do Direito provém da vontade popular, como oportunamente disserta Jürgen Habermas:

> É por isso que o conceito do direito moderno (...) 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 consciente de todos, os cidadãos livres e iguais (HABERMAS, p.53, 1997)

Esta concepção, portanto, aponta um importantíssimo papel para a cidadania, tida como legitimadora do ordenamento jurídico. E, além dela, Habermas apresenta um idealizado conceito de suma relevância para a compreensão da importância dos meios de participação direta da sociedade civil na gestão do Estado: o da democracia deliberativa, caracterizada pelo acentuado e pleno exercício dos direitos políticos pelos cidadãos, o que, conforme Habermas, é o único meio de, com absoluta certeza, efetivar o regime democrático. Nas palavras do próprio:

> (...) status de um cidadão ativo, através do qual o indivíduo singular pode influir na transformação democrática de seu status. Pois somente os direitos políticos de participação fundamentam a colocação reflexiva do direito de um cidadão. Por sua vez, os direitos negativos à liberdade e os direitos de participação social são possíveis sem que haja democracia. (HABERMAS, p. 109, 1997).

Ou seja, a definição de democracia se destaca por transcender a noção reducionista de que este regime político pode ser unicamente institucional, prescindindo da participação popular constante em meio a todos os seus processos. A democracia de modo algum deve ser aceita como uma simples votação periódica para escolher representantes. Ela deve ser vivida diariamente pelos cidadãos que a formam, sob pena de haver um governo popular apenas nominalmente, como era a famigerada república do café-com leite, regime vigente no Brasil no início do século XX. E tal vivência e participação é realizada pelos institutos que permitem a intervenção direta do cidadão no Estado, tais quais a ação popular. Portanto, o conceito habermasiano supramencionado se comunica diretamente com a problemática tratada no escopo do artigo, sendo a plenitude da eficácia social da ação popular um elemento consolidador da democracia.

3.4 IMPACTO REAL DA AÇÃO POPULAR

Primordialmente, este artigo almeja, como já anteriormente exposto, discutir criticamente o impacto real da ação popular, sendo este tópico, portanto, o ápice da progressão teórica do trabalho. E, em busca da maximização de tal impacto, a Constituição de 1988 fez concessões, como a seguinte: "Art. 5º (...) LXXIII - (...) ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (BRASIL, 1988).

A transcrição acima é do trecho final do dispositivo constitucional que prevê a ação popular, citado na primeira seção. Analisando-o de forma atenta à realidade social brasileira, nota-se que o Poder Constituinte buscou majorar o ajuizamento de

ações populares pela grande massa por meio da isenção de quaisquer custos ao autor da ação, mesmo que derrotado, salvo a óbvia exceção feita ao uso de má-fé. Afinal, boa parte do grosso populacional do país era (e ainda o é) flagrantemente hipossuficiente, e não haveria sentido na existência de uma norma jurídica objetivando maior participação popular, mas que não oferecesse a mínima condição de ser exercida pelos seus destinatários mais carentes e em tão grande número. Em relação à evolução constitucional, foi a primeira vez que tal regra foi acrescida ao instituto da ação popular, o que é um dos vários motivos que explicam a afortunada alcunha de "Constituição Cidadã" recebida pela atual Carta Magna.

Ainda assim, embora não se possa discutir a plena eficácia jurídica do supramencionado instrumento, cabe perscrutar a extensão de sua eficácia social. E apesar de ser inegável sua existência (pois são inúmeros os casos na jurisprudência de indivíduos que ajuizaram tais ações), parece razoável afirmar que não é possível que esta tenha alcançado sua plenitude. Ora, há uma miríade de atos lesivos cujas impugnações o texto legal descreve como propósito da ação popular. Importa salientar que tanto atos comissivos quanto omissivos são levados em consideração, conforme disciplina o art.6º da Lei Nº 4717, diploma legal que regula o instrumento da ação popular, nos termos da Constituição.

Como é de conhecimento comum, há constantes violações perpetradas contra o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa e aos outros bens jurídicos tutelados pelo instituto, principalmente por meio de omissões da Administração Pública (a qual deve ser o polo passivo na litigância). E, por muitas vezes, esta e seus responsáveis permanecem incólumes e há prejuízo ao interesse público. Um instrumento tão formidável como a ação popular seria de grande utilidade caso invocado mais frequentemente nestas situações, com sua ausência colocando a sua eficácia social plena em cheque.

A título de exemplificação, estatísticas do Cadastro Nacional de Ações Coletivas (CACOL), um dos painéis ligados ao Conselho Nacional de Justiça, apontam que atualmente tramitam, nas esferas estadual e federal, apenas cerca de doze mil ações populares. Ao levar em consideração as dimensões continentais do Brasil e seu alto quantitativo demográfico, nota-se claramente a baixa adesão a este remédio processual.

3.5 SOLUÇÕES PARA A EFETIVAÇÃO PLENA DA AÇÃO POPULAR

As únicas explicações plausíveis para a conjuntura supracitada (ou seja, a imperfeição da eficácia normativa) residem no terreno da Sociologia, disciplina tão

útil para a compreensão da realidade fática envolvendo o Direito. Um ponto a ser apontado é de que a maioria dos legitimados ativos para a propositura da ação popular desconhece ou não se importa com o instituto, assim desperdiçando um útil instrumento de tutela de direitos difusos e exercício da cidadania, fato indicativo da deficiência em cultura jurídica da maior parte da população, o que embota a efetivação dos próprios direitos constitucionalmente adquiridos.

Uma das explanações para a problemática supracitada é que, historicamente, o cidadão brasileiro médio foi alijado da oportunidade de frequentar a educação superior, comumente restrita às classes mais abastadas. Embora políticas sociais mais recentes, elaboradas após a ascensão de lideranças progressistas ao poder, tenham logrado algum sucesso em inserir pessoas pertencentes às classes populares dentro do ambiente universitário, este ainda é marcadamente elitista e tecnicista, principalmente em cursos de maior renome, como o de Direito. Dessa forma, tanto o conhecimento quanto a práxis jurídica se distanciam das massas populares, as quais desenvolvem até um certo receio do Poder Judiciário, visto como uma ferramenta morosa, opressiva e inacessível. Sobre esse afastamento do povo em relação à Justiça, disserta assim Alysson Mascaro:

> A academia e os intelectuais brasileiros, no entanto, historicamente se encontraram ligados aos poderes e regimes de ampla injustiça que nos formaram e que devem ser objeto de crítica. Salvo poucas exceções, a cultura nacional - e também em um certo sentido a cultura jurídica - foram constituídas no Brasil como verniz de refinamento educacional (...) (MASCARO, 2013, p. 406).

Além disso, há outro conceito sociológico que pode auxiliar na compreensão desta problemática, embora de forma menos pungente. Em sua *magnum opus "Raízes do Brasil"*, Sérgio Buarque de Holanda, após elaborada análise da gênese social do país, demonstra a prevalência do interesse privado sobre o público no *ethos* do povo brasileiro. Assim diz Sérgio Buarque de Holanda:

> No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo da nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco sensíveis a uma ordenação impessoal (...) (HOLANDA, 1995, p.146).

Conclui-se, portanto, que impera no âmago do cidadão médio a vontade individual, com o interesse coletivo deixado em segundo plano e, quando relembrado, subordinado ao particular. Tal terreno se demonstra bastante infértil para a concre-

tização da eficácia social plena de instrumentos jurídicos de ação coletiva, como o da ação popular. Afinal, a defesa dos direitos difusos e coletivos, como via de regra, não traz vantagem individual para o cidadão que a ajuíza, satisfazendo, ao invés do particular, o interesse social e majoritário. Assim, o esforço para empreender uma ação popular é considerado dispendioso e pouco atrativo.

Todavia, cabe mencionar que a sociedade brasileira passou por profundas transformações de ordem moral desde que Holanda elaborou sua teoria, a qual remonta à década de trinta. Cabe rememorar as grandes mobilizações coletivas em prol do respeito aos direitos humanos e da restauração da democracia no sombrio período do regime militar, tais como a "Passeata dos Cem Mil" (1968) e as "Diretas Já" (1983-1984), o que demonstra o fortalecimento do espírito cívico no povo brasileiro. Há também alguma democratização do conhecimento jurídico, ainda que esparsa, via ingresso das camadas populares no ensino superior (e consideramos a elitização deste a principal causa para a problemática tratada nesta seção). Destarte, há boas expectativas para o futuro do instituto constitucional da ação popular, com a tendência do crescimento de sua eficácia social podendo ser prevista com certa razoabilidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante toda a fundamentação exposta, na qual se destacam o mapeamento das origens históricas da ação popular com as razões edificadoras deste instituto, ou seja, os princípios da cidadania e da soberania popular, e a discussão a respeito do conceito de eficácia, sendo apresentada a distinção de sua forma jurídica da social e se a norma estabelecedora da ação popular cumpre plenamente os requisitos de eficácia social, foi possível chegar à determinadas conclusões, possuidoras de algum sabor empírico, dado a indispensabilidade de tal método para avaliar os efeitos fáticos e sociais de qualquer norma, mesmo as de origem constitucional, presentes no topo hierárquico do ordenamento jurídico nacional.

As supracitadas conclusões perpassam pela admissão de que a ação popular, talvez por sua natureza de ação coletiva, de difícil admissão ao *ethos* do povo brasileiro e seu particularismo, ou, mais provavelmente, pela desconexão entre as normas, doutrina, conhecimento e mundo jurídicos em relação à realidade fática presente na estrutura comunitária, prescinde de uma eficácia social plena, com ela sendo apenas parcial. Esta, portanto, é a resposta dada à problematização proposta pelo trabalho.

Importa gravemente salientar que o instituto da ação popular de modo algum pode ser visto como um arcaico apêndice herdado de um sistema jurídico que,

embora ancestral do atual, ainda assim é alienígena. Discordamos da posição de Clóvis Beviláqua, mencionada no corpo do artigo e sustenta a desnecessidade da ação popular no Direito hodierno. Pelo contrário, esta é absolutamente necessária, pois é um dos raros instrumentos da democracia direta, com sua mera inserção no rol dos remédios processuais sendo um importante triunfo para a consolidação democrática e o fortalecimento do princípio basilar da cidadania.

Todavia, isso ainda não basta. A plenitude da eficácia social da ação popular prestaria enorme serviço à causa cívica, sendo o civismo um dos sustentáculos do regime democrático e um fiel protetor contra sua erosão. E a realização deste objetivo é possível, apesar de ainda distante. Faz-se mister a democratização do conhecimento jurídico como conscientizador dos direitos coletivos e difusos, os quais são os objetos de tutela da ação popular, além da existência desta própria, que para muitos cidadãos é, por hora, uma ilustre desconhecida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1824). Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 18 jan. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2023.

CLEMENTONI, Myriam Benarrós. *Actio popularis no Direito Romano e sua recepção no Direito Brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito Romano e Sistema Jurídicos). Faculdade de Direito-Universidade de São Paulo, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cadastro Nacional de Ações Coletivas.* Disponível em https://paineisanalytics.cnj.jus.br/. Acesso em: 19 jan. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia-entre facticidade e validade*, Volume I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOSKING, Geoffrey. *Epochs of European Civilization: Antiquity to Renaissance*. Reino Unido: The Modern Scholar via Recorded Books. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luiz Carlos

Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADISON, James. *O Federalista n.º 10- A utilidade da União como salvaguarda contra a facção e insurreições domésticas*. In __WEFFORT, Francisco. Os Clássicos da Política. Vol. I. São Paulo: Ed. Ática, p.262-269, 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. *O sentido jurídico brasileiro: reflexões para uma teoria política e jurídica a partir de "O Povo Brasileiro" de Darcy Ribeiro*. Disponível em https:// www.revistasusp.br. Acesso em: 20 jan. 2023.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. - 13ª edição - São Paulo : Atlas, 2003.

POCOCK, J. G. A. *The Citizenship Debates. Chapter 2 -- The Ideal of Citizenship since Classical Times* (originally published in Queen's Quarterly 99, no. 1). Shafir, Gershon (ed.). Minneapolis, MN: The University of Minnesota. 1998.

PORTA, Marcos de Lima. *Ação popular e cidadania: um ideário do Estado de direito brasileiro-parte um*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 12, nº 33, p. 85-92, maio-agosto/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Ação popular constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22. ed. Malheiros Editores Ltda. 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*, 4.ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia social da prestação jurisdicional*. R. Fac. Direito UFRGS, Porto Alegre, 9(1): 248-253, nov. 1993.

INCLUSÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS AO MEIO DIGITAL: A CONSTRUÇÃO PRÁTICA DE UM PLURALISMO JURÍDICO

INCLUSION OF INDIGENOUS POPULATIONS IN THE DIGITAL ENVIRONMENT: THE PRACTICAL CONSTRUCTION OF A LEGAL PLURALISM

*Adrielly Lima Marinho**
*Victórya Andressa Mamede de Freitas***

Resumo: Em consideração às demandas sociais das últimas décadas, a vulnerabilidade das populações indígenas perante as instituições sociais tem se tornado uma questão de grande pertinência na formulação de políticas públicas. Nesse âmbito, se destaca o atual dilema da acessibilidade digital como mecanismo de acesso ao Poder Judiciário para alcançar a promoção dos direitos inerentes a todos os indivíduos. Diante disso, faz-se pertinente apontar os dilemas enfrentados pela população indígena diante da vulnerabilidade tecnológica, visando compreender o fenômeno de exclusão digital a partir do âmbito regional. Com isso, propicia-se o questionamento a respeito da real acessibilidade ao âmbito jurídico no Estado do Amazonas diante da modernização dos tribunais na chamada Justiça 4.0. Para tanto, faz-se pertinente o levantamento de dados quantitativos e embasamento doutrinário a respeito da construção sociológica da problemática sob a perspectiva do pensamento jurídico, a fim de considerar soluções viáveis para a possível marginalização digital sofrida pelas comunidades tradicionais na Amazônia.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Indígenas. Acessibilidade. Judiciário. Digital.

**Graduanda do 6º período em Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/5768416555169390. E-mail: adrimarinho34@gmail.com.

***Graduanda do 7º período em Psicologia da Universidade Paulista – UNIP.
Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/6996335005231907. E-mail: victorya.mamede2020@gmail.com.

Abstract: In consideration of the social demands of the last decades, the vulnerability of indigenous populations before social institutions has become an issue of great pertinence in the formulation of public policies. In this context, the current dilemma of digital accessibility stands out as a mechanism to access the Judiciary to achieve the promotion of rights inherent to all individuals. Therefore, it is pertinent to point out the dilemmas faced by the indigenous population in the face of technological vulnerability, aiming to understand the phenomenon of digital exclusion from a regional perspective. With this, the questioning of the real accessibility to the legal field in the State of Amazonas in face of the modernization of the courts in the so-called Justice 4.0 is propitiated. To this end, it is pertinent to survey quantitative data and doctrinal foundation regarding the sociological construction of the problem from the perspective of legal thought, to consider viable solutions to the possible digital marginalization suffered by traditional communities in the Amazon.

Keywords: Vulnerability. Indigenous. Accessibility. Judiciary. Digital.

1. INTRODUÇÃO

A visibilidade social é um tema que levanta questionamentos acerca do posicionamento do Estado diante do pluralismo e autonomia dos povos indígenas. Existe um longo histórico de formação do Estado diante dos indígenas, no qual a alcunha de incapazes fomentava a ideia de autoridade de terceiros na tomada de decisões que influenciavam nas políticas adotadas em prol destes povos. Tal cenário nasceu de um processo de doutrinação, educação e civilização, pautado na ideia de superioridade de uma cultura a outra.

Diante disso, a presente pesquisa objetiva pretende considerar a evolução digital no meio judiciário diante da necessidade de modernização dos integrantes da sociedade contemporânea, a partir da realidade social enfrentada pelos povos originários, considerando as dificuldades de integração desses grupos ao meio digital e, como consequência, ao meio social, o que, por sua sobretudo quando se considera sua importância para contornar as dificuldades trazidas pelo isolamento regional característico da Região Norte.

Para tanto, faz-se necessário adotar como mecanismo metodológico o raciocínio social e jurídico, o qual concilia a concretude das questões sociais com a argumentação jurídica, a fim de alcançar soluções a partir de medidas oriundas do viés jurídico para a realidade social permitindo sua concretização (SEVERINO, 2017). Em completude, tal interesse temático será analisado a partir do levantamento bibliográfico proveniente, sobretudo, de produções acadêmicas e jurídicas desenvolvidas.

Dentre elas, destacam-se os apontamentos realizados por Carlos Wolkmer acerca da construção de um Estado pluralista. A perspectiva doutrinária apresentada é complementada pela jurisprudência dos tribunais brasileiros mencionadas ao longo da pesquisa, além dos dados apresentados pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) e pelo Instituto Socioambiental.

O desenvolvimento da temática ocorrerá a partir de sua divisão em quatro tópicos principais, voltados para o direito de acesso à justiça para os povos originários diante da modernização do Poder Judiciário. Primeiramente, pretende-se considerar o contexto histórico que permeia as populações indígenas que residem no Estado do Amazonas durante e posteriormente ao colonialismo da região, demonstrando um fenômeno de invisibilidade social e contínuos ataques às estruturas sociais e culturais desses grupos.

Passando-se ao segundo ponto, trata-se do desdobramento histórico originado pelo fenômeno do pluralismo jurídico, na conjuntura dos países da América Latina, introduzindo uma nova perspectiva ao Direito de proteção e reconhecimento dos grupos éticos e racionais minoritários. Após, aborda-se a tentativa de efetivação desse novo prisma diante da modernização digital e da sua rápida integração ao meio social e ao funcionamento da máquina estatal, onde a inclusão acelerada da tecnologia ignorou, de certa forma, a realidade social enfrentadas por aqueles que vivenciam a vulnerabilidade digital, como ocorre em grande parte do interior do Estado do Amazonas.

Por fim, a pesquisa se volta para o desenvolvimento de políticas públicas que viabilizem a inclusão digital das populações indígenas como forma de facilitar seu acesso ao âmbito do sistema jurídico, permitindo o exercício efetivo do direito de acesso à justiça. Com isso, será possível proporcionar maior visibilidade para as necessidades sociais dos povos originários no contexto brasileiro, viabilizando a atuação ativa do Estado Democrático de Direito.

2. A VISIBILIDADE SOCIAL DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS NO SISTEMA JURÍDICO DO AMAZONAS ATRAVÉS DE MECANISMOS DIGITAIS

O Poder Judiciário, como ente fundamental na preservação da ordem social, demasiadas vezes carece de mecanismos capazes de abranger a diversidade existente em sua competência, levantando a necessidade de considerar métodos que viabilizem a resolução dos conflitos sociojurídicos dos povos e comunidades tradicionais. Assim, faz-se necessário avaliar a eficácia da utilização de mecanis-

mos digitais e tecnológicos nas populações indígenas, tendo em vista que estas se encontram historicamente em posição de vulnerabilidade frente às alterações sociais aos quais precisam se adaptar para gozarem de determinados direitos, contrariando, como se pretende expor, os preceitos fundamentais relativos à proteção jurídica desses povos.

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO COLONIALISMO NA REGIÃO AMAZÔNICA

A chegada dos europeus ao continente americano foi um marco que reestruturou a forma de vida dos povos que já a habitavam. Em um primeiro momento, o contato entre indígenas e portugueses no dia 22 de abril em 1500 foi complacente, marcado pela impressão dos indígenas aos colonizadores europeus e a tecnologia trazida por eles. Os portugueses nomearam a terra que "descobriram" no primeiro momento de Santa Cruz, onde se observa que tal nomenclatura desconsidera a própria perspectiva dos povos que já habitavam a região e a divisão geográfica correspondente (GATTI, 2008).

Trinta anos após o descobrimento do Brasil é que a Coroa Portuguesa começou o processo de colonização, levando os povos europeus a se aliarem aos povos nativos na tentativa de desbravar as terras a partir dos conhecimentos fornecidos pelos habitantes da região, a fim de alcançar riquezas materiais. Em troca das informações dadas aos portugueses, as populações indígenas recebiam ferramentas que auxiliavam nas atividades cotidianas, dando início a grandes transformações culturais ocorridas no meio indígena.

No entanto, as comunidades indígenas já eram dotadas de sociedades formadas pelos próprios preceitos culturais, os quais, após a intervenção e a imposição de suas próprias concepções. Em decorrência disso, se observa, na atualidade, a relevância dos diversos estudos antropológicos que buscam compreender a origem destes povos a partir da descoberta de diversos sítios arqueológicos encontrados nesses territórios (BARRETO, 1999).

Nota-se, ainda, a existência de dados relativos à extinção de grande parte destes povos, tais como suas tradições e línguas maternas. Nesse viés, estudos indicam a existência de 1.400 comunidades indígenas no Brasil na época do descobrimento (RODRIGUES, 1982). Em contrapartida, no contexto atual o número passa a ser de aproximadamente 200 povos, sendo a população total dos indivíduos declarados indígenas contabilizada entre 350 e 715 mil, o que não ultrapassa 0,5% da população nacional (PAGLIARO *et al.*, 2006). Em resumo, estes indivíduos foram despojados dos territórios que habitam, de seus espaços de reprodução social e cultural. Em consideração a esse

problema, nota-se a preocupação acerca dos números que representam o declínio na existência dessas populações em razão de seu agravamento.

> Só recentemente os diferentes segmentos da sociedade brasileira estão se conscientizando de que os índios são seus contemporâneos. Eles vivem no mesmo país, participam da elaboração de leis, elegem candidatos e compartilham problemas semelhantes, como as consequências da poluição ambiental e das diretrizes e ações do governo nas áreas da política, economia, saúde, educação e administração pública em geral. Hoje há um movimento de busca de informações atualizadas e confiáveis sobre os índios, um interesse em saber, afinal, quem são eles (CARDOSO, 2007, p. 22).

Pertinente postular que, durante o processo de colonização, o uso de armas mais avançadas pelos portugueses auxiliou no processo de ocupação a partir do confronto direto com os povos indígenas. Todavia, este não foi o fator unitário na extinção ou redução das tribos que estiverem em contato os novos ocupantes, pois a mortalidade trazida pelas doenças oriundas dos colonizadores europeus, as quais dizimaram gravemente as populações originárias, também contribuiu para a conquista destes povos (CEPAL, 2014). Assim, a introdução de novas doenças, como a varíola, o sarampo, o tifo, a febre amarela e a malária, se somaram a submissão a trabalhos forçados e a castigos desumanos contribuindo para esta redução significativa dos povos indígenas.

Em razão disso, esses povos sofreram durante 500 anos de subjugação e mesmo nas últimas décadas ainda enfrentam dificuldades, originadas, sobretudo, do paradigma formado ao longo de séculos de exploração e preconceito. A perda de seus territórios, o contato com doenças para as quais não possuíam resistência, explorações de madeira e minérios, entre outras atividades que modificaram o ambiente destes povoados, trouxeram preocupações acerca da sobrevivência destes.

Frente ao processo de globalização e expansão do capitalismo, vários ambientalistas buscavam estabelecer medidas de proteção a comunidades indígenas que ainda existiam, foram realizados trabalhos relativos à demografia destas comunidades, visando utilizar os dados relativos à estrutura, contingente e dinâmica populacional desses diversos povos indígenas com características culturais diferenciadas (MÜLLER, 2004).

Esses dados forneceriam uma base de informações para projetos econômicos, educacionais e de assistência médica, além de, por meio de projeções, preverem problemas futuros, viabilizando a adoção de medidas preventivas. Uma vez implementados, eles resultaram no fortalecimento de movimentos de valorização indígena, bem como na maior visibilidade política em suas questões nas últimas décadas.

Além disso, no plano demográfico, ao invés de uma tendência de descenso, a população total foi crescendo em ritmo pronunciado, foram também implantadas iniciativas de coleta e sistematização de dados demográficos sobre os povos indígenas no país, destacando se a inclusão da categoria 'indígena' na variável cor ou raça do censo decenal. Com isso, a partir de 1991 observou-se a estruturação de um sistema de informação relacionada à saúde nos locais de vivência das populações indígenas de abrangência nacional, o que levou a envolver um componente demográfico a partir de 1999.

Os Conhecimentos gerados por essas várias iniciativas promoveram subsídios de suma relevância para o planejamento, concretização e monitoramento de políticas públicas nas áreas de educação e saúde, no entanto mesmo com tal implementação e um aumento em informações obtidas ainda ocorreram diversos casos em que populações foram reduzidas à metade e que houve um déficit de dados.

Em um dos casos de dificuldades enfrentadas na proteção destes indivíduos, cabe destacar a construção da rodovia Transamazônica, no início da década de 70, foram contatados os Asuriní, os quais já haviam abandonado as margens do rio Bacajá três décadas antes do início da construção, empurrados por Kayapó e Araweté em direção ao rio Xingu, vítimas todos de ataques de outras comunidades indígenas que rivalizava com os Asuriní, entre os inimigos e os brancos que agora deixavam ferramentas sem aparente pretensão de ataque, os Asuriní não tiveram outra saída senão aceitar a convivência com os brancos. A transmissão de doenças pelos brancos, entretanto, ocasionou o desaparecimento de quase metade da população, a qual contava, aproximadamente, com 100 indivíduos em 1971 e chegou a 52 em 1982 (MÜLLER, 2004).

Outro exemplo foi projeto de comercialização do artesanato em 1978 que visava evitar que os Asuriní tivessem desestruturado seu modo tradicional de produção de bens com a imposição das roças coletivas, divisão social do trabalho e técnicas voltadas para culturas como a de arroz, com o agravante ainda de se substituir produtos importantes da dieta milenar por alimentos de menor valor nutricional. Estes projetos eram quase sempre fadados ao fracasso, pois eram moldados na mentalidade empresarial e inviabilizados pela ausência de estrutura do Poder Público, precariedade dos equipamentos de seus órgãos, total inadequação à vida social e cultural dos produtores.

Estes casos se repetiram durante muitos anos, visto que a grande dificuldade de acesso a essas comunidades, a perda de dados e a política do Estado de homogeneidade dificultaram o acesso de certas comunidades a conhecimentos que via-

bilizassem uma autonomia na busca por seus direitos diante de tal cenário com o advento da Globalização é que estas questões foram pautadas em uma nova lente. Com o fim da guerra fria surgiu um novo cenário mundial, um mundo com conexão a diversos países trazendo uma perspectiva globalizada e pluricultural, tornando cada vez mais notáveis para outros países e até mesmo pessoas do âmbito nacional questões antes de pouca visibilidade, como é a questão dos povos indígenas.

Nesse âmbito, o termo globalização surge em meio às transformações socioeconômicas que permeiam a contemporaneidade, as quais não estariam mais limitadas a determinada região. Diante desse novo perfil de sociedade, as problemáticas enfrentadas pela coletividade sofrem alterações, surgindo novos desafios na esfera trabalhista e social (CAMPOS; CANAVEZES, 2007). Considerando que o conhecimento constitui um instrumento fundamental para a intervenção social o que torna cada vez mais debatidos questões acerca da forma que este processo de globalização trouxe à luz questões antes pouco vistas como as dificuldades enfrentadas por estes povos e as dificuldades do Estado em lidar com o contexto pluricultural.

Essa nova necessidade de rápida adaptação à atualidade suscita a questão dos povos originários quanto a suas perspectivas presentes e futuras, vistos que eles se encontram a cada ano mais afetados por projetos de desenvolvimento que ignoram sua realidade social por abordarem conjuntos de normas, convenções ou diretrizes de natureza internacional, não mais se limitando ao contexto dos Estados nacionais ou das problemáticas regionais.

Mesmo com todo o desenvolvimento decorrente destas transformações globais que trouxeram significativos progressos em seu desenvolvimento econômico e social, como se observa no sustentado crescimento econômico, na redução da pobreza e nas melhorias importantes em diversos indicadores sociais, ainda se encontram dificuldades para a proteção destes povos e seu desenvolvimento (CEPAL, 2015). Isso se reflete nas diferentes esferas do Poder Público, surgindo a necessidade de promover medidas próprias de cada sistema a fim de promover a inclusão dos grupos vulneráveis.

2.2 INSTITUIÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nas últimas décadas, se denota um crescimento exponencial na preocupação de países da América Latina com a instituição de movimentos de caráter pluralista, o que expõe com constante evolução desses países no âmbito jurídico para abarcar a heterogeneidade oriunda das mais diversas populações indígenas. Essa

manifestação decorre da persistente luta desses povos para conquistar o reconhecimento desses direitos, o que se expressou em diversos mecanismos de ordem internacional.

Dentre esses mecanismos, faz-se preciso apontar a indiscutível relevância do Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, um instrumento que visa fortalecer a identidade cultural desses povos através da possibilidade de estabelecer suas próprias formas de desenvolvimento econômico, além de reconhecer sua contribuição para a harmonia socioambiental (FRANCESCHINI, 2020). Um dos principais dispositivos que versa a respeito da autonomia dos povos é previsto no artigo 8º, o qual dispõe que

> Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio (OIT, 1989).

O segundo mecanismo legal de indispensável menção remete à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, a qual determina em seu artigo 1º que os povos indígenas desfrutam de todos os direitos humanos e liberdades reconhecidas pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, como seres livres e iguais no gozo de direitos internacionais inerentes a todos os indivíduos. Nesse cenário, a concepção de pluralismo jurídico surge para denotar as múltiplas manifestações e práticas normativas dentro do mesmo espaço sócio-político (WOLKMER, 2001) e abre novas perspectivas para referir-se a pluralidade de direitos em sociedades complexas, tendo em vista que "os sistemas sociais geram sua própria regulação através de regras, costumes e símbolos, mas são vulneráveis a outras forças provenientes do mundo social no qual está imerso" (KROTZ, 2002 apud NONATO; MOTA, 2017, p. 4).

Convém destacar que as constituições da Guatemala (1986) e da Nicarágua (1987) foram precursoras em introduzir a existência e a proteção constitucional do multiculturalismo nos países latinos, servindo de inspiração para o texto constitucional reconhecer a anterioridade dos agrupamentos indígenas à instituição do Estado em países como Argentina, Colômbia, México, Venezuela e do próprio Brasil (PINTO, 2014). Tal posicionamento surgiu da necessidade de um direito vinculado à sociedade e não limitado a atuar apenas como um conjunto geral de regras (DO-

BROWOLSKI, 1991). Essa percepção já se manifesta na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, anteriormente denominada Lei de Introdução ao Código Civil. Quando o Decreto-Lei foi instituído em 4 de setembro de 1942, o artigo 4º, ainda vigente, já permitia a utilização dos costumes, da analogia e dos princípios gerais do direito na resolução de casos em que a lei positivada for omissa.

Nesse sentido, a ideia de um Estado capaz de abarcar as heterogeneidades da sociedade se manifestou de maneira inegável através dos princípios instituídos pela Constituição Federal de 1988, elencando o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º e fortificando a própria ideia de uma sociedade pluralista em seu preâmbulo. No texto constitucional, a inovação trazida pela "valorização e a difusão das manifestações culturais (...) populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional", resguardada pelo artigo 215, irradia um efeito de valorização da multiculturalidade brasileira.

Especificamente no que se refere ao acesso à justiça pelos povos indígenas, é relevante apontar a pertinência do artigo 232 do dispositivo constitucional, o qual demanda que "os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". Pertinente considerar que as evoluções normativas referentes à questão indígena não limitam seus efeitos apenas a esse grupo. Como fundamento a essa percepção, aponta Deborah Macedo Pereira que:

> É importante assinalar que, ao assumir o caráter pluriétnico da nação brasileira, que não se esgota nas diferentes etnias indígenas, como evidencia o parágrafo 1º do art. 215, a Constituição de 1988 tornou impositiva a aplicação analógica do tratamento dado à questão indígena e aos demais grupos étnicos. Assim, diante desse novo padrão de respeito à heterogeneidade da regulamentação ritual da vida, impõe-se a exata compreensão das pautas de conduta que agora orientam os diversos atores sociais, em particular os agentes públicos e políticos (PEREIRA, 2020, p. 20).

Todavia, segundo Daize Wagner (2020), propiciar a eficácia deste dispositivo encontra desafios mediante a dificuldade de alcançar três fatores ainda não sanados pela máquina estatal: hipossuficiência econômica, acesso à informação e assistência especializada. Esses elementos, quando ausentes, tendem a deixar os povos originários em estado de vulnerabilidade perante o sistema judiciário e perante a sociedade como um todo.

Assim, apesar da existência de diversos mecanismos jurídicos capazes de proteger as minorias, é inegável que a instituição de dispositivos legislativos não representa a proteção efetiva desses grupos. Nesse entendimento, Norberto Bobbio denota que "à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil" (2004, p. 32), postulando que a mera proteção legal de determinado grupo ou população é ineficiente para assegurar a defesa de direitos fundamentais se não for acompanhada de políticas sociais efetivas ministradas pelo Estado e voltadas para a garantia de concretização desses direitos.

Ana Paula Barcellos corrobora esse entendimento ao afirmar que a proteção instituída pela legislação brasileira no que tange às populações indígenas é demasiadamente reduzida, quando comparada aos avanços constitucionais dos demais países da América Latina. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao caso da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol expôs que a Constituição de 1988 não assegurou "validade ou eficácia a normatividades de origem indígena, devendo prevalecer em qualquer caso as normas de origem estatal, com clara predominância — liderança é o termo utilizado no acórdão — das iniciativas da União" (BARCELLOS, 2019 p. 13).

Dito isso, enquanto a Carta Magna de 1988 representou um inegável avanço na visibilidade das populações indígenas e da pluralidade cultural e social desses povos, ainda se denota a carência de mecanismos estatais que assegurem a autonomia e o reconhecimento de suas dinâmicas jurídicas capazes de promover as necessidades de cada comunidade e possibilitar o exercício prático de um pluralismo jurídico. Assim, as atuais evoluções que a legislação brasileira vem sofrendo para dirimir essa problemática demonstram que o Estado e a própria população estão longe de adquirirem um posicionamento pacificado do tema.

2.3 INCLUSÃO DIGITAL INDÍGENA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A priori, é possível observar que, apesar das progressivas participações das populações indígenas nos dispositivos legislativos, ainda se observa que essas comunidades, muitas vezes, são excluídas da tomada de decisões normativas ou administrativas que surtam efeitos em sua organização geográfica ou social (SANTOS FILHO, 2012). Essa emblemática situação se agrava ao considerar que grande parte dessas comunidades se encontra localizada na Região Norte do país, uma área com expansivo potencial extrativista.

Adentrando em tal problemática, faz-se preciso considerar o atual paradigma enfrentado por esses grupos, frente às interações com o Poder Judiciário brasilei-

ro. Em conformidade a isso, é relevante expor a legitimidade processual dos indígenas, conforme disposto no artigo 37 do Estatuto do Índio, o qual afirma que "os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio". Acerca disso, conclui Roberto Lemos dos Santos Filho que

> O direito positivo avançou e o Poder Judiciário também deve avançar, garantindo eficácia às leis editadas em favor dos índios. Deve ser reexaminada a jurisprudência que ainda predomina, em grande parte construída no século passado sob o pálio de ultrapassada visão etnocêntrica e integracionista, que cuidava dos índios como categoria obrigada ao desaparecimento (SANTOS FILHO, 2007, não paginado).

Dito isso, é pertinente apontar a competência de cada esfera para lidar com os litígios oriundos de conflitos que envolvam as populações indígenas. É indispensável para tal análise considerar o artigo 231 da Constituição Federal, o qual dispõe que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". No entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, essa redação expõe a competência da União para assegurar a proteção das terras demarcadas e dos direitos indígenas dispostos no artigo supracitado.

Outra questão a ser analisada se refere à geografia do Estado do Amazonas, a qual demanda meios de locomoção majoritariamente fluviais para alcançar os municípios do interior, expondo a distinta realidade jurídica e social na capital do Estado e no interior. A título de exemplo, apesar da extensa população indígena no Amazonas, considerado o maior Estado Indígena do país, observa-se que apenas os municípios de Tefé e Tabatinga possuem a justiça competente para lidar com conflitos de natureza indígena (MACIEL; NETO, 2016).

Essa realidade origina a dificuldade de a população indígena alcançar, de forma direta, o sistema jurídico brasileiro, muitas vezes dependendo de órgãos federais e entes não governamentais para relatar em nome desses povos as denúncias ou ataques sofridos. No município de São Gabriel da Cachoeira, reconhecido pelo Instituto Socioambiental (ISA) como "a cidade mais indígena do Brasil" expõe a dificuldade para os habitantes indígenas da região dialogarem com o Ministério Público.

> No Município de São Gabriel, para um grupo indígena reivindicar direitos indígenas ou judicializar questões que envolvam um órgão federal, o grupo necessita deslocar-se para a capital Manaus, a uma distância de 853,83 km. Há 03 meios de transporte, a saber: a) fluvial/barco – duração de 02 dias e 14 horas

> de viagem; b) fluvial/lancha – duração de 1 dia e 2h; c) aéreo/voo – duração de 2h. Assim, a depender da condição econômica do sujeito ou do grupo utiliza um dos meios de transporte acima, sendo o fluvial/barco o mais econômico. Para a grande maioria das ações na Justiça Federal o processo é físico e necessita de uma interlocução do povo indígena com o Ministério Público Federal presente apenas na capital Manaus, obrigando o grupo deslocar-se para Manaus para dialogar com o Ministério Público Federal, órgão responsável para defender os interesses indígenas (MACIEL e NETO, 2016, p. 11).

Tal cenário representa um grave obstáculo enfrentado por essa parcela dos brasileiros para usufruir de um direito inerente a todos os brasileiros: o acesso à justiça. A partir disso, cabe questionar quais medidas estão sendo atualmente assimiladas pelo Poder Judiciário no Estado do Amazonas para combater essa assimetria entre as populações localizadas nos municípios mais afastados da capital. Nessa perspectiva, a inclusão digital surge como possível mecanismo de diálogo entre as instituições estatais e as populações indígenas, visto que o acesso à internet passa a ser compreendido no atual paradigma não mais como mera evolução tecnológica, mas sim como um desdobramento da nova realidade material que rege as relações sociais, se tornando quase inadmissível desassociar a evolução trazida por esse mecanismo da construção organizativa (BROTTO, 2015).

Essa realidade se mostrou cada vez mais viável a partir da implantação do processo judicial eletrônico nos tribunais brasileiros, atualmente coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça e que busca padronizar a prática dos atos processuais por meio eletrônico, com fundamento na Lei nº 11.419/2006. Considerando a previsão constitucional disposta no inciso XXXV do art. 5º, segundo a qual todo brasileiro detém a possibilidade de acesso à justiça e ao Poder Judiciário, a acessibilidade digital aos órgãos estatais representa uma ferramenta de efetivação dos direitos basilares a todo cidadão (JÚNIOR; SOARES, 2013).

Apesar da benéfica tentativa de modernizar o acesso aos tribunais por via digital, é válido observar que tal medida não supre as populações indígenas de um estado em que grande parte do território possui graves deficiências de rede, refletindo o preceito inegável que apesar do crescente acesso ao meio tecnológico pelas populações mais vulneráveis, ainda se observa o déficit em relação às camadas sociais mais abastadas (CAZELOTO, 2019).

> (...) o progresso tecnológico e as novas vias de acesso à justiça decorrentes do processo de modernização das estruturas jurídicas nem sempre chegam a todas as comarcas onde se exerce a magistratura ou não se constituem no principal problema enfrentado na Amazônia para a consecução da justiça. Há lugares em que o acesso à internet é precário e somente realizado via rádio, longe de existir a banda larga de transferência de dados. As longas distâncias

> a serem percorridas e a inexistência de substratos materiais, inclusive a citada ausência das instituições necessárias à justiça são ainda grandes desafios a superar (ALMEIDA; MAMED, 2014, p. 7).

Pode-se, desse modo, considerar que grande parte da população indígena se encontra exposta à vulnerabilidade digital ou tecnológica, a qual foi exposta na recente pandemia da Covid-19. Durante esse período, grande parte dos auxílios econômicos foi recebida pelos brasileiros através de aplicativos, exigindo-se o uso de aparelhos celulares, endereços de e-mail, recebimento de mensagens e meios de conexão à internet. De maneira semelhante, a realização de audiências virtuais tem se tornado uma prática com crescente implementação, desconsiderando, certas vezes, a própria realidade social (GONÇALVES FILHO, 2020). Assim, nada mais pertinente que considerar como os meios aquisitivos e econômicos, bem como culturais, influenciam de maneira direta ou indireta no processo de inclusão dos grupos minoritários.

Dito isso, denota-se que a infraestrutura no que tange a implantação de processos judiciais por via digital ainda apresenta desafios para reestruturar e adaptar sua aplicabilidade a vivência das comunidades indígenas, considerando que estes não se encontram mais obrigados a enfrentar uma integração forçada aos moldes culturais ocidentais (PEREIRA, 2020). Em razão disso, demandam-se ações estatais que promovam o reconhecimento factual das demandas das populações indígenas, a fim de assegurar o direito dessas minorias com mecanismos que permitam ao Poder Judiciário promover aspectos como a redução de custos, o encurtamento de distâncias e a efetiva participação em na relação processual (CORRÊA, AULER e PONTES FILHO, 2021).

2.4 ATUAÇÃO DO ESTADO NA APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PARA A INCLUSÃO DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS ATRAVÉS DO MEIO DIGITAL

O cenário atual traz consigo as concepções de Estado-nação e monismo jurídico, os quais foram respaldados por políticas de homogeneização cultural e centralização político-jurídica. Todavia, a intensificação e visibilidade dos debates acerca dos direitos aplicáveis às minorias culturais tem levado ao questionamento quanto a continuidade de tais políticas, criticando-se políticas que tem norteado os paradigmas culturais e sociais ao longo dos anos (PINTO, 2008).

O processo de democratização e afirmação dos direitos humanos na sociedade brasileira durante muitos anos influenciou fortemente na constituição das instituições estatais, envolvidas em projetos de Estado-nação comprometidos com

a anulação das diferenças culturais de grupos minoritários. Neste contexto, as diferenças culturais dos povos indígenas, dos afrodescendentes e de outros povos portadores de identidades específicas foram sistematicamente negadas, ao longo dos anos, a partir de sua compreensão sob um complexo de inferioridade.

Desse modo, elas foram, durante muito tempo, fadadas a um processo de assimilação pelo grupo dominante. No entanto, observa-se na atual conjuntura a tentativa de romper essa postura e estabelecer novos campos conceituais, bem como práticas que visem a valorização da diversidade sociocultural, transformando radicalmente as posições preconceituosas e discriminatórias (LUCIANO, 2006).

Cumpre mencionar que a luta dos povos indígenas pela defesa e reconhecimento de seus direitos foi persistente na história. Este prolongado processo de reivindicação e reconhecimento nas últimas décadas trouxe um quadro de direitos que se fundamenta em dois grandes marcos já mencionados: o Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 (nº 169) da OIT, que reconhece pela primeira vez seus direitos coletivos, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), que propõe o direito desses povos à livre determinação. Por sua vez, o padrão mínimo de direitos dos povos indígenas, obrigatório para os Estados, articula-se em cinco dimensões: o direito à não discriminação; o direito ao desenvolvimento e bem-estar social; o direito à integridade cultural; o direito à propriedade, uso, controle e acesso às terras, territórios e recursos naturais; e o direito à participação política (CEPAL, 2014).

Neste contexto, ocorreu o surgimento de políticas públicas pautadas nestes novos objetivos. Em síntese, as políticas públicas se caracterizam como algo complexo, um todo que empresta diversas conotações às partes que o compõem e se concretizam em programas, ações e projetos. As ações afirmativas se definem como políticas públicas executadas pelo Estado ou por entidades privadas, visando à concretização do princípio constitucional da igualdade, impedindo qualquer discriminação de gênero, idade, origem nacional, compleição física, cultural etc., enraizada na sociedade.

Tais ações têm um caráter de incontestabilidade, fomentando transformações culturais e sociais relevantes, as quais tendem a trazer aos agentes sociais a utilidade e a necessidade de observância do pluralismo nas mais diversas esferas do convívio humano. Em síntese, as políticas públicas são respostas do Estado às demandas que surgem da sociedade e do seu interior, identificando-se no compromisso público de ação em determinada área em longo prazo (COELHO, 2015).

Acerca dessa temática, é necessário considerar alguns aspectos acerca do processo de formulação das políticas públicas desenvolvidas pela máquina estatal no que tange a participação da sociedade civil de forma ampla. As iniciativas oriundas de propostas para responder questões trazem consigo a identidade, que são os caracteres semelhantes propostos por essas políticas constituindo um importante elemento no processo de formação de identidade coletiva dos atores sociais, plataformas políticas, as políticas públicas expressam o sentido do desenvolvimento histórico-social dos atores sociais na disputa para construir a hegemonia.

Refletem, pois, as concepções que têm do papel do Estado e da sociedade civil, constituindo programas de ações que respondem às suas carências e demandas, as políticas públicas traduzem mediações entre interesses e valores dos diversos atores que se defrontam em espaços públicos para negociar soluções para o conjunto da sociedade ou determinados grupos sociais.

Por fim, deve-se considerar a Dimensão Estratégica, na qual as políticas públicas se encontram ligadas ao modelo econômico existente e à constituição dos fundos públicos que atuam como aspecto estratégico diante de referência e base para delimitar outras políticas públicas ou programas sociais. Ainda, elas remetem a preocupação com as inovações tecnológicas e, simultaneamente, com seus efeitos na desigualdade social, analisando a possibilidade de seu impacto como agravante da problemática. Desse modo, a dimensão estratégica visa possibilitar uma cidadania plena, mediante a inserção social dos indivíduos, para que o Estado não atue apenas na compensação pelas mazelas sociais existentes, mas que desenvolvam a sociedade de forma efetiva (TEIXEIRA, 2002).

Dito isso, quando se leva em conta a condição particular de vida de cada uma das centenas de comunidades indígenas que vivem no Território Brasileiro, surgem questões quanto à possibilidade e à necessidade de que as políticas públicas se adaptem a essa diversidade, bem como à forma pela qual os povos indígenas estão organizados, tornando cada vez mais necessário esta adaptação à necessidade social apresentada.

Em consideração ao artigo 2º do Decreto no 7.056/2009, é compreensível exaltar a necessidade de participação das comunidades indígenas nas políticas públicas que lhes afetam, afirmando caber à FUNAI formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro. Essas políticas, por sua vez, são baseadas na da garantia do reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas; na garantia aos povos indígenas isolados do pleno exercício de sua liberdade e das suas atividades tradicionais sem a necessária obrigatoriedade de contatá-los; na garantia de proteção e

conservação do meio ambiente nas terras indígenas; e na garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas (LUCIANO, 2006).

Com a criação destas políticas e a adaptação ao novo mundo globalizado onde surge a necessidade de abarcar todas essas diferenças ocorreram políticas como a proposta na Universidade Estadual de Maringá (UEM), que, ao traduzir uma política pública em nível estadual, percebeu a possibilidade de ampliação da oferta de vagas para os povos indígenas para além do ensino presencial e, para isso, fez uso da modalidade de educação a distância, que é regulamentada e organizada a partir da realização de atividades mediadas pelas tecnologias digitais. A alternativa buscava diminuir o tempo e recursos gastos com o deslocamento que leva muitos alunos a gastarem a maior parte do seu dia no caminho de ida e volta para a escola, considerando a realidade geográfica (BURCI, 2021).

Considerando o postulado, é imprescindível a superação das dificuldades estruturais nas aldeias de maneira que estas possam integrar ao mundo digital, visto que a internet nessas regiões costuma ser escassa, não existindo torres de celulares nas redondezas, o que significa que os indígenas não contam com rede 4G. O único acesso à internet possível é por rede wifi, em apenas alguns pontos, além de escassa, a internet na aldeia também é inconstante, porque a energia elétrica ou o próprio sinal caem com frequência, esses e outros fatores são os elementos chaves para as dificuldades de desenvolvimento e sobrevivência de diversas aldeias indígenas, pois com a educação e a formação de profissionais que ao retornarem aos seus lugares de origem vão auxiliar na autonomia e desenvolvimento destas aldeias preservando sua identidade.

Assim, entende-se que “se as barreiras digitais aumentam as desigualdades entre os estudantes brasileiros, para a juventude indígena a internet é também ferramenta de luta, por meio do exercício do direito de expressão e comunicação” (STEVANI, 2020, p. 14), considerando que a exclusão digital é ainda uma barreira para a sociedade brasileira em geral, não seria diferente para os povos indígenas, no entanto com os avanços propostos, a autonomia que eles apresentam diante o meio social e jurídico, assim como sua luta por inclusão fomentam a criação de novas políticas que visam reduzir essas diferenças.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os apontamentos postulados, é indubitável a atual problemática enfrentada pela população indígena no Estado do Amazonas no que tange ao acesso à justiça e aos mecanismos digitais cada vez mais necessários à atuação

da plena cidadania. A falha estrutural da qual os povos e as populações tradicionais são vítimas na Região Norte do país constitui uma manifestação do histórico de desvalorização das tradições culturais e sociais desde o período colonial, acrescida das dificuldades ocasionadas pela geografia da região, ocasionando a necessidade imediata de ações públicas voltadas para a questão.

Isso, por sua vez, fortificou a visão destes povos como bárbaros e incivilizados, resultando na desconstrução histórica das questões religiosas típicas desses grupos, assim como ocorreu com grande parte de suas manifestações culturais. Logo, constitui-se um preceito inegável que no decorrer dos séculos, período em que se buscava a homogeneização destes povos, a desvalorização das sociedades tradicionais e indígenas brasileiras propiciou a dificuldade de acesso à máquina estatal, fenômeno decorrente de sua invisibilidade social historicamente construída. No entanto, nas últimas décadas, evidencia-se a ruptura de tais preceitos, envolvendo a preocupação quanto ao exercício de plena cidadania pelos povos indígenas no meio social e jurídico.

Diante disso, observou-se o desenvolvimento progressivo de princípios democráticos pautados na inclusão, o que, como consequência, levou à modificação da postura do Estado diante desta problemática. Assim, a formação nesse novo paradigma ocasionou a criação de políticas públicas voltadas para o reconhecimento de uma perspectiva pluralista, visando suprimir a estigmatização social destas comunidades no âmbito nacional. Essa preocupação alcançou o sistema jurídico do país, tendo em vista os litígios oriundos da contraposição entre as normas e políticas aplicáveis aos grupos socialmente marginalizados. Considerando esse aspecto, faz-se preciso realizar uma análise acerca dos pontos históricos que levam a compreender o quadro social que surge da nova perspectiva, pautada na introdução de uma sociedade inclusiva.

Para tanto, tais questões precisam ser revistas e adaptadas ao novo contexto contemporâneo, com o advento de novas tecnologias e o processo de globalização, visando adequar uma nova metodologia que supra as novas necessidades sociais surgidas da necessidade de autonomia e do exercício legítimo de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, tais como a educação, acesso à informação etc. Com isso, visa-se de promover uma adaptação que garanta a equidade destes indivíduos diante de questões sociais, na busca por melhorias no que tange ao pleno exercício de seus direitos fundamentais, sob a égide de assegurar sua própria herança cultural e social mediante o uso de políticas que visem trazer adaptações ao novo meio globalizado.

Em consideração nacional, a Região Amazônica demonstra um claro atraso na modernização e no acesso ao meio digital por parte das comunidades mais vulneráveis, uma realidade relacionada ao isolamento geográfico que converge em um isolamento ainda mais grave: o isolamento social da população. Assim, a realidade enfrentada pela população do Amazonas não se limita à atuação do Poder Judiciário, mas também à máquina estatal como um todo, motivo pelo qual o distanciamento dos cidadãos dos tribunais se demonstra apenas um sintoma de um problema histórico.

Em razão disso, as dificuldades enfrentadas pelo Poder Público demandam alterações na própria concepção social da figura do indígena. Tal pensamento corrobora o pensamento idealizado por Norberto Bobbio quando afirma que "Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo" (2004, p. 32). Assim, o acesso a mecanismos digitais que promovam o pleno acesso ao âmbito judicial adaptado às necessidades das populações tradicionais, atuando como ferramentas de inclusão e valorização da heterogeneidade cultural, representa o respeito aos próprios direitos fundamentais e a Lei Maior de 1988, se manifestando na proteção jurídica a essas populações.

Dito isso, cabe ao Estado permear essa transformação social, através de políticas públicas capazes de sobrepujar as demandas dos grupos mais vulneráveis, sobretudo em consideração às dificuldades geográficas da região. Tais ações se constituem indispensáveis para permitir a plena eficácia do acesso à justiça como mecanismo não apenas de resolução de litígios, mas como forma de combate a perpetuação de injustiças contra os povos tradicionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roger Luiz Paz de; MAMED, Danielle de Ouro. *O problema do acesso à justiça em áreas com deficiência de estrutura estatal/judiciária*: o caso do Estado do Amazonas e a busca por alternativas pelo neoconstitucionalismo. Acesso à justiça II: XXIII Congresso Nacional do CONDPEDI. 1 ed. Florianópolis: CONDPEDI, 2014, v. 01, p. 372-396.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e Pluralismo Jurídico: A posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2, p. 171-184, 2019.

BRASIL, Anderson, SILVA, Cícero. O povo indígena Apinayé e o Acesso à Licenciatura em Educação do Campo da Universidade Federal do Tocantins: Algumas Reflexões. *Arquivos analíticos de políticas educativas*. Tocantins, v. 28, n. 159, p. 1-20, out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 5.051*, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Súmula nº 140*. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima. Diário da Justiça: Terceira Seção, Brasília, DF, ano 4, p. 14.853. 24 mai. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Embargos de Declaração.* Ação Popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol. Petição 3.388 Roraima. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 out. 2013. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423. Acesso em: 24 jun. 2022.

BARRETO, C. A Construção de um passado pré-colonial: Uma breve história da arqueologia no Brasil. *Revista USP*. São Paulo. n. 44, p. 32-51, 2000.

BARROS, Denise Cavalcante, OLIVEIRA, Denise, GUGELMIN, Silvia Angela. *Vigilância alimentar e nutricional para a saúde Indígena*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1 ed. 2007.

BURCI, Taissa Vieira Lozano, COSTA, Maria Luísa Furlan. A Inclusão Educacional dos povos indígenas pelo Ensino Superior a Distância: a contribuição da tecnologia para a democratização da Educação. *Revista FAAEBA*. Salvador, v. 30, n. 64, p. 141-157, 2021.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BROTTO, Alexia Rodrigues. A internet e a inclusão social: reflexos da utilização de sistemas computacionais pelo Poder Judiciário na realização da "infoinclusão". *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 30, p. 119-137, 2008.

CAZELOTO, Edilson. *Inclusão Digital:* uma visão crítica. 1 ed. São Paulo: Senac, 2019.

CAMPUS, Luís. CANAVEZES, Sara. *Introdução à Globalização*. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça Departamento de Formação da CGTP-IN. 1 ed. 2007.

CEPAL. *Os Povos Indígenas na América Latina Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos*, Nações Unidas, Santiago. 1 ed. Fevereiro de 2015.

CORRÊA, Igo Zany Nunes; AULER, Rafael Raposo da Câmara; FILHO, Raimundo Pereira Pontes. Acesso à justiça por meio da mediação comunitária como fator de emancipação social no contexto do acesso à justiça nos interiores do Amazonas. *Revista Científica UniRios*. Paulo Afonso - BA, v. 30, p 135-159, 2021.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. Políticas públicas indigenistas em questão: o dilema do diálogo (im)possível. *Revista de Políticas Públicas*. Maranhão. 1 ed. 2015.

FRANCESCHINI, Bruna. Reflexões sobre a questão indígena e a jurisdição penal: o caso brasileiro p. 1225-1240. In: BARRANCO, María Concepción Gorjón. *Políticas públicas en defesa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2020.

GATTI, J. (Re)Descobrimento do Brasil. *Revista FAMECOS*. Santa Catarina, v. 4. n. 7, p. 134-141, 2008.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Conjur. Acesso à Justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. Disponível em: http://conjur.com.br/2020-jun-23/tribunadefensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital. Acesso em: 13 jul. 2020.

IBGE. *Censo 2010*: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. Disponível em: https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194-&view=noticia. Acesso em: 14 jun. 2022.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Povos Indígenas do Brasil*. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Perguntas_frequentes#:~:text=Em%20d%C3%A9cadas%20passadas%2C%20outra%20palavra,(a%20%22selva%22). Acesso em 14 jun. 2022.

JÚNIOR, Hélcio Luiz Adorno; SOARES, Marcele Carine dos Praseres. Processo Judicial Eletrônico, acesso à justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 39, n. 151, p. 187-206, maio/jun. 2013.

LACERDA, Rosane Freire. *Diferença não é incapacidade*: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LUCIANO, Gersem dos Santos. O *Índio Brasileiro*: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação; Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. 1 ed. 2006.

MACIEL, Luciano Moura; NETO, Joaquim Shiraishi. Acesso à Justiça: direitos decepados dos cidadãos múltiplos do Estado do Amazonas. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 114, p. 169-194, 2016.

MÜLLER, Regina Polo. Duas décadas de projetos de desenvolvimento entre povos indígenas: da resistência às frentes de expansão do capitalismo nacional à globalização e ambientalismo dos anos 90. *Revista de Estudos e Pesquisas*. FUNAI, Brasília, v. 1, n. 1, p. 181-203, 2004.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.* Rio de Janeiro: 2008. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185079?posInSet=2&queryId=5b35fa04-1c6c-4e4a-bec9-4c9c021f2e30. Acesso em 21 jun. 2022.

NONATO, Domingos de Nascimento; MOTA, Maria da Graças Tapajós. território indígena e pluralismo jurídico: inter-relação com o processo de regularização fundiária. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 01-20, jan/jun. 2017.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O Estado pluriétnico: Além da Tutela: bases para uma política indigenista. *Repositório Institucional do Ministério Público Federal*, 2002. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83418. Acesso em: 16 jun. 2022.

PINTO, Simone Rodrigues. Reflexões sobre pluralismo jurídico e direitos indígenas na América do Sul. *Revista Sociologia Jurídica*, online, ISSN 1809-2721, n. 6, p. 92-105, jan./jun. 2008.

PAGLIARO, Heloísa, AZEVEDO Marta Maria, SANTOS, Ricardo Ventura. *Demografia dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

RADLER, Juliana. Instituto Socioambiental. *Cidade mais indígena do Brasil, São Gabriel da Cachoeira se isola contra a Covid-19*. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/cidade-mais-indigena-do-brasil-sao-gabriel-da-cachoeira-se-isola-contra-a-covid-19. Acesso em: 15 jun. 2022.

RIBEIRO, Berta G. O mapa etno-histórico de Curt Nimuendaju. *Revista de Antropologia*. São Paulo, vol. 15 p. 175-181. 1982.

SANTOS, Fabio Luis Barbosa, atualidade da América Latina: diálogo crítico com Leslie Bethell. *Revista Eletrônica da ANPHLAC*, São Paulo, n. 21, p. 261-297, 2016.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. A proteção dos direitos dos índios. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1417, não paginado, 19 mai. 2007.

_____, Aplicadores do Direito são etnocêntricos com indígenas. *Revista Consultor Jurídico*. Online, 2012. ISSN 1809-2829. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/aplicadores-direito-ainda-visao-etnocentrica-indigenas. Acesso em 14 jun. 2022.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2017. ISBN 978-85-249-2520-7.

STEVANI, Luiz Felipe. Exclusão nada remota: desigualdades sociais e digitais dificultam a garantia do direito à educação na pandemia. *RADIS*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 10-15, 2020.

SILVA, Julia Izabelle. *Direitos linguísticos dos povos indígenas no acesso à justiça*: a disputa pelo direito ao uso das línguas indígenas em juízo a partir da análise de três processos judiciais. 2019. Tese (Doutorado em Linguística) - Faculdade de Linguística. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade. *Revista AATR*, Salvador, ano 1, n. 1, p. 1-11, 2002. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/57253448/03-Aatr-Pp-Papel-Politicas-Publicas. Acesso em: 21 jun. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 3 ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2021.

A INTERFACE JURÍDICA DA OBRA/DOCUMENTÁRIO "INDIANARA" E O DESAMPARO DAS PESSOAS TRANS NO BRASIL

THE LEGAL INTERFACE OF THE WORK/DOCUMENTARY "INDIANARA" AND THE HELP OF TRANS PEOPLE IN BRAZIL

*Aline Carvalho Vieira**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o documentário "Indianara", o qual retrata o trabalho desempenhado por Indianarae Alves Siqueira, uma das idealizadoras da "Casa Nem". A instituição acolhe pessoas trans em situação de vulnerabilidade no Rio de Janeiro e lhes fornece moradia, alimentação e tantos outros direitos cuja competência deveria ser do Estado. Assim, a partir da referida obra, a presente pesquisa busca refletir acerca da interface jurídica das situações narradas do longa documental, especialmente no tocante à prostituição e regulamentação do direito ao nome das pessoas trans. Serão demonstradas ainda a evolução lenta e tardia dos direitos das pessoas trans em nosso ordenamento jurídico, bem como as estatísticas de violência e homicídio contra as pessoas trans no Brasil. O método de estudo utilizado é o hipotético dedutivo, bem como o levantamento de bibliografias relativas ao tema, jurisprudências e dados estatísticos. As pessoas trans no país encontram-se em situação de extrema marginalização e a adoção de políticas públicas específicas é medida urgente a ser adotada pelo Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Transgênero. Violência. Marginalização. Prostituição. Nome.

**Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: alinecavieira16@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1322668382968880.

Abstract: The present work aims to analyze the documentary "Indianara", which portrays the work performed by Indianarae Alves Siqueira, one of the creators of "Casa Nem". The institution welcomes trans people in vulnerable situations in Rio de Janeiro and provides them with housing, food and many other rights that should be the responsibility of the State. During the research, statistics on violence and homicide against transgender people in Brazil will be demonstrated, associated with the analysis of the legal interface of the situations narrated in the feature film, especially with regard to prostitution and regulation of the right to a name for transgender people. The study method used is the deductive hypothetical, as well as the survey of bibliographies related to the theme and statistical data. Trans people in the country are in a situation of extreme marginalization and the adoption of specific public policies is an urgent measure to be adopted by the Brazilian State.

Keywords: Transgender. Violence. Marginalization. Prostitution. Name.

1. INTRODUÇÃO

A violência de gênero é uma realidade no Brasil mesmo diante de todos os avanços legislativos conquistados ao longo dos anos, como a partir da Lei Maria da Penha no ano de 2006 para fins de combater a violência doméstica e a Lei do Feminicídio no ano de 2015 que, por sua vez, endureceu a pena de homicídio nos casos em que este venha a ser praticado contra a mulher em razão do sexo feminino. Ocorre que nem todas as mulheres encontram-se protegidas por estas legislações, pois, muita das vezes as normativas são aplicadas sobre um viés *CISnormativo*[1], o qual exclui e relega à marginalidade as mulheres trans e travestis.

A população transgênero no Brasil encontra-se esquecida pelos poderes da República, especialmente pelo Legislativo e Executivo, pois, mesmo com todos os alarmantes números de violência contra esta minoria social, não foram criadas, até os dias de hoje, qualquer lei específica para protegê-los, os deixando à mercê da provocação de um judiciário instável. Nosso país, lamentavelmente, ocupa o primeiro lugar no *ranking* mundial de homicídios praticados contra as pessoas *trans*, sendo que, na grande maioria dos casos, a prática tem como alvo mulheres trans e travestis.

Neste contexto, o presente trabalho se desenvolve a partir da análise do documentário "Indianara", obra esta que retrata o trabalho desempenhado por Indianarae Alves Siqueira uma das idealizadoras da "Casa Nem", uma instituição que aco-

1 A palavra "CISnormativo" presente de forma reiterada no texto é formada pela junção das palavras "Cis" e "Normatividade". Está última remete à ideia de normas ou condutas sociais e a primeira faz referência às pessoas que perfazem seu gênero de acordo com o sexo biológico. Assim, quando é utilizada a palavra "Cisnormatividade/ Cisnormativo" fazemos referência à predominância de normas sociais que protegem as pessoas cis e, consequentemente, desprotegem as pessoas trans, marginalizando-as.

lhe pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexuais, assexuais e demais orientações sexuais e identidades de gênero (LGBTQIA+), em especial pessoas trans em situação de violência, na cidade do Rio de Janeiro. O documentário retrata uma série de situações vivenciadas pelas pessoas trans e sua situação de marginalização na sociedade brasileira, especialmente no que diz respeito à prostituição. Indianarae desempenha um papel que deveria ser realizado pelo Estado ao conceder direitos básicos a esta minoria social tão renegada.

Assim, a presente pesquisa busca refletir acerca da interface jurídica das situações narradas do longa documental, especialmente no tocante à prostituição e a regulamentação do direito ao nome das pessoas trans o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4.275, uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). No mais, será demonstrado ainda a evolução lenta e tardia dos direitos das pessoas trans em nosso ordenamento jurídico e a inércia dos poderes estatais na proteção deste grupo social. Abordaremos ainda, ao longo do trabalho, alguns dados atuais sobre o transfeminicídio no Brasil, observando que, mesmo diante de estatísticas alarmantes, não há políticas públicas voltadas ao combate específico deste tipo de violência.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir do método hipotético dedutivo no intuito de analisar, com base da análise do documentário "Indianara" e nas pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais levantadas, a veracidade das seguintes premissas: 1) a inércia dos poderes da República, especialmente Legislativo e Executivo, na proteção das pessoas trans reflete diretamente nas altas taxas de homicídio contra esta minoria social; 2) a ausência de discussão acerca da regulamentação da prostituição e da regulamentação da retificação de registro civil das pessoas trans Brasil.

2. OBRA: DOCUMENTÁRIO "INDIANARA" - 2019 - CANAL FUTURA

A produção artística referenciada no presente trabalho é um documentário, ou longa documental, que trabalha a temática da diversidade e gênero, nomeado como "Indianara". A obra retrata parte da trajetória da ativista transvestigênere[2] Indianarae Alves Siqueira, uma das idealizadoras da "Casa Nem", conhecida por ser um local de abrigo para as pessoas LGBTQIA+ em situação de vulnerabilidade social na cidade do Rio de Janeiro – RJ.

2 Indianarae Siqueira foi a autora do termo "transvestigênere" e o cunhou para fazer referência aos corpos travestis e transexuais, afinal estas últimas classificações teriam sido criadas por pessoas cisgêneros e especialmente sobre um viés de patológico (LIMA, GOMES, 2020, p.1).

O documentário se passa no ano de 2017, após o golpe sofrido pela presidenta Dilma Rousseff, e retrata com excelência a cruel realidade vivida pela população LGBTQIA+ na época não só no Rio de Janeiro, como também em todo país. Diante da polarização que assolava o país a causa desta minoria se mostrava cada vez mais invisibilizada, inclusive pelos partidos de esquerda, os quais tapavam os olhos à marginalização a que eram submetidos, especialmente as pessoas trans. Como relatado no longa metragem documental, é Indianarae Siqueira quem toma frente e acolhe, através do abrigo conhecido como "Casa Nem", as pessoas rejeitadas por suas famílias e pelo Estado pelo simples fato de serem quem são e por não se encaixarem no padrão performado pela sociedade geral.

Nesse sentido a Casa Nem é um espaço para acolhimento da população LGBTQIA+ em situação de rua ou vulnerabilidade social. É um projeto 100% gratuito, comunitário e de autogestão que se sustenta exclusivamente através de voluntariado e doações, sem qualquer subsídio governamental ou de instituições públicas e privadas. No local as pessoas são acolhidas, recebem moradia, alimentação gratuitamente e aulas de alfabetização.

O longa metragem retrata ainda a violência física e institucional sofrida por essa minoria social, que, literalmente, luta para sua sobrevivência. Há várias cenas que mostram inclusive a organização e participação das moradoras da casa em diversos movimentos sociais, especialmente o "Fora Temer" em 2017 e "Marielle, presente!" em março de 2018, sendo que em todas, para além de qualquer manifestação política, estavam lutando por sobrevivência.

Ocorre que o abrigo foi, por várias vezes, fechado pelos órgãos de fiscalização estatais, conforme observa-se ao final do documentário quando as moradoras da Casa Nem lutam contra a expulsão judicial sofrida e a incerteza de para onde iriam, literalmente "largadas" à própria sorte. É apenas após a ajuda de Indianarae Siqueira acompanhando-as pelas ruas, que conseguem localizar um local minimamente seguro para que elas se estabeleçam provisoriamente.

Dentre os temas abordados no longa metragem destacamos ainda a temática do nome social, prostituição e da liberdade sobre o próprio corpo, sendo esta última fortemente defendia por Indianarae como forma de empoderamento das pessoas trans. A Casa Nem simboliza a luta, a resistência e o poder é o local em que as pessoas em situação de vulnerabilidade podem chamar de lar, afinal - conforme veremos nos dados apontados no capítulo seguinte - encontram-se abandonadas à própria sorte, sem qualquer amparo do Estado e da sociedade civil como um todo.

Indianarae Alves Siqueira é conhecida nacionalmente como uma das idealizadoras da Casa Nem, bem como atua como defensora dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis ou quaisquer outros grupos identitários. Desempenha um trabalho fundamental de empoderamento da população transgênero, de forma autônoma e através de filiações organizacionais, como a Casa Nem, Transrevolução, Casa de Apoio Brenda Lee e dentre tantos outros grupos que faz parte (JESUS, 2013, p.59).

No ano de 1995 tornou-se presidenta fundadora do Grupo Filadélfia de Travestis e Liberados de Santos, cujo enfoque ali discutido seria a prevenção de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs) e Hepatites virais, sendo voltado à conscientização e acolhimento das mulheres trans que trabalham com prostituição (JESUS, 2013, p. 62). É militante pelo direito ao nome social e, em 1996, na Conferência Municipal de Saúde em Santos, pleiteou que, em caso de internação médica, as mulheres trans deveriam ser acomodadas na ala feminina, bem como que seus companheiros fossem considerados cônjuges em seu prontuário médico (JESUS, 2013, p. 63).

Indianarae também fundou no ano de 2015 o projeto PreparaNem, coletivo trans-ativista preparatório para o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) voltado às pessoas transexuais e travestis no Rio de Janeiro. No ano de 2016 chegou a ser vereadora suplente na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro e atualmente segue atuando nas áreas de atendimento e acolhimento do público trans (SINDJUS, 2020, n.p).

A ativista utiliza muito o termo "puta" e se intitula como tal. Em entrevista dada à Revista Gênero da Universidade de Brasília (2013, p.61) explicitou o que entende do termo e sua importância:

> Depende do contexto. Você pode ser puta por conta de um padrão social de como as mulheres devem se comportar, e as que não se comportam assim então são putas. Você pode ser porque você decidiu capitalizar o sexo (ato [sexual]) e ganhar dinheiro com isso. Mas em um mundo onde poderíamos optar, pra mim ser puta é uma opção profissional como outra qualquer, de alguém que optou por, através de uma remuneração, proporcionar prazer sexual — também não significa conjunção carnal e nem que o outro obrigatoriamente chegue ao orgasmo — a outrem.

Diante desta pequena biografia aqui trazida, é notável o papel essencial desempenhado por Indiana Siqueira à causa LBTQIA+, especialmente em relação ao acolhimento e empoderamento de mulheres trans. Histórias como a dela merecem ser contadas e reconhecidas, pois, a ativista desempenha de forma autônoma e gratuita o trabalho que deveria ser feito pelo Estado brasileiro, o qual negligência, mata, discrimina e exclui essas minorias sociais.

3. A INTERFACE DO DOCUMENTÁRIO "INDIANARA" E AS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS

O documentário analisado no presente trabalho tem uma relevância social imensurável, pois, trabalha com questões urgentes em nossa sociedade e demonstra a necessidade de combate a qualquer forma de violência contra a população LGBTQIA+. O longa metragem demonstra a inércia estatal, a marginalização e discriminação contra as pessoas trans, um reflexo de um país machista e transfóbico, negando direitos básicos e fundamentais a essa população.

Nesse sentido, a partir das reflexões supracitadas discutiremos agora algumas das questões jurídicas retratadas no documentário, especificamente: transfeminicídio (dados e ordenamento jurídico), regulamentação da prostituição e nome social, tecendo considerações acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 julgada pelo Supremo Tribunal Federal e do Provimento nº 73 de 2018 editado pelo Conselho Nacional de Justiça.

3.1 DADOS SOBRE O TRANSFEMINICÍDIO NO BRASIL

O Brasil é o país que mais mata pessoas trans do mundo, posição que ocupa por anos de acordo com as pesquisas realizadas pela Associação Nacional das Travestis e Transexuais (ANTRA). De acordo com a *Cable News Network* (CNN) do Brasil (2021, n.p), o mapa traçado pela associação revela que São Paulo foi em 2020 o Estado com maior número de assassinatos desta natureza, seguindo pelo Ceará, Bahia, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

De acordo com o dossiê dos assassinatos e da violência contra pessoas TRANS divulgado pela ANTRA em relação ao ano de 2019, ocorreram cerca de 124 homicídios contra pessoas Trans, das quais 121 eram Travestis e Mulheres Transexuais e 3 Homens Trans. Destes casos apenas 11 tiveram os suspeitos identificados, número que representa apenas 8% dos dados, bem como apenas 7% dos identificados estão efetivamente presos (BENEVIDES; NOGUEIRA; 2019, p. 22).

No ano de 2020 os números sofrem um aumento quando comparados ao ano anterior, ao total foram registrados pelo menos 175 assassinatos de pessoas trans, sendo todas travestis e mulheres transexuais (BENEVIDES; NOGUEIRA; 2020, p. 31). Mesmo com dados parciais divulgados pela ANTRA, entre janeiro e junho deste ano de 2021, foram totalizados 80 assassinatos contra pessoas trans, dos quais

2 eram homens trans e 78 travestis e mulheres trans, sendo ainda do total apurado 3 das vítimas defensoras dos direitos humanos (BENEVIDES; NOGUEIRA; 2021, p. 4).

Importa ressaltar ainda que os números apresentados são alarmantes por si só, entretanto, na maioria das vezes, na realidade, são superiores, afinal há muitos casos subnotificados. Os dados são imprecisos pois a população LGBTQIA+ enfrenta no Brasil diversas formas de violência direta e indireta, institucionais e estruturais, enraizadas na cultura machista e homofóbica do país. A inexistência ou as imprecisas estatísticas refletem a falta de políticas públicas estatais de acolhimento das vítimas, o que faz com que essa minoria não efetive formalmente a denúncia aos órgãos de fiscalização, pois, possivelmente serão revitimizadas pelo Estado (BENEVIDES; NOGUEIRA; 2020, p. 26).

Por fim, faz-se essencial mencionar acerca da temática do suicídio e a população trans justamente por se caracterizar uma violência indireta e uma forma de omissão estatal quanto a essas minorias. No ano de 2020 foram registrados 23 casos de suicídio, dos quais 7 eram homens trans/transmasculines e 16 travestis/mulheres trans. Novamente os números não são precisos, pois, na grande maioria das vezes os casos não são notificados às autoridades públicas, justamente pelo preconceito sofrido mesmo após a morte.

Neste cenário, a marginalização da população trans é um problema iminente no Brasil conforme demonstrando no documentário "Indianara", esta minoria é morte no país pelo simples fato de existirem e não se enquadrarem na lógica binária e heteronormativa que permeia a sociedade brasileira e, consequentemente, o próprio ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se que mesmo diante das estatísticas alarmantes aqui mencionadas, não há no Brasil qualquer normativa que busque coibir a violência contra as pessoas trans, mas apenas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o que, por si só, demonstra o desamparo sofrido por esta minoria em nosso país.

3.2 TRANSFEMINICÍDIO SOB A ÓTICA DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Como é sabido o Código Penal Brasileiro, mesmo com alterações legislativas significativas ao longo da história, foi publicado no de 1940, ou seja, estamos sob a égide do mesmo há mais de 80 anos. O referido documento legal, portanto, encontra-se ultrapassado tendo em vista que a regulamentação penal brasileira não acompanhou os avanços sociais no que tange à identidade sexual e de gênero,

acabando muita das vezes legitimando e fomentando a violência contra as mulheres e LGBTQIA+ ao longo da história.

Especificamente quanto à mulher ocorreram algumas mudanças legais voltadas à prevenção da violência de gênero cometidas contra ela em razão do sexo feminino, como por exemplo com a promulgação da Lei Maria da Penha no ano de 2006 (SILVA, 2016, p. 34). Em que pese a insurgência da referida lei, as taxas de homicídio contra as mulheres continuaram alarmantes, situação que demonstrava que ainda havia muito a ser feito por parte do Estado.

Diante destas percepções foi criada, no ano de 2015, a Lei do Feminicídio que buscou reconhecer a existência da discriminação, opressão e violência sistemática contra a mulher (SIMÕES, 2020, p. 6). Para atingir formalmente tal objetivo foi adicionado ao §2° do art. 121 do Código Penal Brasileiro a qualificadora do inciso VI, a qual aumenta a pena em casos de homicídio cometido "contra mulher por razões da condição do sexo feminino".

Ocorre que, em que pese o entendimento doutrinário de que de a Lei Maria da Penha define seu âmbito de proteção baseada no gênero, ou seja, não restringe sua aplicação à mulher enquanto ser biológico e a Lei do Feminicídio estaria, em tese, no mesmo sentido, sabemos que na prática as coisas não funcionam bem assim e as mulheres trans acabam completamente desamparadas pelo ordenamento e pelo Estado.

Conforme pontuado por Bento (2016, p. 52 apud Martins, 2018, p. 22) o feminicídio e o transfeminicídio possuem vários pontos em comum, sendo o principalmente deles o ódio ao feminino, o qual já é desvalorizado histórico e socialmente. Entretanto, quando este feminino é performado em corpos que nasceram com pênis, há um incômodo grotesco na sociedade e as normas de gênero são diretamente rompidas. Nesse sentido no entendimento de Martins (2018, p. 22) o transfeminicídio representaria a mais profunda transgressão à lei de gênero que determina a identidade a partir da genitália. Logo, diante desta lógica patriarcal as pessoas trans seriam um modelo de sujeitos que não deveriam compor a sociedade.

Nota-se, a partir dos índices e reflexões feitas até aqui, que o público trans é alvo de violência e assassinatos diariamente, entretanto não há qualquer respaldo jurídico, legislação ou atendimento especializado visando sua proteção (SIMÕES, 2020, p. 9). Pelo contrário, a população LGBTQIA+, especialmente as mulheres trans, são colocadas à margem da sociedade e vítimas constantes de violências físicas, simbólicas, institucional, psicológicas e não lhes são garantidos os direitos civis básicos como direito ao trabalho, moradia, educação e mais do que nunca o direito à vida.

Importa mencionar ainda que, conforme o comparativo de dados trazidos no tópico anterior, é possível perceber que os índices vêm crescendo brutalmente e as autoridades cada vez mais tapam os olhos para tal situação. Saliento aqui uma reflexão trazida pela própria Indianarae no longa metragem aqui discutido quando, no início do documentário, ela e outras colegas acompanham um cortejo de uma mulher trans assassinada e ela, claramente exausta de toda essa violência, faz a seguinte reflexão no enterro: "*Quem é transexual, quem é bi, quem é hetero, quem é preto, quem é branco aqui? O que importa aqui?*".

Outra cena que chama muito a atenção no documentário é o momento em que Indianarae relê vários papéis que tem guardado há anos e neles estão escritos os nomes das transexuais e travestis assassinadas, quando morreram e forma cruel contra elas praticada. De acordo com dados do ANTRA de 2018 e 2019 resta-se demonstrado que 80% dos assassinatos praticados foram através de uso excessivo de violência e crueldade, tais como: espancamento, pauladas, estrangulamento, asfixia, corpo carbonizado e tantas outras formas cruéis (SIMÕES, 2020, p. 10).

A omissão estatal frente aos assassinatos cometidos contra a população LGBTQIA+ representa uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1º, III, da Constituição Federal e que respalda todo ordenamento jurídico pátrio. A garantia de políticas públicas voltadas à população transgênero é medida urgente a ser adotada pelos governantes, especialmente voltadas à inserção desta minoria na sociedade, com a consequente garantia de direitos sociais e, mais do que nunca, de sobrevivência.

3.3 REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO E SEU DEBATE DENTRO DO DIREITO

No documento "Indianara", analisado no presente trabalho, fica claro a marginalização sofrida pela população trans, a inércia das autoridades estatais e o fato de que as mulheres presentes na Casa Nem tem o local como única alternativa para moradia e alimentação. Diante deste cenário observa-se no longa metragem que as pessoas da referido abrigo não possuem acesso à educação, saúde, moradia e ao trabalho, restando a elas apenas um único caminho para sua subsistência: a prostituição.

No decorrer do documentário as mulheres que residem na Casa Nem, sob orientação de Indianarae Siqueira, frequentam os movimentos sociais e manifestações nas ruas. Dentre as pautas que reivindicam no longa metragem está a liberdade dos seus corpos e pelo direito de serem como são. Diante deste cenário

mister se faz a proposição de uma reflexão acerca da prostituição: necessidade de regulamentação ou uma contribuição para a marginalização dos corpos?

No Brasil não há qualquer vedação legal quanto à prática da prostituição, desde que está seja desempenhada pela livre vontade da pessoa. Entretanto, o legislador criminaliza o lenocínio e o tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou seja, a prática da prostituição induzida por terceiro, independente de lucro, conforme dispõe os tipos penais do capítulo V do Código Penal.

Ocorre que a maioria das pessoas que se submetem à prostituição tem esta como único recurso para sobrevivência, especialmente quando praticada pela população trans. A esse público muitas vezes se prostituir é o único caminho, pois sofrem discriminação, não tem acesso ao mercado de trabalho e não lhes é garantido o direito à educação ou acesso ao trabalho formal, bem como todas as garantias deles decorrentes. O Estado, como já vimos até então, não trabalha na elaboração de políticas públicas para inserção dos transgêneros e transexuais em todos os espaços da sociedade.

A discussão acerca da temática da prostituição se mostra muito convertida social e juridicamente, pois, como cita Silva e Cardin (2017, p. 1) a prática envolve a livre disposição do corpo com o intuito de obter rendimentos financeiros, através da prestação de atividades que satisfazem sexualmente um terceiro. Em que pese a existência da controvérsia, o antigo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) reconheceu em 2002 a prostituição como atividade laboral:

> TÍTULO: 5198-05 Profissional do sexo - Garota de programa; Garoto de programa; Meretriz; Messalina; Michê; Mulher da vida; Prostituta; Trabalhador do sexo. DESCRIÇÃO SUMÁRIA: Buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade. As atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidades da profissão. FORMAÇÃO E EXPERIÊNCIA: Para o exercício profissional requer-se que os trabalhadores participem de oficinas sobre sexo seguro, o acesso à profissão é restrito aos maiores de dezoito anos; a escolaridade média está na faixa de quarta a sétima série do ensino fundamental. CONDIÇÕES GERAIS DE EXERCÍCIO: Trabalham por conta própria, em locais diversos e horários irregulares. No exercício de algumas das atividades podem estar expostos a intempéries e discriminação social. Há ainda riscos de contágios de dst, e maus-tratos, violência de rua e morte187.

Em que pese o reconhecimento por parte do MTE, a prática da prostituição não é regulamentada, sendo negado a estes profissionais direitos essenciais como, por exemplo, férias, décimo terceiro salário, jornada de trabalho, horas extras e tantas outras garantias trabalhistas, caracterizando uma afronta direta à dignidade da pessoa humana e também uma inércia estatal acerca desta situação que recorren-

temente nos deparamos em nosso dia a dia.

Importa salientar que o Regime de Previdência Social permite que aquelas pessoas que exercem a prostituição autonomamente possam se filiar e contribuir ao sistema para ter acesso aos benefícios como aposentadoria, auxílio-doença e salário-maternidade. Entretanto, apesar da garantia formal, sabemos que na prática o acesso não é tão fácil assim, considerando a discriminação e marginalização da profissão.

Por fim é preciso mencionar que já passaram pelo legislativo brasileiro diversas propostas de regulamentação da prostituição, entretanto, nenhuma delas foi aprovada, ou sequer discutida com amplitude diante do estigma existente na sociedade quanto ao tema. É preciso compreender a prostituição como um fator estrutural no Brasil, o qual, por sua vez, afeta diretamente as mulheres trans e travestis, de modo que muitas delas recorrem a esta situação diante da falta de oportunidade de trabalho na sociedade, em razão do preconceito, bem como pela falta de políticas públicas voltadas a esta minoria social.

3.4 O DIREITO AO NOME SOCIAL E ADI N° 4.275

O nome é considerado um direito personalíssimo, inerente a cada ser humano e tem, ao mesmo tempo, importância na esfera do direito público e privado. Isso se dá pois aquele é imprescindível tanto para a pessoa em si com relação à sua identidade, quanto da pessoa em sua vida comunitária, perante a sociedade e também em face Estado (OLIVEIRA, 2018, p.130).

Sob a ótica jurídica, o nome encontra-se regulamentado no art. 16 do Código Civil, *in verbis: "Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome"*. A partir deste dispositivo Tartuce (2016, p.90 apud OLIVEIRA, 2018, p.130) defende que o nome carrega o status de direito subjetivo da personalidade, o qual pode ser definido da seguinte forma:

> Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado pessoa. Em síntese, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição Federal/1988).

A partir da definição supra, é possível perceber que os direitos da personalidade se ligam diretamente à dignidade da pessoa humana e, portanto, o direito ao nome representa a concretização desta garantia (OLIVEIRA, 2018,p.131). Logo, a partir deste entendimento, violando o direito ao nome automaticamente há vio-

lação da dignidade humana, a qual, por sua vez, se apresenta como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme se extrai do art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Relativamente à temática do direito ao nome, observamos que em certo momento do documentário "Indianara" há uma cena em que ela encontra, junto a alguns documentos, sua antiga identidade na qual constava o nome que recebeu à época de seu nascimento. Apesar do longa metragem não aprofundar na temática em si, a cena nos faz refletir acerca da importância do nome social e da alteração de registro quando as pessoas trans não se identificarem com o nome registrado à época do nascimento.

O direito ao nome social no Brasil foi conquistado a partir de lutas travadas pela população LGBTQIA+ ao longo da história, afinal por muito tempo a transexualidade foi compreendida como um fenômeno anormal, classificada até 2019 como uma doença mental. Tal compreensão muda de forma tardia em 18 de junho de 2019, quando a transexualidade passa a ser compreendida como incongruência de gênero na Classificação Internacional de Doenças nº 11 (CID-11) e cada Estado teria até 1º de janeiro de 2022 para se adaptar à nova classificação (PEREIRA, BEZERRA e MIRANDA, 2021, p. 88).

Em que pese a luta constante das pessoas trans por reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, o nome social só vem ser regulamentado com o Decreto nº 8.727 de 2016. Tal documento legal normatizou, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, a garantia à pessoa trans ou travesti de inclusão do seu nome social nos documentos oficiais, sendo que seu nome de registro apenas seria mencionado quando verificado interesse público. Nota-se que, em um cenário de completo desamparo, tal mudança essencial e poupou pessoas trans de constrangimentos diários que eram submetidos ao comparecer em repartições públicas.

Conforme mencionado até aqui o direito ao nome é intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana e a pessoa trans, à luz do referido princípio constitucional, não pode ser exposta ou discriminada em consequência de o nome que consta em seu registro não lhe representar. Neste cenário, ainda que a regulamentação do nome social já representasse um avanço no âmbito da conquista de direitos das pessoas trans, muitas delas almejavam alterar diretamente o registro civil, entretanto, para conquistar tal direito precisariam se submeter à cirurgia de transgenitalização, o que não era acessível à maioria deste público. Tal situação perdurou até março de 2018 e representava um processo extremamente doloroso e discriminatório por parte do Poder Judiciário.

Neste cenário, associado às lutas histórias e sociais da população LGBTQIA+,

no início do ano de 2018 foi apreciada pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.275 de 2018. A referida ADI foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto o Art. 58 da Lei dos Registros Públicos e a necessidade de interpretá-lo conforme os preceitos constitucionais e aqueles decorrentes do Pacto de São José da Costa Rica, especialmente no que diz respeito ao combate da discriminação. O pedido principal da ação dizia respeito ao reconhecimento dos direitos dos transgêneros à substituição do prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização ou outros tratamentos patologizantes.

Ao apreciar o pedido, a Corte Constitucional ponderou que atualmente muitas pessoas trans não sentem repulsa a seus órgãos genitais e, neste sentido, não deve se admitir juridicamente a imposição de mutilação àqueles que apenas almejam a fruição de direitos que lhes são inerentes, quais sejam, à personalidade, o direito ao nome e à dignidade da pessoa humana. O STF entendeu ainda pela dispensa de laudos médico e psicológico, afinal o reconhecimento como não pertencente ao sexo biológico diz respeito apenas ao indivíduo, tendo em vista seu direito de autodeterminação. Assim, a partir do julgamento da ADI 4.275, os transgêneros podem alterar seu nome e gênero através de autodeclaração, administrativamente, no Cartório Civil de Pessoas Naturais (SILVA; CABRAL; SOUZA; 2018, p. 74).

A Corte Brasileira formulou, portanto, o seguinte entendimento:

> O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018. (STF, Decisão de julgamento, 2018)

Após a referida decisão, foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça o provimento nº 73 de 2018 no intuito de regulamentar o direito à alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento das pessoas transgênero, de forma a assegurar que pessoas que já tenham atingido a maioridade civil possam requerer administrativamente junto ao cartório a alteração dos documentos, compatibilizando-os com sua identidade autopercebida.

De acordo com a referida regulamentação, a pessoa trans, ao solicitar a alteração de registro civil, declarará perante o registrador do cartório seu interesse em

adequar seus documentos à gênero e nome que atenda a sua identidade psíquica. Será apenas exigido que o requerente apresente documentos pessoais, como certidão de nascimento, título de eleitor, como também certidões cíveis, criminais, trabalhistas no intuito de se verificar a existência de ações em curso ou eventuais débitos, a fim de viabilizar a comunicação aos órgãos competentes certificando a alteração. Destaca-se, inclusive, que a apresentação de tais documentos é apenas para fins formais de comunicação, não sendo para realização de qualquer juízo de valor acerca do requerente.

Ao analisarmos o direito à alteração de registro civil conquistado pelas pessoas transgênero, observamos que este apenas foi reconhecido tardiamente, afinal eram compreendidos como anormais e o direito, por anos, renegou esta população à marginalização, deixando de lhes garantir direitos básicos e fundamentais. Tal situação é claramente vista no documentário "Indianara", a protagonista há anos vem fornecendo abrigo e alimentação às pessoas trans, retirando-as da situação de rua, função esta que deveria ser desempenhada pelo próprio Estado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível perceber, o documentário "Indianara" é uma produção artística ímpar e que merece uma maior valorização por parte da cultura nacional. A produção retrata com maestria a difícil realidade vivida pela população LGBTQIA+, em especial as mulheres trans, no país. Indianarae Siqueira é um exemplo de mulher de luta, que não mede esforços para acolher e ajudar mulheres trans na cidade do Rio de Janeiro, desempenhando um papel negligenciado pelo Estado Brasileiro.

Observamos ainda que o referido documentário traz uma série de reflexões acerca da evolução lenta e tardia dos direitos das pessoas trans em nosso ordenamento jurídico, os quais só foram conquistados após anos de luta desta minoria social e, mesmo assim, ainda não encontramos qualquer regulamentação legislativa formal. Observamos que as pessoas trans são marginalizadas na sociedade brasileira e, em razão disso, em muitos casos estas acabam se envolvendo com a prostituição, não por escolha, mas sim por sobrevivência.

Foi possível observar ainda que o Estado Brasileiro é inerte quanto a proteção das pessoas transgênero, condenando-as à marginalização, afinal até o ano de 2019 a transexualidade era compreendida como transtorno mental. Também tardiamente foi conquistado o direito à retificação de registro civil independente de cirurgia de

transgenitalização através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 por parte do Supremo Tribunal Federal.

Neste cenário, as estatísticas são claras: a população trans é alvo de violência direta e indireta, social e institucional e os números de transfeminicídios crescem ano após ano de forma cruel, entretanto, sem qualquer atitude sendo tomada pelas autoridades nacionais, estaduais e municipais. Tal situação é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, o qual se propõe, dentre seus princípios basilares, a construir um país mais justo e igualitário para todas as pessoas, independentemente de qualquer discriminação.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara. *Boletim nº 002-2021*. Rio de Janeiro: Antra, 2021. p. 12.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 1 mar. 2018.

CNN BRASIL. *Brasil segue no topo de ranking de assassinatos de pessoas trans no mundo*. 2021. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/brasil-segue-no-topo-de-paises-que-mais-reportam-assassinatos-de-trans-no-mundo/. Acesso em: 02 out. 2021.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal. Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019 / Bruna G. Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020.

Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020 / Bruna G. Benevides, Sayonara Naider Bonfim Nogueira (Orgs). – São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021.

Encontro Internacional de Prodição Científica, 2017, Maringá. Da Regulamentação da prostituição como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.. Maringá: X Epcc, 2017. p. 11.

JESUS, Jaqueline Gomes de. *Uma puta educadora: entrevista com Indianara Alves Siqueira*. Gênero, Niterói, v. 14, n. 1, p. 57-67, jul. 2013.

LIMA, Marcelo Rodrigues de; GOMES, Maria Carmen Aires. *Representações sociodiscursivas do corpo político transvestigênere em práticas midiáticas digitais brasileiras*. *Polifonia*, Cuiabá, v. 27, n. 49, p. 199-219, dez. 2020.

MARTINS, Ingrid Gomes. *"Justiça para Dandara, Érika e para todas": a luta do movimento lgbt cearense por respostas estatais à barbárie transfóbica*. 2018. 62 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

OLIVEIRA, Maria Fátima Rodrigues de. *O nome social e a sua impotância no âmbito do direito personalíssimo*. In: VI Congresso Brasileiro de processo coletivo e cidadania - Universidade de Ribeirão Preto., 6., 2018, [SI]. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania. [S.L.]: [S.E], 2018. p. 128-139.

PEREIRA, C. A. M. P.; BEZERRA, F. C. P.; MIRANDA, K. D. de. *Direitos e garantias constitucionais do transexual: direitos sociais, seguridade e previdência social*. Revista do Curso Direito UNIFOR-MG, Formiga, v. 12, n. 2, p. 81-98, jul./dez. 2021.

SILVA, Débora Pinto da; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de. O reconhecimento do nome social de pessoas transexuais à luz do STF que julgou a ADI 4.275. *Transformar*, Itaperuna, v. 12, n. 2, p. 64-88, dez. 2018.

SILVA, Vanessa Júlia Pereira. *Lei nº 13.104/15*: *uma análise sobre a possibilidade da aplicação do transfeminicídio no ordenamento jurídico brasileiro.* 2016. p 55. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2016.

SIMÕES, Ana Paula Ribeiro. *Transfeminicídio a vulnerabilidade dos transexuais femininos perante o código penal brasileiro*. 2020. 24 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

SINDJUS. Em sua quarta semana, *Fenajud traz a público história de mais duas mulheres*. 2020. Disponível em: http://www.sindjus.com.br/em-sua-quarta-semana-fenajud-traz-a-publico-historia-de-mais-duas-mulheres/10519/. Acesso em: 02 out. 2021.

A (IR)RELEVÂNCIA DA FELICIDADE COMO DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO

THE (IR)RELEVANCE OF HAPPINESS AS A POSITIVE CONSTITUTIONAL RIGHT

*João Vitor Antunes dos Santos**

Resumo: Embora a Constituição Federal de 1988 não inclua uma previsão expressa sobre o direito à felicidade, este foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo do presente trabalho é verificar se países que positivam o direito à felicidade em suas constituições são mais felizes que os demais, por meio de uma pesquisa comparativa de 143 constituições estrangeiras e da análise de dados do Relatório Mundial da Felicidade de 2022. Nesse contexto, o estudo busca apresentar brevemente o tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre essa matéria, especialmente analisando a utilização desse instituto pelos Tribunais Superiores. Pretende-se mapear ainda quais países adotam a positivação constitucional, além de apresentar os argumentos favoráveis e contrários comumente invocados no debate jurídico. Com uma metodologia quantitativa e baseada no tratamento de dados em estatística, é observado que a simples adição textual do direito à felicidade na Constituição aparenta ser insignificante e dispensável para a materialização desse bem na sociedade.

Palavras-chave: Direito à felicidade. Direito constitucional comparado. Direito positivo. Relatório Mundial da Felicidade.

**Graduando do 6° período pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro e Pesquisador no Centro de Justiça e Sociedade (CJUS). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/1302910964459030. E-mail: joao.santos.1@fgv.edu.br.

Abstract: Although the 1988 Brazilian Constitution does not present an express provision on the right to happiness, it has been recognized by the Supreme Federal Court of Brazil. The present article aims to verify if the countries that include happiness as a positive right in their constitutions are happier than the other ones, through a comparison of 143 foreign constitutions and the analysis of data from the World Happiness Report 2022. In that sense, the study seeks to analyze the treatment this matter is receiving by the doctrine and jurisprudence, especially studying the use of this institute by the Superior Courts. Furthermore, this paper is also intended to map which States adopt the pursuit of happiness as a positive right and to present the arguments for and against such practice that are commonly invoked in the legal debate. Finally, a quantitative methodology for processing the data was used to demonstrate that a simple textual addition of the right to happiness in the Constitution would be insignificant and unnecessary to promote a happier society.

Keywords: Right to happiness. Comparative Constitutional Law. Positive right. World Happiness Report.

1. INTRODUÇÃO

"Assegurar o bem de um indivíduo é apenas melhor
do que nada; porém assegurar o bem de uma nação ou um
Estado é uma realização mais nobre e mais divina."
(Aristóteles)

Apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) revelar um extenso rol de direitos, ela não oferece qualquer previsão expressa acerca do direito à felicidade. Em 2010, essa opção do legislador constituinte foi objeto de uma tentativa de reforma pelo então senador Cristovam Buarque, que apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 19/2010, sob o argumento de que todos os direitos previstos na Lei Maior convergem em prol desse bem. Sustentava-se que o artigo 6º da Constituição fosse alterado para incluir o direito à busca da felicidade, a partir da adoção de condições adequadas para seu exercício pelo Estado e pela sociedade[1]. Segundo o autor, tal disposição forneceria conteúdo objetivo para que os direitos sociais fossem direcionados à realização individual e coletiva desse valor.

1 O artigo 6º da Constituição Federal passaria a vigorar com a seguinte redação: "São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados." Para mais informações, consultar: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622. Acesso em: 20 dez. 2021.

Na mesma época, a então deputada federal Manuela d'Ávila ainda apresentou a PEC nº 513/2010, alicerçada em justificativas similares àquelas expostas pelo senador[2]. Essa proposição também consistia na inclusão da felicidade como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e um direito inerente a cada indivíduo. Embora ambas as PECs tenham sido arquivadas no final daquela legislatura, o debate acerca da positivação da felicidade na Constituição continua latente.

Nos dois casos, é fundamental perceber que a redação legislativa, ao tratar da felicidade como um possível objetivo constitucional, parecia tentar designá-la na posição de norma programática. Nesse sentido, as propostas pretendiam vislumbrar a felicidade como um plano futuro a ser seguido pelo Estado, isto é, uma diretriz capaz de fomentar a elaboração de políticas públicas e de conferir ao legislador ordinário o dever de complementá-la (DOS SANTOS; SOUZA, 2019, p. 127). Ainda que tal característica possa comprometer sua eficácia, a literatura jurídica contemporânea tem cada vez mais reconhecido a importância da programaticidade na irradiação de efeitos às normas constitucionais e imposição de valores aos órgãos públicos – até mesmo por meio da estrutura de normas de aplicação imediata (DA SILVA, 1982, p. 14).

A partir dessa premissa, o objetivo do presente artigo é investigar se a positivação desse direito estaria, em alguma maneira, associada à produção de efeitos no aumento da felicidade geral de uma sociedade, mediante uma análise comparativa de constituições estrangeiras e de dados quantitativos referentes à felicidade da população dos respectivos países. Embora seja ingênuo imaginar que a infelicidade de uma população possa simplesmente decorrer da falta de um direito constitucional positivo, é possível identificar nos esforços legislativos uma expectativa de que essa mudança fosse apta a produzir condições necessárias para o aumento do bem-estar social ou, ao menos, fornecesse meios para tanto. Feita essa ressalva, a hipótese que pretende ser examinada é se os Estados que possuem esse direito positivado em suas constituições possuem, em alguma medida, um maior nível de felicidade quando comparados àqueles os quais não o positivam.

Para tanto, a fonte utilizada foi o *ranking* de países do Relatório Mundial da Felicidade (RMF) de 2022. Embora outros índices internacionais estejam à disposição, esse foi especificamente escolhido por ter sido o primeiro e o mais reconhecido pela comunidade científica. Há uma década, o RMF tem sido publicado por um

2 O artigo 6º da Constituição Federal passaria a vigorar com a mesma redação proposta na PEC nº 19/2010, salvo pela simples adição da expressão "na forma desta Constituição" em seu final. Para mais informações, consultar: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478. Acesso em: 20 dez. 2021.

órgão especializado da Organização das Nações Unidas (ONU) e referenciado no meio acadêmico por meio de artigos sobre qualidade de vida e desenvolvimento social. A base de dados utilizada é composta por seis variáveis que representam, em conjunto, a pontuação final de felicidade de cada Estado sob análise. Atualmente, a pontuação média do Brasil é 6,29, o que nos posiciona em 38º lugar no universo de 146 países.

Com o fito de verificar se existiria qualquer correlação entre a positivação desse direito e o nível de felicidade geral de cada nação, analisou-se a Constituição de 143 dos 146 Estados listados no *ranking* do RMF de 2022. Nesse ponto, justificamos que esse número remonta ao fato de que Israel, Reino Unido e Nova Zelândia não possuem constituições escritas e, consequentemente, não foram contabilizadas para os propósitos desse estudo. Ainda que a felicidade possa ser eventualmente internalizada nesses ordenamentos jurídicos, por meio de precedentes e costumes, a metodologia escolhida fundamenta-se estritamente na análise documental.

Na verificação dos textos constitucionais, adotou-se, para cada Estado, um documento na língua inglesa que incluísse a redação atualizada com suas devidas emendas. O levantamento realizado ocorreu mediante a busca pelas palavras-chave *"happy"* e *"happiness"*, as quais serviram como critérios para constatação de positivação. Em um segundo momento, foi necessária uma apuração minuciosa do contexto de aparição desses dois termos, a fim de evitar a contabilização de falsos positivos no bojo do estudo. Cumpre estabelecer também que a expressão "direito à felicidade" está sendo considerada como sinônimo de "direito à busca da felicidade", ainda que possíveis sutilezas e distinções entre tais conceitos possam aparecer na doutrina internacional.

É preciso apontar, por último, que a metodologia do trabalho se apoia na ciência de dados jurídicos e que as conclusões foram alcançadas pelo uso da linguagem de programação *Python*. Especificamente, realizou-se um *t-test*, isto é, um teste estatístico de verificação de hipóteses nulas e comparação de duas médias amostrais. Essa ferramenta permitiu identificar se existe (ou não) uma diferença significativa entre as médias de pontuação no índice do RMF de 2022, referentes aos países que positivam e não positivam o direito à felicidade em suas constituições.

O desenvolvimento desse artigo se estrutura, doravante, em três subseções. A seção 2.1 discute brevemente os contornos conceituais que a doutrina e a jurisprudência brasileira, sobretudo nos Tribunais Superiores, têm apresentado sobre o direito à felicidade. Na seção 2.2, a resposta para a hipótese levantada é apresentada, a partir do estudo do direito constitucional comparado e da análise dos

dados coletados do RMF. A seção 2.3, por sua vez, expõe opiniões divergentes sobre o dilema da positivação e indica um posicionamento específico com base nos resultados descobertos. Por fim, as conclusões sobre essa investigação serão explicadas em um último tópico.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO DIREITO À FELICIDADE

Para a ética aristotélica, é a finalidade de todas as coisas (DIAS, 2011, p. 201). Para a economia, pode ser vista como a utilidade (BENTHAM, 1789, p. 248). Para o direito, o terreno ainda é nebuloso e incerto. A primeira aparição jurídica do direito à felicidade ocorreu no ano de 1776, pela publicação da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, na qual se dizia que o convívio dos homens em sociedade não poderia restringir os meios de busca e obtenção desse bem (DOS SANTOS; SOUZA, 2019, p. 124).

Diante da falta de definições completas e determinadas nos diplomas jurídicos, os teóricos da filosofia do direito também se debruçaram sobre essa matéria. John Rawls tenta conceituar esse termo polissêmico afirmando que a pessoa feliz é aquela que está a caminho da execução bem-sucedida de um plano racional de vida, desenvolvido em condições favoráveis, e que possui razoável confiança em seu êxito (RAWLS, 2018, p. 764). Na concepção de Alexy, o direito à felicidade teria um caráter principiológico e serviria como mandamento de otimização nos processos decisórios (ALEXY, 2015, p. 168).

Na seara brasileira, a Constituição Federal de 1988, mesmo com suas diversas alterações, mostra-se omissa a respeito da felicidade. Tampouco existe, atualmente, qualquer referência detalhada a esse conceito em nossa legislação infraconstitucional. Não obstante, tal direito foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como uma norma constitucional implícita no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) pela decisão no Recurso Extraordinário nº 898.060 em 2016. Nessa ocasião, o Min. Luiz Fux assegurou a importância da felicidade ao afirmar que ela "eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político" e "reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos".

A Corte também recorreu à felicidade nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3300/DF, sobre o reconhecimento da união homoafetiva como união estável, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, acerca das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Apesar dessas três decisões, não vislumbramos uma extensa ressonância do direito à felicidade no Supremo Tribunal Federal.

Por meio de uma breve pesquisa de jurisprudência pela plataforma institucional do STF, é possível observar que existem somente 32 acórdãos desta Corte que citam a expressão "felicidade" em suas ementas ou indexações. Ocorre, porém, que 18 desses processos são falsos positivos: casos em que o termo aparece como parte de um nome, um sobrenome ou uma referência bibliográfica, não correspondendo ao nosso objeto de análise. No escopo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apenas 15 acórdãos citam esse termo no contexto aqui procurado. Trata-se, portanto, de uma simples comprovação de que o direito à felicidade não encontra tanta reverberação nos Tribunais Superiores, ainda que a temática tenha sido reconhecida em julgados relativamente recentes.

Em âmbito doutrinário, Saul Tourinho Leal relata que esse direito não encontra amparo constitucional apenas na dignidade da pessoa humana, mas que "a Constituição Federal de 1988 está repleta de poros capazes de absorver os projetos individuais de felicidade" (LEAL, 2017, p. 466). Em direção semelhante, Maria Berenice Dias admite a existência desse direito fundamental e defende que o silêncio do legislador não impede o Poder Judiciário de invocar a felicidade para completar as lacunas da lei (DIAS, 2011, p. 201). Desse modo, mesmo sem uma definição única ou uma previsão explícita em nosso ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência nacional estão caminhando, em alguma medida, no sentido do reconhecimento implícito desse direito constitucional.

2.2. A FELICIDADE EM NÚMEROS

Desde 2012, o RMF é um estudo produzido e publicado anualmente pela Rede de Soluções para o Desenvolvimento Sustentável (SDSN) da ONU em parceria com a *Gallup World Poll*. O primeiro relatório surgiu como resultado da Resolução 65/309 da Assembleia Geral da ONU (2011), que convocava os países membros a calcularem a felicidade geral da população para auxiliar na elaboração de políticas públicas.

Tal documento pretende descrever o estado da felicidade global e costuma sempre conter um *ranking* dos países examinados, a partir de suas pontuações individuais, em uma escala de 0 a 10. Esse valor representa a média ponderada de seis variáveis

mensuradas: (i) o PIB per capita; (ii) a assistência social; (iii) a expectativa de vida saudável; (iv) a liberdade para fazer escolhas; (v) a generosidade; e (vi) a confiança. Ademais, cada Estado também é comparado a um país hipotético denominado "Distopia", o qual corresponde às menores médias nacionais para cada variável.

Em um primeiro momento, foi avaliada a presença ou a ausência do direito à felicidade no texto constitucional dos países indicados no *ranking* do RMF de 2022. É preciso notar que a análise realizada diz respeito exclusivamente ao material disposto de forma expressa nos textos constitucionais, não abrangendo outros diplomas jurídicos ou interpretações conferidas em sede doutrinária ou jurisprudencial. A título de exemplo, ainda que a busca pela felicidade *(pursuit of happiness)* esteja estabelecida na Declaração de Independência dos Estados Unidos (JEFFERSON, 1776), ela rigorosamente não está prevista na Constituição do país e, portanto, não foi considerada para os fins desta pesquisa. Semelhantemente, a simples presença de uma noção coletiva de felicidade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) não foi contabilizada como um direito formalmente constitucional, uma vez ausente da Lei Maior Francesa.

Pela análise dessa miríade de constituições, os resultados obtidos indicam que apenas 16 Estados possuem, hoje, a felicidade como um direito constitucional positivado. Em um universo de 143 documentos, esse valor representa aproximadamente 11% dos países examinados. Assim sendo, podemos extrair como um primeiro aprendizado que a positivação do direito à felicidade na Constituição é, *per se*, uma prática incomum.

Em seguida, foi testada a diferença entre as médias de pontuação dos países em que há uma positivação constitucional e daqueles em que o texto foi omisso. Partimos da hipótese de que haveria uma diferença relevante entre esses valores, tendo em vista que o movimento a favor da constitucionalização desse direito oferece razões lógicas suficientes para acreditar que a positivação colaboraria na materialização da felicidade geral.

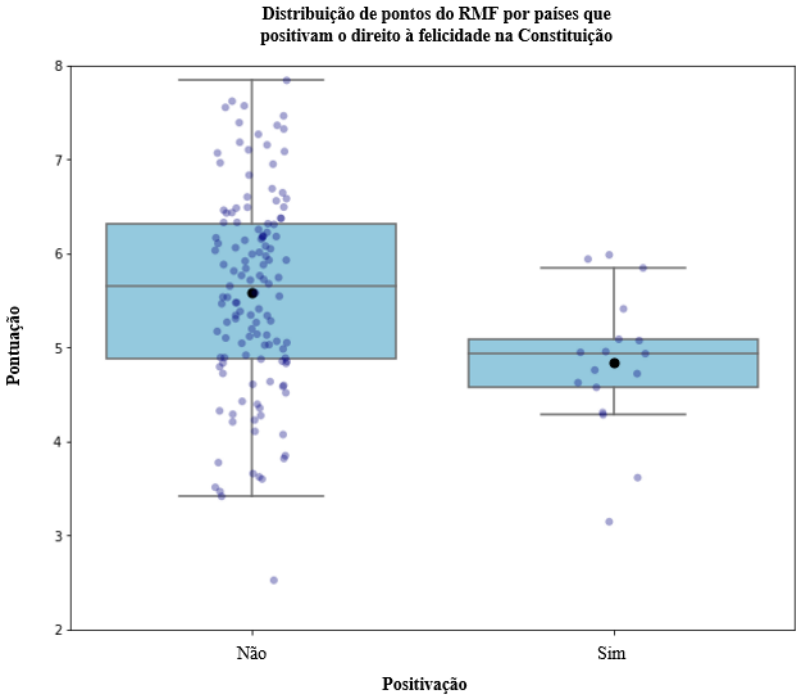
Como resultado, o *t-test* indicou uma diferença significativa entre as duas médias amostrais ($p < 0,05$)[3]. No entanto, ainda que essa diferença tenha sido identificada, a conclusão foi no sentido diametralmente oposto ao esperado.

Entre os Estados que não positivam o direito, a pontuação média de felicidade foi de 5,59. A Finlândia ocupou a melhor posição (7,82 pontos) e o

3 O valor p encontrado no t-test foi 3.4205138141555136e-159 e o valor t foi -57.856233919399834.

Afeganistão a pior (2,40 pontos). Em contrapartida, para os Estados que adotam a positivação constitucional, a pontuação média foi de aproximadamente 4,83. O Japão assumiu a melhor colocação (6,03 pontos) e o Zimbábue possuiu a pior (2,99 pontos). Sendo assim, a média da pontuação dos países que positivam a felicidade na Constituição é, curiosamente, menor que a média daqueles que não o positivam. De outra forma, tais informações podem ser visualizadas na figura abaixo.

Figura 1



Conforme o gráfico acima, podemos observar que, além da quantidade de países que não positivam a felicidade no texto constitucional ser substancialmente maior, os pontos azuis (elementos representativos de cada país analisado) nos indicam que esses possuem também uma maior dispersão. Em outras palavras, os países cujas constituições são omissas não estão concentrados em uma determinada faixa do *ranking*, como ocorre de forma mais acentuada com os adeptos à constitucionalização. Além disso, os pontos pretos nos apontam, justamente, que

a média do grupo dos países que positivam a felicidade é menor do que a média dos Estados que não positivam, enquanto a linha em cada caixa demonstra que a mediana é igualmente inferior.

Vale notar ainda que o Japão, a nação mais bem colocada dentre aquelas que positivam a felicidade, está na 54ª posição, com 1,79 pontos a menos do que o 1º colocado do *ranking*. Isso significa dizer que, mesmo desconsiderando os países sem constituições escritas da listagem, os 50 primeiros colocados do índice de felicidade do RMF de 2022 são nações que não possuem o direito à felicidade positivado. A tabelwa abaixo apresenta maiores detalhes sobre o grupo dos países que positivam esse direito.

Tabela 1. Ranking dos países que positivam o direito à felicidade na Constituição com base nos dados do RMF 2022

Posição	País	Pontuação
54º	Japão	6,039
59º	Coreia do Sul	5,935
61º	Tailândia	5,891
77º	Vietnã	5,485
91º	África do Sul	5,194
97º	Libéria	5,122
104º	Níger	5,003
110º	Irã	4,888
111º	Gana	4,872
112º	Turquia	4,744
118º	Nigéria	4,552
121º	Paquistão	4,516
124º	Namíbia	4,459
125º	Essuatíni	4,396
129º	Egito	4,288
144º	Zimbábue	2,995

É imprescindível perceber, finalmente, que a maioria dos países que possuem o direito à felicidade positivado em suas constituições são da África Subsaariana ou do Sul e Sudeste Asiático. Por outro lado, nenhum país europeu está nesse grupo. Na esteira dos comentários de Saul Tourinho Leal (2016), compreendemos que

a constitucionalização da felicidade no continente africano possui uma explicação clara: a exploração econômica e o domínio político sofrido por esses países ao longo da história provocaram uma forma de trauma coletivo, cuja reação lógica encontra-se nessas disposições constitucionais. Nesse sentido, positivar a felicidade seria uma tentativa de enfrentar a herança do colonialismo e projetar, no futuro do continente, uma África livre desses males.

2.3. OS PRÓS E CONTRAS DA POSITIVAÇÃO

Para além dos resultados obtidos, vale considerar que existem posições antagônicas a respeito da positivação do direito à felicidade na Constituição. Segundo o professor doutor Juliano Ralo Monteiro (2010), reconhecer formalmente um direito constitucional à felicidade poderia ser importante para a fundamentação de pedidos e de decisões judiciais, além de contribuir para fortalecer a vedação do retrocesso em relação aos direitos sociais já conquistados.

Em outra linha, ter o direito a ser feliz positivado também poderia permitir que o Estado pudesse melhor oferecer condições mínimas para que cada indivíduo fosse capaz de buscar a felicidade da maneira que convém (LIMA, 2011). Algumas correntes mais céticas ainda acreditam que, mesmo não sendo capaz de alterar milagrosamente a realidade, a positivação possui um caráter essencialmente diretivo e influenciaria a atuação de gestores na prestação de serviços públicos fundamentais como a saúde, a segurança e a educação (PORCIÚNCULA, 2020).

No entanto, razões contrárias a constitucionalização também se mostram recorrentes. A posição defendida por Samuel Sales Fonteles (2019) é a de que o direito à felicidade não passa de um "rótulo impreciso para designar o direito constitucional à liberdade". Argumenta ainda, nesse ponto, que não deveríamos nos guiar por documentos políticos e estrangeiros de séculos passados, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em 2018, pesquisas experimentais realizadas pelo Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), coordenado por Noel Struchiner, concluíram que positivar o direito à felicidade é capaz de produzir resultados indesejáveis, principalmente no que toca ao rompimento da segurança jurídica (VASCONCELLOS; STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2018, p. 174). Segundo o estudo, a variedade de concepções morais por diferentes juízes pode fazer surgir decisões opostas em casos juridicamente similares e fornecer uma margem ampla para inúmeros erros judiciais.

Outro argumento contrário à positivação do direito à felicidade é no sentido de que ele estaria sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como um mero *obter dictum:* um argumento acessório que não tem influência substancial na questão central a ser decidida. Ocorre que, via de regra, tal direito não é o único elemento normativo usado para fundamentar a decisão tomada pela Corte e costuma aparecer em conjunto a outros preceitos constitucionais mais específicos.

É o que aconteceu, por exemplo, no voto do então Ministro Celso de Mello durante o histórico julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, sobre as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias. Embora o Ministro tenha citado o direito à busca da felicidade como fundamento para sua posição, os direitos à vida, à saúde e à dignidade humana foram as principais prerrogativas invocadas. Ao examinar o inteiro teor, percebemos ainda que a palavra "dignidade" foi mencionada 272 vezes no conjunto dos votos, ao passo que "felicidade" teve somente quatro menções. Nessa lógica, nos poucos julgamentos do STF em que o direito à felicidade aparece como um argumento, tal conceito parece ter uma baixa aplicação na fundamentação das decisões tomadas pelos ministros.

Finalmente, considerando a análise feita a partir do direito comparado e do índice de felicidade do RMF de 2022, podemos observar mais um último motivo adverso à positivação. Haja vista que a média da pontuação de felicidade dos países que positivam esse direito na Constituição é significantemente menor do que a média daqueles que não o positivam, é possível dizer que positivar parece estar longe de ser qualquer garantia de aumento prático da felicidade geral.

É válido ressaltar, nesse momento, que os resultados não apontam que a positivação implicaria em uma eventual redução do índice de felicidade, mas sim que essa não seria uma medida eficiente para o aumento desse bem. Ao colocar os dados em perspectiva, observa-se inclusive que o Brasil – atualmente 38º colocado no índice do RMF – já possui a pontuação de 6,29, ou seja, mais pontos do que qualquer um dos países que têm a felicidade positivada no texto constitucional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as lições extraídas do presente estudo, é possível sintetizar que (i) poucas são as constituições que positivam o direito à felicidade de forma expressa; (ii) não há qualquer correlação significativa entre a positivação desse direito e o nível de felicidade de um país com base nos critérios do RMF; e (iii) o

nível de felicidade do grupo de países que positivam esse direito na Constituição é, ironicamente, inferior ao nível de felicidade do grupo de países que não o positivam, com base no RMF 2022.

Há de se lembrar que os resultados aqui obtidos dizem respeito exclusivamente aos dados coletados no RMF de 2022, de maneira que o debate sobre o assunto ainda merece análise mais aprofundada ao longo do tempo. É imperioso perceber, por exemplo, que a inclusão do direito à felicidade no texto constitucional foi alvo de discussão recente nos encontros da Assembleia Constituinte do Chile (CASTRO, 2021).

É difícil encontrar no cenário jurídico um acadêmico que se posicione de forma contrária à promoção do direito à felicidade (VASCONCELLOS; STRUCHINER; HANNIKAINEN, 2018, p. 155). Do mesmo modo, cabe reiterar que não se argumenta, aqui, que a positivação do direito à felicidade na Constituição seria necessariamente desfavorável. O presente artigo tampouco pretende desvalorizar a busca pela felicidade e sua importância nos âmbitos espiritual, filosófico e humano. O que se conclui, contudo, pela análise do direito constitucional comparado, é que a mera adição textual do direito à felicidade na Constituição seria ao menos dispensável e, possivelmente, insignificante para consagração prática desse bem.

Como preleciona Norberto Bobbio (2004, p. 232), o problema fundamental da nossa época em relação aos direitos do homem não é mais o de fundamentá-los, mas sim o de protegê-los. Nesse aspecto, se o propósito da positivação do direito à felicidade na Constituição é, conforme a PEC nº 19/2010, proporcionar fundamento e direcionamento objetivo para os direitos sociais presentes no artigo 6º, entendemos que seria preferível, antes de mais nada, preocupar-se com a proteção do catálogo de direitos já garantidos em seu texto.

A Finlândia ocupa o primeiro lugar no *ranking* do RMF pelo quinto ano consecutivo não porque possui mais direitos positivados em sua Constituição, mas por uma série de políticas públicas que oferecem garantias sociais básicas como um sistema de saúde, uma rede ensino público e o acesso à moradia (GIDICK, 2022). Igualmente, o Afeganistão não foi considerado o país mais infeliz do mundo pela falta de direitos constitucionais positivos. Enquanto o Estado brasileiro carece em cumprir de forma efetiva direitos constitucionais como a moradia (art. 6º, CRFB/88), o saneamento básico (art. 23, IX, CRFB/88) ou a alimentação (art. 6º, CRFB/88), pensar na positivação da felicidade como a panaceia para as nossas mazelas sociais parece irrazoável e infrutífero.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU (AG). *Resolução 65/309.* AG Index: A/RES/65/309, vinte e cinco de agosto de 2011.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.* Londres: Athlone Press, 1789.

BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade n.º 3.300*, Relator Ministro Celso de Mello, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 3.510 Distrito Federal,* Relator Ministro Ayres Britto, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 898.060 Santa Catarina,* Relator Ministro Luiz Fux, 2016.

CASTRO, M. *¿Cómo abordar "la felicidad" en la nueva Constitución?.* La Discusión, 2021.

DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1-22, 1982.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Direito fundamental à felicidade.* Revista Interdisciplinar do Direito, Valença, v. 8, n. 1, p. 201-205, dez. 2011.

DOS SANTOS, Jordan Espíndola; SOUZA, Carlos Eduardo Silva. *Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações.* Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 121-147, dez. 2019

FONTELES, Samuel Sales. *Direitos fundamentais: teoria geral dos direitos fundamentais e comentários ao artigo 5° da CF, inciso por inciso, à luz da jurisprudência do STF e do STJ.* Salvador: Juspodivm, 2019.

GIDICK KINSEY, *Is Finland really the happiest country in the world? Finns weigh in.* The Washington Post, 2022.

HELLIWELL, John F. et al. *World Happiness Report,* 2022.

JEFFERSON, Thomas et al. *Declaração De Independência Dos Estados Unidos Da América.* 1776.

LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade.* São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

LEAL, Saul Tourinho. *The right to happiness in Africa.* Disponível em: https://africlaw.com/2016/07/13/the-right-to-happiness-in-africa/. Acesso em: 19 jun. 2021.

LIMA, João Pedro da Silva Rio. *A positivação do direito à busca da felicidade na Constituição brasileira: A felicidade como direito fundamental*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/18903/a-positivacao-do-direito-a-busca-da-felicidade-na-constituicao-brasileira. Acesso em: 24 jun. 2021.

MONTEIRO, Juliano. *PEC da felicidade positivará direito na CF.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-mai-29/

pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo#author. Acesso em: 23 jun. 2021.

PORCIÚNCULA, André Ribeiro. *Direito fundamental à felicidade: realidade ou ficção jurídica.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/porciuncula-direito-fundamental-felicidade. Acesso em: 25 jun. 2021.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VASCONCELLOS, Ursula Simões da Costa Cunha; STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. *A infeliz busca por felicidade no direito*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 153-176, ago. 2018.

A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA COMO FORMA DE INCENTIVO (NUDGE) AO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS? UMA ANÁLISE DO ARTIGO 694 DO CPC.

THE OBLIGATION OF MEDIATION IN FAMILY ACTIONS AS A FORM OF INCENTIVE (NUDGE) FOR THE PROPER HANDLING OF CONFLICTS? AN ANALYSIS OF ARTICLE 694 OF THE CPC.

*Laura Yasmim Milene Lima Barros**
*Tabatah Pacheco Alves***

Resumo: O presente *paper* pretende analisar a obrigatoriedade das audiências de mediação nas ações de família, visando incentivar um tratamento adequado a estes conflitos, integrando o método *nudge* como instrumento que congrega para um melhor intermédio nestes casos. O método de abordagem será o dialético, buscando utilizar os diversos pontos de vista para analisar o porquê da inquietação existente ao assunto da obrigatoriedade das audiências dentro das ações de família. A técnica utilizada será a de revisão bibliográfica que fará uso de livros, revistas, jurisprudência e artigos. Como resultado da discussão, entende-se que as lides familiares além de possuírem questões judiciais colocadas em pauta, também trazem consigo uma carga emocional bastante expressiva. Neste aspecto, é importante valorizar a possibilidade da obrigatoriedade da autocomposição através da mediação, o que ainda não é uma realidade no judiciário, e que a estas sejam somados métodos que garantam maiores e melhores possibilidades de resolução do conflito existente, por isto este trabalho traz o método *nudge* como mecanismo que influencia na eficácia da mediação nas lides familiares.

Palavras-chave: Obrigatoriedade. Mediação. *Nudge*. Ações de Família.

Graduanda da 8ª fase do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/9284686312633971 E-mail: laura.milene567@gmail.com.

Graduanda da 8ª fase do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco-UNDB. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/7800922073929532 E-mail: tabatahpacheco@hotmail.com.

Abstract: The present paper intends to analyze the obligation of mediation hearings in family actions, aiming to encourage an adequate treatment to these conflicts, integrating the nudge method as an instrument that brings together for a better mediation in these cases. The method of approach will be dialectical, seeking to use the various points of view to analyze the reason for the existing uneasiness on the subject of the mandatory nature of the hearings in family actions. The technique used will be a bibliographic review that will make use of books, magazines, jurisprudence, and articles. As a result of the discussion, it is understood that family disputes, besides having judicial issues at stake, also bring with them a very expressive emotional charge. In this aspect, it is important to value the possibility of compulsory self-composition through mediation, which is not yet a reality in the judiciary, and that these are added methods that ensure greater and better possibilities for resolution of the conflict, so this work brings the nudge method as a mechanism that influences the effectiveness of mediation in family disputes.

Key words: Obligatoriness. Mediation. Nudge. Family Lawsuits.

1. INTRODUÇÃO

A conciliação e mediação são ações correlatas à legislação e fazem-se imprescindíveis no que tange ao preceito do comparecimento, a qual se perfaz a modalidade adotada pelo Brasil. Considera-se esta como a saída mais apropriada, pois, como ora já mencionado, é este o meio mais próximo do consensual, bem como o que mais se assemelha às características de uma intervenção estatal branda.

Por oportuno, vale ressaltar que as lides familiares são as mais delicadas e atribuladas, justamente por externalizar problemáticas íntimas as quais a legislação não consegue abarcar integralmente. É fato que sempre faltará algo tendo em vista que cada situação, cada problemática se desencadeará em contextos particulares. Deste modo é que as audiências de conciliação e mediação precisam ser a primeira opção cogitável para que haja a tentativa de prevenir que se judicialize casos os quais perpassam e muito, a conjuntura do Direito.

No tocante aos *nudges,* estes são compreendidos como estímulos para que as pessoas possam adotar comportamentos socialmente mais benéficos e significativos, portanto, que as favoreçam de algum modo. Neste sentido, pode-se demonstrar estes estímulos ao estimular uma alimentação mais saudável, há alimentos que contribuem para isto, em um local de mais destaque. O mesmo ocorre em se tratando de ações de família, uma vez que são ações mais difíceis de se atingirem um resultado satisfatório, porque o judiciário pode até ofertar a sentença desejada, mas o problema pode continuar existindo.

Por esta forma, é possível observar que o *nudge* tem destaque na temática por apresentar alto potencial quanto à melhoria comportamental dos indivíduos os quais encontram-se diante de uma contrariedade. Veja-se o quão mais benéfico e libertador é ter a influência de elementos que estimulem a uma resolução efetiva dos casos.

Conforme exposto, este *paper* tem como finalidade analisar como o *nudge* pode influenciar nas audiências de conciliação e mediação dentro das ações de família. Tal assunto é recente e tem tido grande repercussão nacional, mas é importante que seja ampliado ao máximo, visto a tamanha relevância que possui o tema e como influencia os debates e discussões no campo jurídico. Ademais, trata-se de uma contribuição importante, visto que trazer esta discussão garante de outra forma uma visão mais ampla da correlação com estes referidos direitos em relação ao âmbito prático, teórico e doutrinário dentro da jurisdição brasileira.

Esta pesquisa busca contribuir com a literatura, buscando seu fundamento na nossa carta magna, a Constituição Brasileira de 1988, o Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência, fortalecendo sobre essa temática na seara jurídica. Além de almejar publicação, visando o auxílio de estudantes de Direito e outros interessados pelo tema "a obrigatoriedades das mediação nas ações de família como forma de *nudge*", no intuito de analisar o porquê da inquietação existente ao assunto da obrigatoriedade das respectivas audiências dentro das ações de família, que acaba suscitando uma preocupação quanto à eficácia que esta tem, além de contribuir com a formação acadêmica desses e a ampliação desta temática, principalmente pelo contexto atual, sendo superado e até multiplicado no ambiente acadêmico pelos que o fizerem uso.

2. MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO: OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS ENQUANTO MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS.

O Estado, hodiernamente, tem se utilizado de novas técnicas processuais para a resolução de conflitos com o intuito de sanar controvérsias, não utilizando apenas o método adjudicatório. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe a mediação como uma forma de solucionar tais conflitos, podendo ser definida como método que consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam protagonizar uma solução consensual. É espécie do gênero autocomposição, sendo ainda considerada um 'meio alternativo de solução de conflitos' ou equivalente jurisdicional. (TARTUCE, 2018)

Destarte, tem por objetivo principal restaurar e fortalecer a comunicação de forma saudável entre as partes, pois espera-se que o acordo passe a ser consequência lógica do diálogo por meio de um terceiro imparcial, neutro e capacitado, facilitando o autoconhecimento. A conciliação é entendida como uma busca para o estabelecimento de um consenso. Todavia, as técnicas divergem pela atitude do terceiro facilitador do diálogo, que na mediação não deve sugerir termos para o acordo e pode, na conciliação, adotar conduta mais ativa e influenciadora do ajuste final.

Assim, importa destacar que a mediação para Juan Carlos Vezzulla (2004) tem por base alguns conceitos principais, dentre os quais cita a responsabilidade, capacitação, empatia, respeito, criatividade e cooperação. Com base neles, esclarece o trabalho do mediador. Veja-se:

> Estes princípios conduzem o trabalho do mediador de questionar, de levar os participantes a descobrirem em si mesmos as capacidades para que possam ir à procura do que necessitam para decidir: ir à procura de informação, saber escutar o outro e a si próprio sobre o que desejam, sobre a viabilidade e realidade destes desejos com a segurança de que tudo pode ser dito com respeito e tudo pode ser resolvido com a satisfação de todos (Vezzulla, 2004, p. 85).

Ademais, a mediação leva em consideração uma série de princípios como autonomia da vontade das partes, competência do mediador, imparcialidade, independência, confidencialidade, boa-fé, respeito, celeridade, informalidade, dignidade e não-competição são citados pela literatura da área. (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007; TARTUCE, 2018).

Com efeito, a resolução 125/2010 de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ é uma fonte normativa que dispõe sobre a Política judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos e em seu anexo III traz o código de Ética do conciliador e mediador.

Destaca-se neste Código de Ética os princípios da independência e imparcialidade, uma vez que são basilares para a atuação dos mediadores e conciliadores. Assim, o artigo 1º do referido código deve-se compreender:

> Art. 1º. [...].
> IV – Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;
>
> V – Independência e autonomia – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom

> desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexequível [...].

Nesse sentido, essa resolução 125 do CNJ ressalta sobre os outros princípios da mediação fundamentais para atuação desses auxiliares da justiça, dentre eles, preceitua sobre a autonomia da vontade, uma vez que dispõe sobre o dever de respeitar a vontade e os diferentes pontos dos envolvidos no conflito, assegurando que se possa chegar a uma solução e não impor determinada decisão.

A grande maioria dos conflitos na seara familiar, em regra, ainda é submetida ao Judiciário que impõe uma decisão que nem sempre corresponde aos reais interesses das pessoas ou o real motivo da controvérsia. Trata-se de uma decisão adequada ao processo, mas não uma resolução adequada ao conflito. (FERMENTÃO; FERNANDES, 2020)

Outrossim, ao receber a pessoa como protagonista de suas decisões e escolhas, a mediação revela outro princípio basilar que é a dignidade da pessoa humana. De acordo com Alexandre de Moraes (2014), a dignidade é um valor intrínseco e moral presente em cada indivíduo, que se evidencia na capacidade consciente e responsável de se autodeterminar na vida e que traz consigo a expectativa do respeito por parte dos demais, constituindo assim um mínimo essencial que todo ordenamento jurídico deve garantir. Dessa forma, as limitações ao exercício dos direitos fundamentais devem ser aplicadas apenas em situações excepcionais, sem negligenciar a estima necessária que cada indivíduo merece enquanto ser humano. (MORAES, 2014)

Outro importante princípio da mediação é o da decisão informada, que impõe o esclarecimento por parte dos mediadores sobre os direitos de aceitar participar da via consensual, ou seja, antes de iniciar comunicação no mérito, é necessário esclarecer aos envolvidos sobre o contexto que se inserem e sobre os seus respectivos direitos. Isso pois, essas iniciativas são importantes para que não venham a ser celebrados “pseudoacordos”: sem haver consentimento genuíno e informado, podem advir avenças inexistentes no plano jurídico e ineficazes em termos de cumprimento espontâneo. (TARTUCE, 2018)

De outro lado, a mediação pode ser considerada um tipo de abordagem de impasses sob diversas perspectivas, na qual uma das possibilidades de promover movimentos úteis seria através de um ambiente de conversação, que coloque em pauta os interesses dos envolvidos.

No livro "Mediação nos conflitos Civis", Fernanda Tartuce apresenta um exemplo comum no direito de família, em que as partes envolvidas discutem o valor da pensão alimentícia. Quando há uma resistência do alimentante e uma insistência do responsável legal do alimentando quanto ao montante, não é fácil encontrar uma solução amigável. No entanto, se as partes se comunicarem de forma transparente e embasarem as suas argumentações em valores, como o interesse da criança em termos de cuidado e proteção, poderão chegar a um consenso de forma contínua e duradoura. Uma estratégia que pode ajudar nesse processo é fazer uma lista de gastos da criança, abordando sua pertinência para poder visualizar o custo. (TARTUCE, 2018)

Para além do todo já mencionado, destaca-se também a Lei 13.140/2015, cuja versa sobre a mediação como canal de solução das controvérsias existentes entre particulares, sendo assim, intensifica a premissa de que a mediação é um ato voluntário que somente será cabível diante de uma situação conflituosa entre duas ou mais pessoas. (BRASIL, 2015)

Dentro deste canal conciliatório as partes terão a oportunidade de estar presente frente a profissionais especializados e preparados lidar com a demanda, assim como terão a oportunidade de serem ouvidas e de expressarem seus pensamentos, achismos, opiniões etc. sem precisar demandar de um custo financeiro e emocional que um processo judiciário proporciona.

Neste sentido, o art. 2º da Lei 13.140/2015 arrazoa formas práticas e princípios lógicos que auxiliam e garantem a execução deste procedimento, sendo fundamentais para a condução do processo de mediação como método adequado de solução de controvérsias. Eles incluem a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé. Esses princípios são reconhecidos como essenciais para garantir que o processo de mediação seja justo, equilibrado, transparente e efetivo na resolução dos conflitos. (BRASIL, 2015)

Segundo Fabiana Marion Spengler, em seu livro "Mediação de Conflitos: teoria e prática", esses princípios são "a espinha dorsal da mediação" e devem ser aplicados de forma interdependente e flexível, de acordo com as particularidades de cada caso. A autora destaca que a imparcialidade do mediador é o princípio mais importante, pois é a base para o estabelecimento da confiança entre as partes e para a garantia de que o processo de mediação será conduzido de forma justa e equilibrada. (SPENGLER, 2017)

Diante dos princípios, ora, mencionados, é possível visualizar a preocupação legislativa em proporcionar uma melhor e mais completa experiência dos particulares inseridos neste contexto. Para que assim, também passem a compreender sobre os benefícios de se adotar o método conciliatório.

A vista do até aqui exposto, percebe-se que a mediação nos familiares dos conflitos é um método compatível eficaz para a solução das controvérsias, visto que, restabelece a comunicação, possibilitando o diálogo e a reflexão sobre o conflito além de permitir que chegue a uma forma consensual de conflitos por meio da desconstrução de sentimentos e comportamentos irredutíveis ou ainda através de um acordo benéfico e efetivo as partes devido a uma mudança e transformação as conversas tidas no início do conflito.

3. DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AS PARTICULARIDADES DOS CONFLITOS E PROCEDIMENTOS FAMILIARES E OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO.

Uma das grandes novidades no novo Código de Processo Civil foi introduzida no Capítulo X, Título III, Parte Especial, que trata dos procedimentos especiais, nos quais foi concebida uma atuação própria para as ações de família contenciosas. Nesse sentido, esse procedimento especial traz peculiaridades expressamente previstas em lei, que até então, não existiam no código de 1973. (BRASIL, 2015)

Nota-se que quando se analisa a vida em sociedade, sobretudo no que se refere a família, a fonte de conflitos interpessoais surge em sua maioria por dificuldade de comunicação. Em vista disso, como forma de resolverem tais problemas, delegam estes a uma terceira pessoa, qual seja, o juiz de direito, através da institucionalização acarretando a judicialização dos conflitos.

Contudo, ao compreender os reais problemas e os sentimentos da outra parte e comprometimento com a solução do conflito são os elementos essenciais que configuram a mediação como instrumento para a solução dos conflitos familiares. (ALMEIDA, 2016)

Dito isso, o Novo Código de Processo Civil trouxe em sua redação ao artigo 334º, que implementa a audiência preliminar de conciliação e mediação, em que as partes são submetidas a tentativa de solução consensual do conflito. (BRASIL, 2015). Tal implantação considerada polêmica pretendeu oportunizar às partes o diálogo inicial sobre a problemática em pauta, não apenas para tentar um acordo,

mas também com a finalidade de conhecer melhor os contornos fáticos e jurídicos do litígio. (CABRAL, 2019)

Inicialmente, com a implantação desse novo método, não houve uma receptividade muito grande por parte da esfera jurídica, já que o poder judiciário não se estabeleceu tempestivamente em sua estrutura para a realização inicial, fazendo com que os juízes dispensaram tal ato, cogitando ainda, que as audiências pudessem representar um atraso no processo.

A autora Tricia Cabral (2019) dispôs sobre as principais razões para o atraso nessa implantação, *in verbis*:

> [...] Interessante observar que, com a entrada em vigor do CPC/2015 (LGL\2015\1656), [...], por duas razões principais: a) a falta de estrutura, já que a maioria dos tribunais não havia investido satisfatoriamente em capacitação de conciliadores e mediadores, e nem tinham instalado suficientemente os CEJUSCs, na forma da lei; e b) por não acreditarem na efetividade dos resultados advindos da conciliação e da mediação. Essa situação fez com que a audiência não fosse designada em diversas localidades do Brasil. (CABRAL, 2019, p. 04).

Sob tal perspectiva, a mediação visa permitir que as situações controvertidas sejam mais bem apreciadas pelas partes, o que tende a conduzir a um diálogo proveitoso e, eventualmente, à solução do problema. Escutar as propostas e o delineamento de opções realizados nas sessões consensuais promove clareza sobre como a controvérsia é vista sob diferentes percepções. As partes poderão deixar de acatar as propostas naquele momento, mas promover reflexão e eventualmente aceitá-las depois. (TARTUCE, 2018).

Nessa esteira, a mediação familiar foi um meio encontrado pelo legislador de promover uma necessária humanização do processo, tornando-a obrigatória nas ações de família, na medida em que percebeu ser inadequada a direta intervenção de um terceiro estranho ao núcleo familiar para a solução do conflito, por entender que a adversidade em questão merece uma abordagem mais humana e familiar devido a toda carga pessoal e emocional que se fazem presente a esta.

Assim, nos termos do artigo 694º do Código de Processo Civil de 2015 traz a confluência de esforços para uma solução consensual da controvérsia, ao incluir os institutos da mediação e conciliação. Dispõe que *"nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento*

para a mediação e conciliação". (BRASIL, 2015).

Em vista disso, a interdisciplinaridade dos meios consensuais está reconhecida em tal dispositivo, pois o magistrado, na tentativa de uma solução amigável do embate, terá a contribuição de profissionais capacitados na utilização de técnicas de mediação e ou de conciliação. (NORONHA, 2015)

Em ato contínuo, o parágrafo único[1] do referido artigo ressalta que a requerimento do autor e réu, o processo poderá ser suspenso enquanto as partes se submeterem à mediação extrajudicial, reconhecendo a importância do desenvolvimento dessa atividade fora do controle do poder judiciário. Insta destacar que a suspensão do processo está atrelada à significativa possibilidade de que as partes, como entes familiares, possam vir a estabelecer um consenso no decorrer do procedimento conciliatório e retirar a problemática da esfera judicial. Por isto, a importância de se ter profissionais habilitados e capacitados para lidar com estas demandas específicas.

Nota-se que constituiu como um incentivo da autocomposição, buscar soluções pacíficas que dizem respeito aos conflitos familiares para evitar exposição das questões que envolvem a vida íntima das partes. Isso pois, os processos que envolvem essas problemáticas, são caracterizados pelo enfraquecimento e não raro, rompimento da relação afetiva em disputas que, muitas vezes, envolvem menores.

Ademais, por saber da fragilidade infantil ao enfrentar questões problemáticas e principalmente judiciais, envolvendo pessoas importantes e fundamentais em seu desenvolvimento e bem-estar, é que se deve protegê-las e tentar contornar a situação da maneira menos invasiva e traumática possível, logo, podendo ser realizável de modo extrajudicial, por meio da conciliação.

Por sua vez, é significativo permitir que a audiência de mediação e conciliação seja dividida em quantas sessões forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais, assim, evitando o perecimento do direito. O artigo 696º do CPC reforça mais uma vez a valoração das formas consensuais de conflito (NEVES, 2015).

O sentido de permitir que a solução consensual ocorra no tempo necessário para que seja eficaz, é garantir que não exista prazos ou qualquer tipo de pressão para que a questão seja apreciada, o que, consequentemente, deixa as partes mais

1 Art 694 do CPC. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

tranquilas para dialogarem e tentarem solucionar a lide no seu tempo e naturalmente.

Ultrapassada essa questão, observa-se que com a nova redação, existirá uma etapa pré-processual e será exercida nos centros judiciários de Solução de Conflitos, que conforme parâmetro estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o mediador terá que conduzir tal audiência, de modo que as partes possam encontrar novas formas de se relacionar. Entretanto, é importante mencionar que não ficará adstrita a essa fase, pois haverá a adoção dessa prática ao longo do processo judicial.

Além de tudo, insta mencionar que o artigo 695º, caput, do CPC ressalta que nas ações de família, quando recebida a petição inicial, o juiz "ordenará" a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, sendo, portanto, obrigatória nas ações de família, o que iria contrariar a natureza facultativa do instituto da mediação.

É importante ressaltar que a mediação depende da disposição das partes para funcionar adequadamente. Se as partes não conhecem as vantagens da mediação e o seu funcionamento, é provável que não estejam dispostas a mediar seus conflitos. Isso pode resultar na instauração da mediação de forma infrutífera, apesar de ser obrigatória. Além disso, a questão acabará sendo submetida ao Judiciário de qualquer maneira, o que pode levar a um dispêndio de tempo, recursos e possíveis danos psicológicos aos envolvidos. (VINCENZI; OLIVEIRA, 2015)

Assim, esse dispositivo gera um problema interpretativo, pois há um entendimento que considera ser obrigatória a designação de sessão inicial de autocomposição nas ações de família, por se tratar de um procedimento especial, portanto, não sendo possível concretizar as hipóteses previstas no parágrafo 4º do artigo 334º referente ao procedimento comum. Em contrapartida, existe uma segunda interpretação, a qual se considera princípio basilar na mediação, a autonomia da vontade das partes, e ressalta ainda que em ambos os procedimentos haveria a possibilidade da não realização das audiências. (BRASIL, 2015).

4. A OBRIGATORIEDADE DA MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AÇÕES DE FAMÍLIA COMO FORMA DE INCENTIVO (NUDGE).

Inicialmente, insta mencionar a respeito do fenômeno *nudge*, palavra de origem norte americana que no português significa "empurrão", o que no Brasil é conhecido como Teoria do Incentivo. Trata, essencialmente, sobre a forma como as

decisões são tomadas e a maneira como o procedimento do *nudge* pode influenciar nas respostas dos sujeitos inseridos na lide tratada.

Esse termo refere-se a qualquer aspecto do ambiente que altere o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir ou forçar determinada escolha. Os *nudges* podem ser utilizados para incentivar comportamentos desejáveis, como poupar dinheiro ou comer alimentos saudáveis, por exemplo. (THALER, SUNSTEIN, 2009)

Por conseguinte, os meios alternativos de resolução de conflitos fazem-se essenciais no ordenamento jurídico hodierno, podendo elencar múltiplas vantagens nos processos ao serem sanados já neste momento, evitando, portanto, uma continuidade do processo judicial nestas ações.

Deste modo, inclui-se as audiências de conciliação e mediação bem como, a obrigatoriedade, dentro das ações de família. Em consonância De acordo com Adrian Abi (2018), a mediação tem sido cada vez mais utilizada no sistema jurídico brasileiro, especialmente no âmbito das ações de família, em razão da atual situação do Poder Judiciário que não tem conseguido atender adequadamente às necessidades das partes envolvidas em processos que tratam de conflitos familiares. Essa tendência se reflete na obrigatoriedade da mediação prevista no Código de Processo Civil de 2015. (ABI, 2018)

Este é um dos entendimentos que se tem para fundamentar a obrigatoriedade dos procedimentos, ora já mencionados. Ainda assim, é necessário reforçar que a obrigatoriedade existente atualmente tem como premissa um tratamento diferenciado para ações desta natureza, que por ser um campo familiar, demanda mais humanização, paciência e zelo com as questões particulares dos envolvidos.

Assim, o legislador, em uma visão otimista, sinaliza que: "a autocomposição pressupõe um fluxo bilateral de comunicação em que as partes se influenciam reciprocamente; assim, deixa espaço para que o sujeito interessado na autocomposição possa persuadir a outra a se engajar no método". (TARTUCE, 2016, p. 292).

Além deste fator, os conflitos familiares não somente concentram as lides aos envolvidos diretamente na ação, como também atinge toda uma estrutura familiar que não somente se limita às partes. Nesse caso, todos os membros da família acabam por também integrar, direta ou indiretamente o caso, uma vez que as alterações ao sofrer uma ação familiar, são inevitáveis. É por isto, que o modelo padrão e sistemático, uma vez, já adotado pelo Judiciário, se mostra ineficaz e frustrado quanto a resposta esperada nos conflitos familiares.

Sobre mais, consta os *nudges* como instrumento que ofertam "empurrões" para que se possa estimular as pessoas a terem comportamentos mais benéficos em diversos aspectos de vida, inclusive em demandas judiciais mais delicadas como ocorre com a temática desenvolvida neste trabalho.

Nesse diapasão estão os *nudges*, como já exposto por Thaler e Sunstein,

> [...] os arquitetos de escolha têm toda a legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas. Em outras palavras, somos a favor de que os setores público e privado possam direcionar de forma consciente as pessoas a fazerem escolhas que melhorem sua vida.

Diante do exposto, é que se torna inegável a aglutinação do fenômeno *nudge* como canal para o aperfeiçoamento de escolhas pessoais e que também permeiam o campo do direito, especialmente *quando* a pauta em questão se dar sobre ações judiciais de família. (THALLER; SUNSTEIN, 2019, s/p).

Nesse viés, com a inserção dos mecanismos de solução de conflito e sua adequação, destaca-se também como o sistema multiportas *(multidoor courthouse)*. De acordo com essa visão, esses sistemas de incentivo dependerão da própria estrutura institucional na qual passarão a ser inseridos, uma vez que para haver essa obrigatoriedade dependerá de condicionantes e dos elementos acessórios dentro da mediação, dentre os quais, podemos citar, os estímulos comportamentais.

Em vista disso, quando se analisa a obrigatoriedade dessas audiências, esses estímulos *(nudges)* são extremamente relacionados a incentivos econômicos e pecuniários e poucos ligados ao viés comportamental esperado. Dessa maneira, as percepções das partes quanto às chances de sucesso em uma solução adjudicada ou não, através do acordo. Além disso, outro fator que influencia é o tempo esperado e estimado para a situação, uma vez que impacta na forma de avaliação dos resultados no futuro e o comodismo das pessoas. Zamboni (2020) dispõe em sua tese que:

> [...]
>
> Os estímulos existentes nem mesmo consideram seus impactos na estrutura de escolha na incerteza, pelo modelo quádruplo da teoria da perspectiva. Com base nesse modelo, defende-se que a escolha entre um acordo ou uma solução adjudicada depende dos custos do processo e das previsões das partes quanto às suas chances de sucesso ou insucesso na solução judicial [...]. (ZAMBONI, 2020, p. 151)

Para mais, como cita Fernanda Tartuce em Mediação nos Conflitos: *"há quem afirme que, ao contrário do procedimento do CPC, o art. 695 não dá margem para*

exceções, sendo obrigatória a realização da audiência em toda demanda familiar." Neste sentido, é possível observar que ainda que o CPC/2015 explicite exceções acerca da obrigatoriedade da mediação, há quem enxergue o evento como sendo imprescindível dentro das ações de família. (TARTUCE, 2018, p. 361).

Ocorre que, há um entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça Paulista, quando no início de um divórcio litigioso, o juiz designou a data da audiência de conciliação, mesmo a parte autora manifestando seu desinteresse. Contudo, por ter sido vítima de violência doméstica, o encontro poderia causar a sua "revitimização" e violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Vejamos a decisão em que foi concedida a liminar de efeito suspensivo ao recurso para suspender a realização da sessão consensual; ao dar parcial provimento ao recurso, o relator destacou que:

> [O] ideal buscado pelo Novo Código Processo Civil, no sentido de evitar os litígios, prestigiando as conciliações, não pode se sobrepor aos princípios consagrados pela Constituição Federal, relativos à dignidade da pessoa humana e dele derivados. 7. Assim, ao menos em princípio, não se mostra plausível obrigar a autora a comparecer à audiência de conciliação e encontrar o réu, se alega ser vítima de violência doméstica por ele praticada. 8. Faltaria a ela, pela debilidade demonstrada, o necessário empoderamento, tão necessário para que uma conciliação ou mediação possa, com efetividade, resolver a crise de direito material instalada. 9. Não se trata de estabelecer uma medida protetiva ou de restrição, a qual deverá ser buscada na esfera criminal, e sim, de evitar um constrangimento desnecessário à agravante. (TJSP, 2a Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento no 2215265-68.2016.8.26.0000 – Campinas, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, v.u., j. 12/12/2016)[2].

Vale ratificar que, ainda de acordo com o pensamento de Tartuce, as duas exceções a serem consideradas ocorrem quando não houver interesse entre ambas as partes em realizar a autocomposição consensual e quando o fato não for passível de autocomposição. Mesmo diante das duas exceções, é importante ressaltar a necessidade de existir uma autocomposição voluntária, consensual e que guie as partes por um diálogo que tenha a possibilidade de sanar o conflito existente. (TARTUCE, 2018).

É por isto que o *Nudge* surge como mecanismo para realizar uma autocomposição em que as escolhas ocorram de modo consciente e que assim possa melho-

2 Eis a ementa atribuída à decisão: "Agravo de Instrumento. Agravante que se insurgiu em face do despacho que designou audiência de conciliação, sob alegação de que foi vítima de violência doméstica Possibilidade princípio da constitucional da dignidade humana que deve ser observado – Audiência de conciliação que deve ser cancelada – Recurso provido"

rar, de alguma forma, a situação em questão e consequentemente, a vida daqueles que integram tanto o polo ativo, quanto passivo da lide.

Em remate, prefacia-se a importância da existência e permanência da obrigatoriedade dos métodos não tradicionais de conciliação, agregando também o método *nudges* como meio significativo de influência de tomadas de decisões benéficas e que sendo realizadas de maneira correta, sugestiona significativamente nas ações de família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer deste trabalho, buscou-se analisar se a obrigatoriedade da mediação nas ações de família seria uma forma de incentivo *(nudge)* ao tratamento adequado dos conflitos e averiguar o artigo 694º do Código de processo civil para embasamento do tema. Para tal, foi necessário discutir os mecanismos capazes de solucionar controvérsias no meio familiar, como a mediação, buscando desassociar a resolução de conflitos apenas pela forma adjudicatória. Por conseguinte, a complexidade de algumas demandas, em razão de sua natureza (como essas relativas ao direito de família), reclamam, para a sua adequada resolução, um tratamento especial e apto à sua efetividade, indo em busca da cultura da pacificação, isto é, o diálogo entre as partes.

Em vista disso, a previsão expressa no CPC traz como adoção dessa técnica no âmbito judicial, sendo de grande relevância para a resolução desses conflitos familiares, na medida que sentimentos envoltos entre os litigantes, os vínculos e as reações são, em sua maioria, de existência eterna e contínua.

Nessa esteira, notou-se que com o novo Código Processual Civil de 2015, o artigo 694º traz a confluência de esforços para uma solução consensual da controvérsia, ao incluir os institutos da mediação e conciliação permitiu que essas audiências sejam divididas em tantas sessões quantas necessárias para viabilizar a solução consensual sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

No entanto, o artigo 695º (caput) do CPC compreende em grandes polêmicas, uma vez que dispõe que nas ações de família o juiz "ordenará" a citação do réu para comparecer a audiência de mediação e conciliação, sendo obrigatória nesses conflitos que versam sobre matéria de família, o que para alguns doutrinadores iria contrariar a natureza facultativa do instituto da mediação. De outro lado, há uma

segunda interpretação, que considera como princípio basilar na mediação a autonomia da vontade das partes e ressalta que em ambos os procedimentos haveria a possibilidade de não realização das audiências.

Assim sendo, faz necessário mencionar que a obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiras desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa.

Dito isso, o entendimento dessa pesquisa é que essa obrigatoriedade de comparecimento não seria uma escolha inadequada para tentar solucionar a maioria dos litígios, sendo ainda, considerada um incentivo para ajudar pessoas a adotarem uma boa escolha, inclusive na tomada de decisões por impulso e no automático.

Contudo, não deverá ser o único incentivo *(nudge)* para garantir às partes, principalmente nos conflitos complexos nas ações de família, em que exige uma postura cooperativa para chegar a uma solução com efeitos duradouros e não apenas utilizada com obrigatoriedade a fim de se evitar sentença.

Nessa esteira, fica passível observar a importância de outros métodos que também possam estar presente no percurso da tentativa de solucionar o conflito em questão, portanto, se necessário negociar, será possível fazer, se eventualmente, alguma das partes solicitar a realização de alguma demanda que favoreça a conciliação entre ambos e esta não violar o direito do outro, é passível que se realize também, pois o intuito de tudo é que ao fim se obtenha um consenso.

Portanto, dentre os incentivos para a solução amigável foi por meio de fixação de medidas para obrigar as partes a submeterem a uma tentativa de acordo, além de que na redação do artigo consta que todos os esforços serão empreendidos para solucionar a controvérsia. É importante destacar que o estímulo à autocomposição, tem forte caráter democrático, pois caracteriza como um incentivo a participação popular na solução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

ABI. Adrian. *A obrigatoriedade da mediação judicial nas ações de família.* Disponível em: https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/126. Acesso em: 01/09/2022.

ALMEIDA, Mariana Amaro Theodoro. *A mediação dos conflitos de família como instrumento de Concretização da Fraternidade.* Revista de Direito de Família e das Sucessões – Revista dos Tribunais. Ano 2 (2016), nº 2, 1021-1046. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_1021_1046.pdf. Acesso em: 06/10/2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01/09/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento nº 2215265-68.2016.8.26.0000* – Campinas. Relator: Des. José Carlos Ferreira Alves. Julgado em: 12 de dezembro de 2016. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9951533. Acesso em: 01/10/2022.

BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 01/09/2022.

BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 01/09/2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *A eficiência da Audiência do Art. 334 do CPC.* Revista dos Tribunais Online - Revista de Processo. vol. 298/2019 | p. 107 - 120 | Dez / 2019 | DTR\2019\42319. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5522788/mod_resource/content/1/CABRAL%2C%20Tr%C3%ADcia%20Navarro%20Xavier.%20A%20efici%C3%AAncia%20da%20audi%C3%AAncia%20do%20art.%20334%20do%20CPC.pdf. Acesso em: 06/12/2022.

FERNANDES, Ana Elisa; FERMENTÃO, Cleide Aparecida. *A resolução Nº 125/2010 do CNJ como política pública de Tratamento Adequado aos conflitos nas relações Familiares. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas.* Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.03.pdf. ISSN 2318-5732 - Vol. 8 N. 2, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pag 215

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015.* São Paulo: Editora Método, 2015. p. 380.

NORONHA. Carlos Silveira. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande Do Sul* . Vol. 33 – Set./2015, n. 1 (1949). – Porto Alegre: Sulina, 2015.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo (2007). *O que é mediação de conflitos.* São Paulo: Brasiliense.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos: teoria e prática*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* / Fernanda Tartuce. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

_____. *Encaminhamento consensual das ações de família no regime do Novo Código de Processo Civil. Artigo, 2016*, disponível em: http:https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/244.pdf. Acesso em: 09/09/2022

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VINCENZI, Brunela Vieira de; OLIVEIRA, Fernanda Pompermayer Almeida de. *A cláusula geral da boa-fé e a mediação no bloco das ações de família no novo Código de Processo Civil.* Revista de Arbitragem e Mediação, v. 46, p. 197-208, jul./set. 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos (2004). *A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional.* Dissertação de Mestrado, Curso de Pós-Graduação em Serviço Social, UFSC, 137 p.7

ZAMBONI. Alex Alckmin. *Incentivos comportamentais ao tratamento adequado dos conflitos.* Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em:https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22032021-132101/pt-br.php. Acesso em: 01/09/2022.

A PANDEMIA DE COVID-19 E AS REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE[1]

THE COVID-19 PANDEMIC AND THE SOCIAL NETWORKS: A CRITICAL ANALYSIS OF VIOLATIONS TO THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

*Bárbara Costa Leão**
*Sammira Melo de Oliveira***
*Sinhara Sthefani Diógenes Dantas****

Resumo: A pandemia de COVID-19 impôs a sociedade brasileira diversos desafios, para além da crise sanitária, pois a propagação rápida do vírus levou as autoridades a adotarem como medida de enfrentamento o isolamento social obrigatório. Esse mecanismo de combate expôs, de forma potencializada, crianças e adolescentes aos crimes virtuais, sobretudo, pelo uso exacerbado de redes sociais que propiciou um ambiente ideal para a disseminação de práticas ilícitas. Desse modo, o presente artigo objetivou compreender as razões sociojurídicas que levaram ao aumento de violações dos direitos infanto-juvenis nos meios digitais durante a pandemia. No tocante à metodologia, a pesquisa possui natureza essencialmente bibliográfica e documental, uma vez que é levada em estima a legislação pertinente ao tema, com abordagem qualitativa, visando os fenômenos anali-

1 Trabalho orientado por Diana Melissa Ferreira Alves Diniz. Mestra em concentração Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos (PPGD/UFERSA-2017), especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (URCA-2017), em Direito Penal e Criminologia (URCA - 2018), e Direito Constitucional (Faculdade Legale) e graduação em Direito pela URCA. Professora substituta no curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA/Campus Crato). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/0966623925373522. E-mail: diana.ferreira@urca.br.

**Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/9484627069938115. E-mail: barbara.leao004@gmail.com.
**Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/8177010615088369. E-mail: sammiramelo3@gmail.com.
***Bacharelanda do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos Fundamentais (GEDHUF)
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/3694826686537845. E-mail: dantassinhara8@gmail.com

sados no vínculo entre o mundo objetivo e o subjetivo, os quais carecem de significado para além de números, apesar destes serem utilizados.

Palavras-chave: Redes sociais. Pandemia. *COVID-19*. ECA. Crianças e adolescentes.

Abstract: The COVID-19 pandemic posed several challenges to Brazilian society, beyond the health crisis, because the rapid spread of the virus led the authorities to adopt mandatory social isolation as a coping measure. This combat mechanism has potentially exposed children and adolescents to virtual crimes, especially through the exacerbated use of social networks, which has provided an ideal environment for the dissemination of illicit practices. Thus, this article aimed to understand the socio-legal reasons that led to the increase in violations of children's rights in digital media during the pandemic. Regarding methodology, the research has an essentially bibliographic and documental nature, once the legislation pertinent to the theme is taken into consideration, with a qualitative approach, aiming at the analyzed phenomena in the link between the objective and the subjective world, which lack meaning beyond numbers, although these are used.

Keywords: Social networks. Pandemic. COVID-19. ECA. Children and teenagers.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história as crianças e os adolescentes foram vistos como inferiores, sendo reduzidos a categoria de bens pertencentes aos pais. Logo, as questões relacionadas aos direitos infanto-juvenis foram negligenciadas, sendo incorporadas tardiamente a agenda das políticas sociais, uma vez que não se falava em violação desses direitos, pois não lhes eram reconhecidas quaisquer garantias.

No Brasil, a temática ganhou destaque apenas no período de redemocratização, haja vista o reconhecimento da criança como sujeito de direito, corroborando para que passassem a representar indivíduos em desenvolvimento, carentes de proteção especial e integrada, sendo esses responsabilidade da família, da sociedade e do Estado. Outrossim, a infância passou a fazer parte das discussões sociais e legislativas com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, a qual possibilitou a fundação, em 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Diante das formulações ora elucidadas, é assaz importante destacar que o século XXI é marcado pela ascensão da tecnologia, o que possibilitou o desenvolvimento dos meios de comunicação, revolucionando os parâmetros das relações sociais, uma vez que a internet passou a ser protagonista dessas interações, com destaque as redes sociais, as quais atraem, cada vez mais, crianças e adolescentes.

Ademais, diante a pandemia de COVID-19 e do ritmo acelerado em que o vírus se propagava, as autoridades brasileiras foram levadas a adotar diversas medidas de enfrentamento, sendo o isolamento social obrigatório a mais significativa, tendo em vista as mudanças bruscas na rotina dos indivíduos. Assim, a coexistência forçada entre pais e filhos e, consequentemente, o afastamento desses dos demais âmbitos de socialização, como trabalho e escola, favoreceu a formação de um ambiente estressante, propício a conflitos familiares.

Dessa forma, a aproximação familiar atrelada ao distanciamento dos demais ambientes de socialização dificultou o relacionamento saudável entre as partes, de modo que tais conflitos geraram emoções, como angústia e medo, intensificadas durante o isolamento, principalmente pela preocupação constante de contaminação, levando ao uso exacerbado de redes sociais por crianças e adolescente durante o período analisado, dado que essas passaram a representar uma espécie de válvula de escape.

Dito isto, compreende-se que, o uso indiscriminado das mídias sociais, em consonância com a vulnerabilidade física e mental das possíveis vítimas, gerou um ambiente ideal para a propagação de crimes virtuais, posto que os agressores se consideram em posição privilegiada frente ao anonimato.

Ante o exposto, verifica-se que mesmo com os avanços trazidos pelas legislações voltadas a garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes ainda é perceptível um aumento no número de suas violações, sobretudo pela insuficiência do âmbito jurídico, de forma única e concentrada, no enfretamento da problemática estudada, demostrando a necessidade urgente da efetivação da proteção integrada, a qual implica na capacidade de ver esses indivíduos de modo indissociável do seu contexto sociofamiliar e comunitário.

2. A PANDEMIA DE COVID-19 E OS EFEITOS DO ISOLAMENTO SOCIAL

A Idade Contemporânea é marcada pela consolidação da razão e do estudo científico como forma de garantir o desenvolvimento humano. Esse período proporcionou o advento de diversas revoluções industriais e com isso, avanços técnicos-científicos-culturais que modificaram profundamente a sociedade. Diante do cenário da evolução mais recente, a Quarta Revolução Industrial, iniciada em meados de 2010, novas tecnologias surgem de forma cada vez mais rápida, buscando ser a maneira mais eficaz de comunicação e otimização do tempo do ser humano.

Nesse sentido, Kallas (2016) traz que a internet, como a principal criação até o momento que permitiu a conexão entre inúmeras pessoas pelo mundo, hoje é o maior repositório de informações jamais visto na civilização humana e, como possibilidade interminável de conteúdo, é altamente estimulante. Assim, a sociedade foi atingida por um turbilhão de impulsos em diversas áreas, no trabalho, nas relações humanas, na construção da subjetividade do próprio indivíduo e, principalmente, na aquisição de novos hábitos.

Logo, "neste século XXI que está ainda começando, observa-se uma evidente privatização dos espaços públicos e uma crescente publicização do privado" (SIBILIA, 2008, p. 22), induzindo o corpo social a se desenvolver em torno dessa espetacularização. Os indivíduos estariam submetidos às "tiranias da visibilidade", tendo que performar e cultivar suas imagens aos moldes de personagens da mídia e atuar como se estivessem sempre diante de uma câmera, dispostos a se exibirem em qualquer tela *(Ibidem)*.

Dessa forma, o grupo social considerado mais sensível a absorver e replicar hábitos de terceiros é formado por crianças e adolescentes, visto que estão em um estágio inicial de desenvolvimento da maturidade e do discernimento. Sendo assim, essa imaturidade mental os torna muito mais propensos a adquirirem vícios por não terem instrução acerca dos riscos envolvidos em certas práticas correntes na sociabilidade digital.

De acordo com Fonte (2008), quando o jovem faz o acesso à internet não supervisionado, pode tornar-se mais do que um meio de informações de conteúdos culturais, passando a ser um fator desestruturante no processo socioemocional deste adolescente. Uma vez que a utilização da internet, faz com que o adolescente consiga fazer contatos pessoais que fora deste meio não consegue, assim formando ligações "superficiais" e de "falsa intimidade", contribuindo para o afastamento social.

Nesse contexto, acentuando os danos causados pelo uso excessivo da internet no desenvolvimento da criança e do adolescente, em 2019, ocorreu a pandemia de COVID-19. Essa doença foi registrada em mais de 180 países ao redor do mundo, e mediante ao grande avanço da contaminação, várias autoridades governamentais adotaram diversas estratégias a fim de reduzir o ritmo da progressão da doença (KRAEMER *et al*., 2020). Assim, baseando-se no modo em que o coronavírus é transmitido e na falta de medidas farmacológicas de prevenção e tratamento específicos para combater o vírus naquele momento, a primeira medida adotada entre os meios de combate foi o distanciamento social, procurando evitar aglome-

rações, ao manter o mínimo de um metro e meio de distância entre as pessoas, e proibir eventos que ocasionem muitos indivíduos reunidos.

No Brasil esse cenário se repete, as autoridades sanitárias optaram por seguir as orientações da Organização Mundial da Saúde na medida do possível. Mesmo em meio ao ceticismo de parte da população quanto à letalidade da doença e da necessidade de urgência no seu combate, o Estado brasileiro procurou instaurar um isolamento social obrigatório quando os números se mostraram alarmantes.

Nesse ínterim, a grande parte da população brasileira que se isolou em bolhas familiares vivenciou não só o medo do contágio pelo vírus, como também os efeitos estressantes do convívio com os familiares em confinamento. Dentre esses, a adaptação para uma nova forma de trabalho *(home office)*, de dinâmica familiar e, sobretudo, de educação dos filhos:

> Com isso, o medo, a angústia, preocupação e algumas emoções foram geradas durante o isolamento social, em toda a população principalmente nas crianças e adolescentes, pois, nesses momentos, além do receio do que pode acontecer com um ente querido, eles estão em processo de desenvolvimento e com isso vão perdendo o contato e suas interações sociais, que é o ápice para desenvolvimento do adolescente (SANTOS; PEREIRA; SILVA, 2021, p. 8, apud FERREIRA et al, 2013).

Além disso, a internet retorna nessas circunstâncias como fator agravante, sendo um meio de entretenimento facilmente viciante, uma vez que as alternativas de recreação ofertadas às crianças e aos adolescentes antes da pandemia já não eram possíveis devido ao distanciamento social estabelecido. Deslandes e Coutinho (2020) afirmam que, de repente, a transmissão de dados por meio digital tornou-se o único meio disponível para a não interrupção completa das interações sociais e de trabalho pelo isolamento e, como a internet já estava em período de consolidação, popularização e expansão em esfera mundial, ainda que desigual, suas principais características, a hiperinteratividade entre os usuários e a mobilidade em que podem ser acessados estes espaços digitais, foram oportunas para acentuar a dependência dos jovens.

Visto que o vício, a superexposição e a vulnerabilidade física e metal infanto-juvenil são alguns dos efeitos indiretos do uso excessivo dos meios digitais, um estudo realizado por Sá, Rosa e Tardivo (2020) acerca do uso da internet durante a pandemia constatou que (73,1%) dos que participaram das perguntas passaram a utilizar a internet por mais tempo durante o isolamento quando comparado ao momento anterior a chegada do vírus. Quando indagados sobre o que eles costumavam acessar (44,7%) afirmaram que era conteúdo de entretenimento, como filmes

e jogos. Ademais, a pesquisa demonstrou interesse em relação aos sentimentos, onde (17,6%) apresentaram a irritação e (17,1%) demostraram a solidão.

Nesse sentido, devido ao estresse de estar constantemente conectado às redes sociais, as crianças e os adolescentes sofrem os efeitos mentais negativos do confinamento: o uso excessivo da internet pode aumentar condições como compulsão alimentar, depressão e estresse cotidiano associado ao bem-estar, ocasionando uma nomofobia generalizada, piorando ainda mais a saúde mental. A Nomofobia é considerada um distúrbio da sociedade digital e virtual contemporânea e refere-se a desconforto, ansiedade, nervosismo ou angústia causada por estar fora de contato com um telefone celular ou computador. De um modo geral, é o medo patológico de permanecer sem conexão (ESPER, 2021).

Outrossim, a superexposição nas mídias sociais ganha força na pandemia quando jovens, mesmo em quarentena, mantêm seus laços de sociabilidade digital e, somado ao tédio, se veem incitados a manter sua visibilidade no universo online. "A busca de fama nos meios digitais reorganiza as consciências para a constante exibição e o acompanhamento de relatos minuciosos da vida" (DESLANDES; COUTINHO, 2020, p. 4). Dessa maneira, ludibriados pela possibilidade de reconhecimento, esses indivíduos ficam expostos às pessoas mal-intencionadas, tendo a sua imagem utilizada para fins diferentes do planejado e a privacidade violada, estando cientes ou não disso, seguem com a tentativa de tornarem-se influenciadores digitais, em função da hipervalorização que essa carreira ganhou nesse período.

Desse modo, as crianças e os adolescentes adquiriram uma certa vulnerabilidade mental ao serem usuários assíduos das redes sociais, sendo, muitas vezes, manipulados a acreditarem em uma realidade puramente virtual e fantasiosa. À vista disso, há também uma vulnerabilidade física quando eles, na sua inocência ou imprudência, espelham-se em influenciadores ao reproduzir desafios que colocam em risco sua saúde. A partir de uma pesquisa foi possível observar que a busca pelo termo "desafios online" *(challenges online)* cresceu bastante no mundo inteiro após a medida de isolamento social ter sido implementada (DESLANDES; COUTINHO, 2020). Assim, jovens realizarem brincadeiras levianas não é um fenômeno novo, todavia, na internet, os desafios têm um papel ampliado por uma cultura digital, sem a mediação presencial de amigos ou adultos.

Dessarte, é necessário afirmar que a pandemia de COVID-19 implicou danos à saúde das crianças e adolescentes brasileiros não só em relação ao vírus, como também forçou uma mudança de rotina que a população não estava preparada para viver, o que gerou um grande período de instabilidade na educação e monito-

ramento desses indivíduos. Posto isso, os jovens ficaram reféns tanto dos riscos que sua imaturidade poderia causar a eles mesmos, quanto das ameaças de quem está do outro lado da tela.

2.1 A EXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS DURANTE O PERÍODO PANDÊMICO

Durante o período pandêmico, foi necessário haver o isolamento social para buscar o controle da transmissão do vírus da COVID-19, diante dessa realidade os indivíduos tiveram que reorganizar toda a sua rotina por conta desse recuamento. Nesse sentido, as crianças e os adolescentes, pessoas que estão em uma fase de mudança e amadurecimento, se viram desconexas dos vínculos que estão estabelecidos antes da chegada da doença, provocando comportamentos tendenciosos ao afastamento maior do que aqueles indicados pelos órgãos de saúde.

Segundo Carvalho (2006), o isolamento impossibilita, de modo brusco, o contato que se dá pessoalmente, desconstruindo os laços que eram regados nas relações diárias. É importante pôr em foco que nessa fase da vida posta em análise – a adolescência – a presença de amigos e familiares ocupa um lugar central no desenvolvimento desses púberes, pois é nesse momento que se consolida muitos dos pensamentos que os jovens irão levar para a sua jornada de vida.

Buscando contextualizar a abordagem trazida, (BERNI; ROSO, 2014) entendem a adolescência, na visão da Psicologia Crítica, enquanto "devir", que é a possiblidade de vir a ser. Assim, tem de haver o espaço para se consolidar essas mudanças, e o período de pandemia impossibilitou que essas transformações se dessem de maneira adequada.

Nesse viés, ainda de acordo com as autoras supracitadas, o adolescente é visto como um ser social e histórico, que se constitui a partir da cultura. Logo, ele foi demasiadamente influenciado pelos novos comportamentos que surgiram no tempo de disseminação da COVID-19. Abandonando, de certa maneira, as atitudes antes vistas como normais para a fase vivenciada.

Um aspecto indispensável de ser falado é sobre o processo de globalização em que a pandemia do Coronavírus está inserida. Em outros momentos da história que ocorreram grandes pandemias, como a Gripe Espanhola que assolou o mundo entre 1918 e 1919, não havia o advento da internet presente no dia a dia dos indivíduos. Nessa linha de pensamento, a forma como as pessoas daquela época se adaptara a situação vivida foi bem diversa da presenciada a partir do final de 2019, pois as tecnologias disponíveis tornaram possíveis as comunicações virtuais.

Nesse diapasão, a internet ocupou um lugar de destaque na vida dos jovens durante o período de isolamento o que deu margem para ocorrer conversações e obtenção de informações, mas também ter acesso a conteúdo que não condiz com a faixa etária desses seres. Assim fala Santos (2021):

> é viável pontuar que as mídias sociais participam, mesmo que não exclusivamente, da construção das identidades no cenário pós-moderno. Afinal, elas vão ao encontro de uma característica presente na pós-modernidade: a ausência de fronteiras fixas e identidades definidas, sendo os aparatos que servem às pessoas como modo de interagir de acordo com interesses em comum sem, necessariamente, estar dentro da mesma cidade. (SANTOS, 2021, p. 3)

No meio virtual, há a exposição desses jovens a crimes e condutas delituosas constantes, intensificadas no decorrer do isolamento devido ao constante uso dos meios digitais. Conforme Jesus e Milagre (2016), os cibercrimes são condutas antijurídicas cometidas contra ou por meio da tecnologia da informação.

O *cyberbullying* é um exemplo de crime virtual, sendo caracterizado como:

> toda ação praticada através de mensagens eletrônicas enviadas via internet por computador ou telefone celular (smartphone), em que o agressor, muitas vezes, se faz passar por outro, que passa a atribuir ofensas e palavras desagradáveis dirigidas à vítima. Desse modo, faz uso das redes sociais com a finalidade de expor e excluir as pessoas de forma vexatória, seja através de adulteração de vídeos, fotografias, piadas, ameaças, comentários racistas ou de conotação sexual, por exemplo (RÉGIS, 2020, p. 81-88).

É relevante abordar tal prática nesse contexto, uma vez que os indivíduos passaram a ter mais tempo em contato com as telas e isso intensificou a maneira que se comportam, sobretudo, a necessidade de expor opiniões sem um filtro adequado, comentando independente se o receptor se sentirá ofendido ou não. Nesse sentido, esse grupo ainda em desenvolvimento psíquico se insere tanto como sujeito que desfere as ofensas, justamente por não ter esse senso desenvolvido, quanto vítima, visto que os perfis virtuais são, muitas vezes, anônimos.

O site Uol Notícias em matéria trata do aumento das ocorrências de crimes contra crianças e adolescentes durante a pandemia. Nas palavras de Ana Lúcia Lopes Miranda, delegada titular da 4ª Delegacia de Repreensão à Pedofilia do DHPP "Em 2019, foram registrados 58 boletins de ocorrência, enquanto em 2020 foram 91 boletins, versando sobre crimes de abusos sexuais contra crianças e adolescentes. Esses registros englobam tanto os crimes de contato físico como aqueles praticados em ambiente virtual." (UOL, 2021, n.p).

Na matéria, o Promotor de Justiça Richard Gantus Encinas assentou acerca dessa pauta, afirmando que o cenário pandêmico propiciou a exposição dos menores na mídia, onde eles postam fotos das diversas situações e podem se tornar alvos de criminosos. Acrescentou ainda que:

> Adolescentes, esquecendo-se das consequências indesejáveis que uma fotografia nua ou em situação sexual pode ocasionar ao longo de sua vida, por não poderem encontrar-se pessoalmente com seus namorados ou "ficantes" acabam por, involuntariamente, alimentar a indústria criminosa da pedofilia, (UOL, 2021, n.p).

Nesse ínterim, as possíveis vítimas estão expostas a diversos fenômenos, entre eles encontra-se o *"oversharing"*, termo que advém da língua inglesa e em uma tradução livre significa o compartilhamento exacerbado de informações pessoais no meio virtual, sendo que essas publicações são feitas das inúmeras situações ocorridas no dia a dia, como as refeições, o banho e o trabalho. Tais comportamentos podem expor os indivíduos aos criminosos que rodeiam as redes sociais, principalmente se as pessoas que exibem demais a sua rotina forem o público mais jovem (TURRA, 2016).

De modo consequente, a exposição indiscriminada do público juvenil os sujeita à prática *"revenge porn"* que é a pornografia de vingança, a qual "se refere a conduta de divulgar fotos, vídeos ou áudios com conteúdo íntimo, tendo como objetivo expor a vítima." (FERREIRA, 2022, p. 11) É notório perceber a quantidade exacerbada de condutas criminosas as quais os jovens estão expostos, seja nas redes sociais ou até mesmo nos relacionamentos presenciais.

Com o alargamento do uso da internet no período de confinamento, houve a ocorrência do estupro virtual, que "se caracteriza pela ameaça ou coação através da internet para o cometimento de todo e qualquer ato libidinoso. Ou até mesmo, o uso de imagens usadas para chantagear a outra parte" (CARAMIGO, 2016, p. 01). Essas ações que contrariam os direitos dos indivíduos devem ser analisadas de maneira aprofundada, pois não é pelo fato de se tratar de um crime virtual que os responsáveis podem ficar impunes.

Outrossim, devido a permanência dos jovens dentro de suas casas e a adaptação ao momento vivenciado, se deu uma carência de monitoramento por parte dos seus responsáveis quanto ao conteúdo acessado na internet, o que corroborou diretamente para o aumento das ocorrências de crimes virtuais contra os púberes. É sabido que durante o isolamento os adultos tiveram que entrar no modo de trabalho remoto, não havendo tempo suficiente para analisarem o que estava sendo consumido pelos adolescentes.

Nessa perspectiva, é preciso que haja legislação que trate sobre a temática apresentada. Em 2021 ocorreu a adesão do Brasil à Convenção sobre o Crime cibernético, que ficou conhecida como Convenção de Budapeste. Segundo o Ministério Público Federal:

> A Convenção de Budapeste tem como objetivo facilitar a cooperação internacional para combater o cibercrime. Elaborado pelo Comitê Europeu para os Problemas Criminais, com o apoio de uma comissão de especialistas, o documento lista os principais crimes cometidos por meio da rede mundial de computadores e foi o primeiro tratado internacional sobre crimes cibernéticos. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021, n.p).

Decisões como esta são demasiadamente importantes para combater essas condutas criminosas, que quando atingem o público infanto-juvenil podem deixar traumas profundos, atrapalhando o desenvolvimento dessas pessoas. Entretanto, o Estado não deve agir sozinho contra essas infrações, a família também tem um papel a ser cumprido.

Portanto, devido ao isolamento social presenciado durante a pandemia da COVID-19, houve o aumento do uso dos meios digitais e, de forma consequente, a alta nos índices de crimes cometidos contra crianças e adolescentes nas plataformas virtuais. Ademais, devido a não observância dos responsáveis, acerca dos conteúdos que eram consumidos pelos indivíduos, condutas ilegais que poderiam ser evitadas acabaram por se concretizar. Logo, a previsão legal dessas violações de direitos e a atuação ativa da família é imprescindível para superar tais transgressões cometidas contra a vida e a dignidade dessa parcela da sociedade.

2.2 LEGISLAÇÕES VOLTADAS A GARANTIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA RETROSPECTIVA

Durante muitos séculos as crianças e os adolescentes foram vistos sob a perspectiva menorista, vigente desde a colonização e ratificada pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979, a qual os classificava como indivíduos inferiores, reduzidos a categoria de bens pertencentes aos pais. Desse modo, não se falava em violação aos direitos da criança, uma vez que não lhes eram reconhecidos quaisquer direitos (SOUZA; SERAFIM, 2019).

Logo, compreende-se que, as questões relacionadas à infância foram tardiamente incorporadas à agenda das políticas sociais, recebendo destaque apenas no século XX com a promulgação em 1959, por aprovação unanime, da Declaração dos Direitos da Criança, na Assembleia Geral das Nações Unidas, possibilitando o reconhecimento dos

direitos da criança, tendo em vista a necessidade de proteção e cuidados especiais.

Entretanto, apesar de datar o início do reconhecimento dos direitos infanto-juvenis, não apresentava caráter coercitivo, ou seja, não impunha obrigações aos Estados em relação a garantia e efetivação desses direitos, ao contrário do que se verifica na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a qual inovou ao exigir o posicionamento das nações que a subscreve e a ratifica (VERONESE, 2016. p.57).

No Brasil não foi diferente, sendo tais direitos negligenciados, ganhando destaque somente no período de redemocratização, tido como terreno fértil para o debate das múltiplas questões relativas aos direitos humanos, haja vista que a Constituição Federal de 1988, apelidada de constituição cidadã, estabeleceu em seu art. 227 a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado em atuar na defesa da criança como sujeito de direito, introduzindo "no universo jurídico nacional o paradigma da proteção integral" (SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 199).

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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).

Nessa perspectiva, deixaram "de ser vistos como meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem (ou seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direitos" (MARTINS, 2004, p. 6), corroborando para que a infância se tornasse objeto de discussão social, possibilitando, assim, a ascensão da temática no legislativo.

Em 13 de julho de 1990 é fundado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído através da Lei Federal n.º 8.069 (BRASIL, 1990), mecanismo legal de vanguarda que adotou a denominada Doutrina da Proteção Integral, cujo pressuposto básico afirma que crianças e adolescentes devem ser compreendidos como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral.

Isto posto, tem-se a necessidade de ressaltar que o ECA apresenta múltiplas frentes de combate, divididas em três grandes sistemas, sendo o Sistema Primário, responsável pelas Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes; o Sistema Secundário, designado as medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação pessoal ou social; e o Sistema Terciário, destinado as medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei que passam à condição de vitimizadores (CUCCI; CUCCI FÁBIO, 2011).

Ademais, apresenta a definição de criança para os efeitos legais como "a pessoa até doze anos de idade incompletos" e adolescente "aquela entre doze e dezoito anos de idade" (BRASIL, 1990), objetivando que todos, sem distinção, possam dispor "dos mesmos direitos e sujeitem-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam" (CUCCI; CUCCI, FÁBIO, 2011, p. 78).

Dessa forma, o aparto legal supracitado, inaugurou diversos avanços em relação as legislações voltadas a proteção dos direitos infanto-juvenis, sobretudo, no que diz respeito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, uma vez que revogou o Código de Menores anteriormente vigente, expresso na lei nº 6.697/79 (BRASIL, 1979), segundo o qual não assegurava os direitos fundamentais e essenciais das crianças e adolescentes, antes tratados como meros objetos (LEITE, 2006).

Nessa toada, criou-se uma estrutura, baseada na descentralização da assistência social, buscando o fim ao atendimento ausente ou deficiente prestados pelos órgãos responsáveis, delimitando as diretrizes da política de atendimento em seu art. 88:

> I – Municipalização do atendimento;
>
> II – Criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III – criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
>
> IV – Manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;
>
> V – Integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;
>
> VI – Mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade (BRASIL, 1990).

Assim, esses mecanismos possibilitaram conquistas significativas frente ao combate a violação recorrente desses direitos, porém, a pandemia de COVID-19 implicou na intensificação dos crimes contra esses grupos, tendo em vista a adoção do isolamento social como medida de combate ao vírus, o qual ocasionou uma mudança brusca na rotina dos indivíduos, principalmente das crianças e dos adolescentes, uma vez que possibilitou a coexistência forçada entre pais e filhos, por períodos maiores.

Convém mencionar, portanto, que a aproximação familiar atrelada ao distanciamento dos demais meios de socialização, como a escola e, consequentemente, rodas de amigos, propiciou um ambiente estressante, dificultando o relacionamento saudável entre as partes e, dessa forma, expôs esses púberes ao uso excessivo de redes sociais, as quais passaram a representar uma válvula de escape, ou seja, um meio de manter as relações restritas pelo período pandêmico.

Dito isto, percebe-se a crescente incidência de crimes virtuais em consonância com a ineficácia das legislações voltadas a garantia e a proteção dos direitos da criança e do adolescente, o que se dá pela dificuldade do Direito vigente de se adequar a rapidez com que eles ocorrem. Outrossim, o agressor se considera em posição de vantagem momentânea, tendo em vista a possibilidade de anonimato, que atrelado a fragilidade emocional das possíveis vítimas, configura-se como ideal para a propagação desses crimes.

Nesse sentido, observa-se um número demasiado de casos não solucionados e, consequentemente, de impunidade, gerando insegurança jurídica para a sociedade, visto que os danos causados nas vítimas são irreparáveis, o que dificulta o processo de denúncia, pois essas não se sentem seguras para expor seus agressores.

De acordo com os índices apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022), foram registradas 1.767 vítimas de pornografia infantil no ano de 2020 e 7.797 em 2021, significando um aumento de 2,1% na taxa de crimes. Ademais, é assaz importante destacar que a faixa etária com maior prevalência nos registros é a partir dos 10 anos. Assim, do total dos casos com vítimas entre 0 e 17 anos, em torno de 55% estão na faixa entre 10 e 14 anos e 29%, entre 15 e 17.

Ademais, a maior parte dos magistrados considera que aproximadamente 95% dos delitos cometidos de forma eletrônica já possuem tipificação no Código Penal, por caracterizar crimes comuns com prática partindo da internet (OLIVEIRA et al. 2017). Nesse sentido, destaca-se a Lei nº 13.185, sancionada em novembro de 2015, referente ao Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), sendo o cyberbullying disposto no artigo 2º, parágrafo único da referida legislação:

> Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (BRASIL, 2015).

Além disso, diante a propagação da pornografia de vingança, marcada pela "conduta de divulgar fotos, vídeos ou áudios com conteúdo íntimo, tendo como objetivo expor a vítima" (FERREIRA, 2023, p. 11), a legislação tipificou a prática na Lei 13.718/18, especificadamente em seu artigo 218-C do Código Penal, que trata sobre os crimes de importunação sexual:

> Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5(cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (BRASIL, 2018).

Destarte, verifica-se uma discrepância entre as propostas institucionais presentes no ECA e a real situação das políticas públicas de enfrentamento a violação constante de direitos fundamentais. Assim, tais dados elucidam que mesmo com a promulgação de leis, que trazem à luz a necessidade de combater tais infrações, a esfera jurídica, de forma unitária não se mostra suficiente para suprir as necessidades de combate à violência contra esse grupo.

Assim sendo, pode-se dizer que 33 anos após a promulgação do ECA, a sociedade brasileira ainda enfrenta grandes entraves para suplantar o cenário de opressão aos direitos infanto-juvenis, sobretudo, após o período desafiador, que fomentou a urgência de adequação do sistema judicial e das políticas públicas ao novo "normal".

Ante o exposto, tem-se a necessidade urgente de efetivação do princípio da tríplice-responsabilidade compartilhada do Estado, da família e da sociedade, o qual

> reveste-se da dimensão da solidariedade, não apenas do ponto de vista da obrigatoriedade de o Estado prover os direitos infanto-juvenis, mas principalmente no que diz respeito à família e à sociedade civil como um todo, que, também nas relações cotidianas, têm esse mesmo dever de garantir a dignidade de crianças e adolescentes, independentemente de raça, cor, credo, sexo e condição econômica ou social (SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 211)

Ratificando a importância do combate interdisciplinar, reconhecendo que o direito não deve ser "reduzido às normas, pois, essa redução implica em falsa concepção da natureza jurídica e em graves consequências sociais, econômicas, culturais e políticas" (FLORES, 2009, p. 17, *apud* SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 206).

Contudo, a fim de que as garantias do ECA e das demais legislações de proteção à infância e a juventude sejam efetivadas, é assaz importante que as políticas públicas, criadas com o objetivo de inclusão, estejam em pleno funcionamento e o planejamento em torno delas seja, de fato, direcionado ao acesso a esses direitos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, buscando elucidar as considerações finais deste trabalho, resgatou-se o objetivo da pesquisa, o qual consiste em identificar os fatores sociojurídicos que influenciaram o aumento das violações dos direitos infanto-juvenis nos meios digitais durante a pandemia de COVID-19. Assim, verificou-se que o uso excessivo da internet durante o isolamento social, bem como a ineficácia dos equipamentos públicos de enfrentamento, foram motores para o agravamento do cenário analisado.

No que tange às implicações do período pandêmico, compreendeu-se que o isolamento obrigatório acentuou o fenômeno do vício nas redes sociais, advindo da evolução tecnológica da última década, fazendo com que crianças e adolescentes ficassem mais dependentes da internet, uma vez que, além de entretenimento, esta passou a ser usada como ferramenta escolar e de contato com o mundo em alternativas às atividades presenciais.

Nesse contexto, a quarentena, atrelada a superexposição, trouxe graves consequências no desenvolvimento desses púberes, comprometendo a integridade física e mental dos mesmos, desse modo, suas fragilidades foram agravadas, fazendo com que se tornassem mais vulneráveis aos crimes on-line. Logo, ao serem precocemente sujeitadas aos perigos virtuais, as crianças são mais facilmente manipuláveis e, sem a supervisão dos responsáveis, têm sua imagem utilizada como material pornográfico. Assim, a ausência de monitoramento em consonância com os artifícios de manipulação dos agressores, dificulta, ainda mais, o enfrentamento eficaz dessa mazela social.

Em face às díspares colocações, faz-se necessário destacar a importância dos avanços proporcionados pelas legislações voltadas a garantia dos direitos da criança e do adolescente, entretanto, verificou-se uma ineficácia desses mecanismos de proteção, tendo em vista que os aparatos legais, de forma unitária, não são suficientes para o arrefecimento das violações desses direitos.

Outrossim, conclui-se que há uma discrepância entre a realidade legislativa e a social, dado que mesmo com a evolução dos mecanismos jurídicos, ou seja, com a positivação dos direitos da criança e do adolescente, os crimes contra a população infanto-juvenil continuam a serem praticados, principalmente, os virtuais, incentivados pela dificuldade dos órgãos de segurança pública em se adequarem a essa modalidade em detrimento da posição de privilégio dos delinquentes em potencial, visto a possibilidade de anonimato, ratificando a necessidade urgente da proteção integrada.

REFÊRENCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 8 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015.* Institui o Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano CLII 213, p. 1, 9 nov. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13185.htm >. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979.* Institui o Código de menores. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. *Lei nº 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, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 out. 2022.

BERNI, V. L.; ROSO, A. A adolescência na perspectiva da psicologia social crítica. *Associação Brasileira de Psicologia Social,* 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/psoc/a/vQrgynH9BHggw3M5kXnHjmm/?lang=pt&format=html. Acesso em: 25 out. 2022.

CARAMIGO, D. *Estupro virtual: um crime real.* 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323390332/estupro-virtual-um-crime-real. Acesso em: 26 out. 2022.

CARVALHO, R. G. G. Isolamento social nas crianças: proposta de intervenção cognitivo-comportamental. *Revista Ibero-americana de Educação,* Portugal, v-40, n.3, p.1-12, out de 2006. Disponível em: https://rieoei.org/RIE/article/view/2510. Acesso em: 25 nov. 2022.

CUCCI, F. A.; CUCCI, G. P. A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Como Dever

Social da Família, da Sociedade e do Estado. *Revista de Ciências Jurídicas*: Londrina, v. 12, n. 2, p. 77-84, set. 2011. Disponível em: https://revistajuridicas.pgsskroton.com.br/article/download/910/871. Acesso em: 12 dez. 2022.

DESLANDES, S. F.; COUTINHO, T. O uso intensivo da internet por crianças e adolescentes no contexto da COVID-19 e os riscos para violências auto infligidas. *Ciência & Saúde Coletiva,* v. 25, n. suppl 1, p. 2479-2486, 2020. Acesso em: 27 out. 2022.

ESPER, M. V. NOMOFOBIA, ADOLESCÊNCIA E DISTANCIAMENTO SOCIAL. *Amazônica-Revista de Psicopedagogia, Psicologia escolar e Educação*, v. 13, n. 2, jul-dez, p. 394-413, 2021.

FERREIRA, M. S. *A (In) eficácia da legislação brasileira no combate aos crimes virtuais e os seus impactos em decorrência da pandemia da Covid-19.* Guanambi, 2022. 26 p. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/32264/1/crimes%20cibern%C3%A9ticos%20-%20tcc%20II.pdf. Acesso em: 25 dez. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2022.* Ed. 16. São Paulo: FBSP, 2022. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5. Acesso em: 21 nov. 2022.

FONTE, L. *A influência das novas formas de comunicação no desenvolvimento socioemocional das crianças.* 2008 Disponível em: www.psicologia.com.pt/artigos/textos/A0405. Acesso em: 27 out. 2022.

HINOUE, N. *Em meio ao isolamento social, crimes virtuais contra menores de idade aumentam. UOL.* 09 de abr de 2021. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/18629_em-meio-ao-isolamento-social-crimes-virtuais-contra-menores-de-idade-aumentam.html. Acesso em: 25 dez. 2022.

JESUS, D. de. MILAGRE, C. A. *Manual de crimes informáticos.* São Paulo: Saraiva, 2016.

KALLAS, M.B.L.M. O sujeito contemporâneo, o mundo virtual e a Psicanálise. *Reverso,* Belo Horizonte, v. 38, n. 71, p. 55-63, jun. 2016. Acesso em: 28 out. 2022.

KRAEMER, M. U. G., Yang, C.-H., Gutierrez, B., Wu, C.-H., Klein, B., Pigott, D. M., Plessis, L.D., Faria, N. R., Li, R., Hanage, W. P., Brownstein, J. S., Layan, M., Vespignani, A., Tian, H., Dye, C., Pybus, O. G., & Scarpino, S. V. (2020). The effect of human mobility and control measures on the COVID-19 epidemic in China. *Science Preprints*, 1–10. Disponível em: https://doi.org/10.1126/science.abb4218. Acesso em: 27 out. 2022.

LEITE, C. C. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 23, p. 93-107, jan./jun. 2006. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-23/artigo-das-pags-93-107. Acesso em: 10 dez. 2022.

MARTINS, R. C. Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente? *Lex familiae.* Revista Portuguesa de direito da família. Portugal, a. 1, n.1, p. 1-8, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Brasil aprova adesão à Convenção de Budapeste*

que facilita cooperação internacional para combate ao cibercrime. Brasília, 23 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/brasil-aprova-adesao-a-convencao-de-budapeste-que-facilita-cooperacao-internacional-para-combate-ao-cibercrime. Acesso em: 21 nov. 2022.

OLIVEIRA, B. M.; MATTOS, K. R.; SIQUEIRA, M. S. Crimes virtuais e a legislação brasileira. *(Re)pensando Direito.* Ano 7, n. 13, jan./jun., 2017, p. 119-130. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/229767447.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

RÉGIS, J. C. A Realidade Invisível em Tempos de Era Digital (Ciberbullying) e um de seus Reflexos: O Suicídio. *Cibernética Jurídica Estudo Sobre o Direito Digital,* Campina Grande, p. 76-88. 25 out. 2022.

ROSA, H. R.; SA, R. de C.; TARDIVO, L. S. de La P. C. *Sentimentos e atitudes de adolescentes no isolamento social em período da pandemia por coronavírus. Laboratório de Saúde Mental e Clínica Social do Instituto de Psicologia da USP*. Disponível em: https://www.ip.usp.br/site/wp-content/uploads/2020/06/RESUMO-PESQUISA-ADOLESCENTES-40-dias.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

SANTOS, C. dos. Covid-19 e saúde mental dos adolescentes: vulnerabilidades associadas ao uso de internet e mídias sociais. *Holos – III Dossiê COVID-19 e o mundo em tempos de pandemia.* 37(3), 1-14. 2021. Disponível em: https://www2.ifrn.edu.br/ojs/index.php/HOLOS/article/download/11651/pdf. Acesso em: 23 nov. 2022.

SANTOS, E. S. D., PEREIRA, F. J., & SILVA, L. D. D. (2021). *AS IMPLICAÇÕES DO ISOLAMENTO SOCIAL NA SAÚDE MENTAL DE ADOLESCENTES EM IDADE ESCOLAR.* Disponível em: https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3848/1/AS%20IMPLICA%C3%87%C3%95ES%20DO%20ISOLAMENTO%20SOCIAL%20NA%20SA%C3%9ADE%20MENTAL.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

SIBÍLIA, P. *O Show do eu:* subjetividade nos gêneros confessionais da Internet. 240 f. 2007. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. UFRJ–Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: http://objdig.ufrj.br/30/teses/686522.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

SOUZA, I. F. de.; SERAFIM, R. N. V. *Os direitos humanos da criança*: análise das recomendações do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 20, n. 1, 2019. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1134. Acesso em: 15 dez. 2022.

TURRA, K. K. Seria o "Oversharing" uma violação ao Direito à Privacidade e à Imagem da Criança? *Periódico Alethes,* Juiz de Fora; v.06, n.10, p. 106-222, jan-abr, 2016. Disponível em: https://www.ufjf.br/periodicoalethes/files/2018/07/periodico-alethes-edicao-10.pdf#page=106. Acesso em: 28 out. 2022.

VERONESE, J. R. P. Os Direitos da Criança e do Adolescente:construindo o conceito de sujeito-cidadão. In: WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M.*Os"novos" direitos no Brasil:* natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A PENA DE MULTA NO BRASIL ANALISADA À LUZ DA ONTOLOGIA DA PENA

THE FINE PENALTY IN BRAZIL ANALYZED UNDER THE LIGHT OF THE PENALTY ONTOLOGY THEORY

*Fernanda Nascimento dos Santos**
*Iago Barbosa Silva Araújo***

Resumo: O presente artigo analisa as peculiaridades existentes na pena de multa no Brasil sob o viés ontológico da pena, tendo como relevância jurídica o desenvolvimento de uma discussão acerca da (in)existência de uma essência verdadeiramente penal na sanção de multa no Brasil no seu atual estágio. Nesse viés, a problemática do estudo em questão é: de que maneira as alterações normativas referentes à pena de multa afastam essa sanção penal do conceito ontológico de pena de Luís Greco? Para responder ao citado questionamento, utilizou-se como tipo de pesquisa a bibliográfica, tendo como principais bases teóricas os doutrinadores Luís Greco, Claus Roxin e Eugênio Zaffaroni. No que se refere à topologia do presente artigo, tem-se que, preliminarmente, é abordado acerca da historicidade da pena de multa. Tomando enquanto ponto de partida, os respectivos aspectos doutrinários e legislativos desta sanção penal no Brasil. No ponto seguinte, é exposto acerca da importância sociojurídica da pena, utilizando para isso o conceito ontológico de pena, a fim de que seja percebido o que faz a pena se tornar única no direito, dando origem a vários princípios jurídicos. Por fim, o artigo realiza, após trazer um breve conceito mais prático de pena, o confronto entre a teoria conceitual da pena apresentada com a realidade atual da pena de multa no direito brasileiro, de modo a concluir que pelo fato da pena de multa neste país não atingir os direitos inatos do apenado, essa apenas pode ser enquadrada como pena sob o ponto de vista formal.

Palavras-chave: Pena de multa. Ontologia da pena. Intervenção mínima. Direitos inatos.

**Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Monitora-bolsista do Componente Curricular Direito Penal III.
E-mail:fernanda.nascimento@aluno.uepb.edu.br.Currículo Lattes: http://lattes.cnqbr/2206490521605857.

**Graduando em direito pela Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Aluno-bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/UEPB) com o projeto "Análise Crítica ao Crime de Lenocínio: Há um Bem-Jurídico a ser Tutelado?".
E-mail: iago.araujo@aluno.uepb.edu.br. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1267692688423600.

Abstract: The present article analyzes the peculiarities existing in the fine penalty in Brazil under the ontological bias of the penalty, having as legal relevance the development of a discussion about the (in)existence of a truly penal essence in the sanction of fine in Brazil in its current stage . In this bias, the problem of the study in question is: How do the normative changes regarding the fine penalty distance this penal sanction from the ontological concept of punishment by Luís Greco? To answer the aforementioned question, bibliographical research was used as a type of research, having as main theoretical bases the indoctrinators Luís Greco, Claus Roxin and Eugênio Zaffaroni. With regard to the form of this article, it is necessary, preliminarily, to approach the historicity of the fine penalty. Taking as a starting point, the respective doctrinal and legislative aspects of this criminal sanction in Brazil. In the next point, it is exposed about the socio-legal importance of the penalty, using the ontological concept of the penalty, so that it is perceived what makes the penalty become unique in law, giving rise to several legal principles. Finally, the article performs, after bringing a brief more practical concept of penalty, the confrontation between the conceptual theory of the penalty presented and how the fine penalty is shaped in Brazilian law, in order to conclude that due to the fact that the fine penalty in this country does not reach the innate rights of the convict, this can only be framed as a penalty from a formal point of view.

Keywords: Fine penalt. Ontology of penalty. Minimal intervention. Innate rights.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídico-penal é, por consectário lógico, dotada de função científica. E a função da ciência do direito nada mais é do que irradiar suas luzes ao processo de gênese e reformulação do mundo normativo. Desta forma, atua, ou ao menos tenta atuar, como limitador dos interesses políticos que não estejam em conformidade com a técnica jurídica, como é o caso da antiga criminalização da mendicância, o que constituía direito penal promocional, caracterizando clara falta de técnica jurídica por parte do legislador.

Para conquistar seus objetivos, a dogmática jurídico-penal busca conceitos e ontologias que irão nortear os criadores e aplicadores da legislação, tal qual o conceito de bem jurídico. Para tanto, antes de saber quais atitudes são puníveis, e como punir, faz-se necessário entender qual é a punição, seus limites e características únicas. No caso do direito penal, a sanção que bem deve ser delimitada é a "pena".

Se *ubi societas ibi jus, ubi jus ibi poena*. A sanção criminal, mais repressora punição do Ordenamento Jurídico pátrio nasceu e se moldou à sociedade durante a história, portanto, a evolução de uma se confunde com a evolução da outra. Partindo da vingança privada, chegamos a uma penalização com os olhos fitados para a dignidade da pessoa humana. Se outrora a pena era sinônimo de forte imposição

de poder das classes dominantes, hoje se configura como o maior meio de proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

O Direito Penal tem uma característica essencial que o faz se distinguir de outros ramos jurídicos: cuida do que a sociedade mais considera necessário à paz coletiva, e que, comumente, são atacadas com as condutas mais violentas, solucionando tais violações com a maior rispidez estatal possível – v.g. privação de liberdade – frente aos seus indivíduos. Ante sua característica diferenciadora, e até mesmo especial se comparada a outros ramos do direito, é que a consequência jurídica das criminalizações também é dotada de um conceito diferenciado, que apenas a esta seara jurídica pertence.

Norteado por uma conceituação à luz da teoria ontológica[1] de Luís Greco, o presente artigo, através de uma pesquisa bibliográfica documental, irá pôr a "pena de multa" nos moldes ostentados pelo direito brasileiro no cerne do debate sobre sua validade à luz da citada teoria, de modo que concluirá se a pena de multa brasileira está em conformidade com o conceito ontológico de pena ou se deverá sofrer alterações.

2. A PENA DE MULTA SOB ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E NORMATIVOS

Anterior a uma análise ontológica da pena de multa, faz-se imperativo que seja traçado um panorama geral acerca de como ocorre a aplicação da pena de multa no Brasil.

Nesse viés, de forma apriorística, deve-se ressaltar que o surgimento das penas pecuniárias, que tem como uma das suas espécies a pena de multa, remonta às antigas civilizações, conforme disserta Bitencourt:

> A multa, de larga aplicação na Antiguidade, ressurgiu com grande intensidade na alta Idade Média e depois foi gradualmente sendo substituída por severo sistema de penas corporais e capitais, as quais, por sua vez, cederam terreno, por volta do século XVII, às penas privativas de liberdade. (BITENCOURT, 2020, p. 1703)

1 Em breve síntese, o professor Luís Greco, catedrático da Humboldt-Universität zu Berlin, advoga que as penas (nome dado à sanção proposta pelo direito penal) têm uma natureza que as distinguem das sanções das demais searas jurídicas, qual seja, a de ameaçar suprimir direitos inatos dos indivíduos: vida, através da pena de morte; liberdade, através da pena de prisão; incolumidade física, através das penas de castigo físico. Qualquer outra sanção criminal, cujo conteúdo não ameace os referidos direitos inatos, será "pena" apenas em sentido formal. Para maiores detalhes, a tese de doutorado do professor Luís Greco: *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie.*

Em que se pese a antiguidade dessa espécie de sanção, a pena de multa propriamente dita, com o seu caráter penal consolidado, apenas ganhou especial relevância a partir do final do século XIX, em razão das lutas contra as penas privativas de liberdade de curta duração.

Ademais, para distinguir a pena de multa de outras sanções pecuniárias de caráter não penal, descreve Bitencourt que duas são as características essenciais da sanção penal em estudo: "1) a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, caso não seja paga; 2) seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do *apenado*" (BITENCOURT, 2020, p. 1706).

Entretanto, ocorre que a Lei nº 9.268/96 com o seu forte intuito de provocar a redução da população carcerária, alterou o art. 51 do Código Penal e revogou os seus parágrafos, tendo a nova redação a seguinte roupagem:

> Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (BRASIL, 1996)

A alteração em questão retirou da pena de multa, na legislação brasileira, uma das suas características essenciais, responsáveis por atribuir a tal o seu caráter penal, restando com esse atributo apenas o seu caráter personalíssimo.

De acordo, em saudosa memória, com as lições de Damásio Evangelista de Jesus (2020, p. 686), a referida alteração teve por base a seguinte fundamentação:

> (...) o não pagamento da multa atuava, muitas vezes, como fato mais grave do que o delito cometido pelo condenado. Em alguns casos, para o crime a multa era suficiente; para o inadimplemento, impunha-se resposta penal de maior gravidade, qual seja, a pena privativa de liberdade.

No que concerne a essa alteração o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicou o boletim 47 de outubro de 1996, abordando da seguinte forma:

> A modificação trazida pela nova lei teve por objetivo primordial desvincular a pena pecuniária da conversão em privação de liberdade, entendendo que a primeira denotava menor periculosidade do agente do crime e reservando a última apenas para os delitos de maior gravidade. Assim, procurou o legislador, em caso de descumprimento voluntário, submeter o apenado a processo de execução civil. (FERNANDES, 1996)

O motivo para a reforma em questão também pode ser atribuído ao que o professor Jescheck (apud BITENCOURT, 2020, p. 1711) denomina como sendo o

maior inconveniente da pena de multa:

> O maior inconveniente da multa reside no tratamento desigual a respeito de ricos e pobres; inconveniente que não se pode evitar totalmente ainda que se considerem as circunstâncias econômicas do réu e que aparecem de forma muito clara quando se impõe a prisão subsidiária pela falta de pagamento.

Em ato contínuo, ocorreu que o artigo 51 do Código Penal veio a sofrer nova modificação operada pela Lei nº 13.964/2019, conhecida vulgarmente por "pacote anticrime", passando a ter a seguinte redação:

> Art. 51 Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (BRASIL, 2019)

A retificação dada pelo "pacote anticrime" veio para sanar dúvidas concernentes à redação dada pela Lei nº 9.268/96, solucionando as controvérsias existentes quanto ao regime jurídico aplicável à pena de multa após o seu trânsito em julgado.

A nova redação dada ao art. 51 do Código Penal deixou claro que o juízo competente para a aplicação da pena de multa é o próprio juízo da execução penal, de modo que o Ministério Público passou a deter legitimidade exclusiva para propor a ação de execução da pena de multa (BRASIL, 2019).

No que concerne à prescrição nas ações de execução à pena de multa, dispõe Damásio Evangelista de Jesus:

> Quanto ao prazo prescricional, o entendimento predominante nos tribunais superiores é de que é de dois anos (CP, art. 114), embora as causas suspensivas e interruptivas da prescrição, após o trânsito em julgado da condenação, não sejam mais as do CP (arts. 116, parágrafo único, e 117, V e VI), mas, sim, as da legislação tributária (causas suspensivas: art. 151 do CTN e arts. 2o, § 3o, e 40 da Lei n. 6.830/80; causas interruptivas: art. 174 do CTN). (JESUS, 2020, p. 686)

Seguindo esse mesmo viés, será adentrado agora acerca de como se dá a cominação da pena de multa penal no Brasil. No que concerne às formas como a referida sanção penal pode-se apresentar, o parágrafo primeiro do art. 50 do Código Repressor estabelece 3:

> § 1º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:
>
> a) aplicada isoladamente;

> b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
>
> c) concedida a suspensão condicional da pena.
>
> § 2º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. (BRASIL, 1940)

Ademais, outra modalidade como a pena de multa pode ser apresentada é como substitutiva da privativa de liberdade, sendo aplicada isoladamente ou em conjunto com uma pena restritiva. Nesse sentido, tem-se que nos casos em que essa espécie de pena se apresenta de forma isolada (principal), cumulada ou alternadamente, e nos casos de *"sursis"*, permite-se que a cobrança seja feita por meio de descontos no próprio salário do apenado, respeitando o limite para que esse possa garantir para si e para sua família uma existência digna.

A multa substitutiva está regulamentada no parágrafo segundo do art.60 do CP: "A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código" (BRASIL, 1940).

Ademais, no que concerne à fixação do *quantum* correspondente a essa espécie de pena pecuniária, tem-se que o Brasil adota o sistema dias-multa, o qual apesar de ter sido declinado pelo Código Penal de 1940, retornou para a legislação pátria por meio da Reforma Penal (Lei nº 7.209/84).

No que concerne a adoção do sistema dias-multa pela Reforma Penal, versa Bitencourt (2020, p. 1720):

> Não se pode ignorar o verdadeiro sentido da adoção, pela Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84), do sistema dias-multa, o qual leva em consideração, prioritariamente, a condição financeira do infrator, e não, repetindo, a gravidade da infração penal. De notar-se que, ao contrário da filosofia do Código Penal de 1940, os tipos penais não estabelecem mais, ao lado da pena de prisão, a quantidade mínima e máxima da pena de multa, mas tão somente se lhe é aplicável esta pena ou não. Essa é outra grande demonstração da desvinculação da pena de multa da gravidade do crime e de sua metodologia de aplicação de pena. (grifos nossos).

Esse mesmo autor critica a orientação que ignora as regras específicas existentes no Código Penal para a cominação e a aplicação da pena de multa, aplicando de forma pura o sistema trifásico tradicional, descrito no art. 68 do CP (BRASIL, 1940), a pena de multa penal.

Para sustentar o seu entendimento de que a metodologia para a aplicação da pena de multa é diversa da aplicada a pena privativa de liberdade, disserta:

> Inegavelmente, os fundamentos e os elementos a serem utilizados na dosimetria da pena de multa são absolutamente diversos daqueles adotados no cálculo da pena privativa de liberdade, sintetizados no art. 68 do Código Penal, tanto que para a pena de multa não existe sequer a denominada "pena-base" sobre a qual as demais causas modificadoras da pena, relacionadas no art. 68, incidiriam. Ora, se **não existe sequer a pena base, tampouco poderá haver pena provisória ou definitiva. Essa linguagem não existe para a pena de multa dentro do sistema dias-multa consagrado pela Reforma Penal de 1984**. (BITENCOURT, 2020, p. 1720) (grifo nosso).

Nesse viés, tem-se que a partir das regras estabelecidas pelo Código Penal para a aplicação da pena de multa, pode-se estabelecer as seguintes fases:

1. Primeira fase - fixação dos dias de multa: Art. 49 do CP: "A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa." (BRASIL, 1940). Para essa fixação deve-se considerar as circunstâncias judiciais, as atenuantes, as agravantes, as minorantes e as majorantes;

2. Segunda fase - cálculo do *quantum* para cada dia multa: Art. 60 CP: "Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu." (BRASIL, 1940);

3. Terceira fase - essa só se fará presente quando o juiz verificar que, em virtude da situação econômica do réu, o *quantum* fixado seja insuficiente: Art. 60, § 2º do CP: "A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo" (BRASIL, 1940).

No que se refere à quantificação da pena de multa e à distinção desta com o modo como se dá a aplicação das penas privativas de liberdade, Bitencourt (2020, p.1719):

> Nessa linha, calha ressaltar que as agravantes e as causas de aumentos da pena de prisão referem-se somente à gravidade do crime e não à situação econômico-financeira do infrator, que é prioritária para aplicação da pena de multa, segundo a dicção do *caput* do art. 60 do Código Penal. Por isso, essas causas modificadoras da pena (gravidade do crime, circunstâncias judiciais, legais e causas de aumento ou diminuição) não podem e não devem ser consideradas individualmente na dosimetria da pena de multa, exatamente porque o sistema de seu cálculo é absolutamente distinto.

Destarte, pode-se concluir acerca da distinção da forma como ocorre a aplicação das penas de multa em relação às penas privativas de liberdade, haja vista que na primeira espécie, ao contrário da segunda, ocorre uma desvinculação da gravidade do crime com as penas a ele cominadas. Ademais, a pena de multa detém seus próprios critérios para a fixação da pena (art. 60 do CP), que se distinguem em

pontos cardeais dos critérios estabelecidos para as penas privativas de liberdade (art. 59 do CP) (BRASIL, 1940).

3. DO CONCEITO DE PENA POR UMA VISÃO ONTOLÓGICA

Vem-se debatendo que criminalização de condutas e imposição de penas é algo deveras retrógrado ao Estado Democrático de Direito (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 93 e ss.). Advoga-se que a pena é o maior instrumento para reafirmação do *status quo* do grupo dominante, além de que a ideia é sustentada pelo argumento de que o combate às causas sociais de delinquência seriam aliados a medidas conciliatórias extra-estatais e indenizações reparatórias, soluções melhores que o direito penal. Estaríamos, portanto, sendo guiados à abolição da seara mais agressiva do direito.

Porém, Roxin (2008, p. 3 e ss.) versa que as posições abolicionistas são deveras românticas para serem seguidas. Para tanto, necessitar-se-ia que através de uma utilização racional de recursos, controles de natalidade, consciência extensa coletiva, dentre outros, a sociedade atacasse voluntariamente todas as causas de criminalidade. Roxin defende, ainda, que nem com as supressões das supostas causas de delinquência poderíamos abrir mão do direito penal, visto que a criminalidade corresponde a um comportamento desviante, dentro do arcabouço típico de condutas humanas, que sempre irá existir em maior ou menor grau, dependendo das condições político-sociais da nação. Desta necessidade de um direito penal, antes mesmo de nascer Roxin, se pronunciou Tobias Barreto (1892, p.81) em publicação póstuma:

> Onde quer que um povo, pelo caminho do desenvolvimento social, tenha deixado atraz de si todas as phases de organisação pre-politica, domina o princípio de que certas condições da vida commum devem ser asseguradas contra a rebeldia da vontade individual; e o meio de segurança é a pena, cujo conceito envolve a idéia de um mal imposto, em nome de todos, ao perturbador da ordem publica, ao violador da vontade de todos.

Em verdade, os abolicionistas pretendem entregar um fardo ao direito penal que a ele não pertence. O direito penal não é mágico, por si só ele não conseguirá coibir a criminalidade, simplesmente sendo mais um meio dada para a sociedade objetivando coibir o avanço do ímpeto criminal. Desta forma, o seu caráter de *ultima ratio* não poderá ser posta de lado pela coletividade, de modo que a pena, consequência direta da criminalização de qualquer conduta, tem algo de diferente de qualquer outro ramo do direito (v.g., o direito administrativo sancionador), detendo

algo que a ele é único e não pode ser modificado. É o que passa-se a expor.

A doutrina divide-se em duas sobre qual o conceito de pena: uma teoria comunicativa e outra teoria retributiva. A função comunicativa, ou pedagógica, diz respeito ao objetivo de informar à sociedade que aquela conduta pelo agente perpetrada está em descompasso com o direito, demonstrando, com a aplicação da pena (ou censura), que a norma continua vigendo e foi rechaçado o dano ao ordenamento jurídico proposto, apelando para a razão coletiva e buscando um consenso entre seus destinatários (OLIVEIRA, 2011, p. 163).

Quanto à função retributiva, esta diz respeito a inflição de um mal ao delinquente, ou seja, a invasão do Estado a uma situação confortável ao indivíduo (HUNGRIA, 1978, p. 30 - 31). Porém, imperioso aqui destacar o fato de que, apesar destas indissociáveis funções da pena, estas não conseguem realizar a distinção entre as sanções penais se comparadas com as outras sanções do direito. Isto porque as outras searas do direito também podem infligir um mal ao indivíduo, tal qual uma execução por ação monitória, a qual está afastada do direito penal.

Não obstante, outras situações podem também comunicar censura, como o pronunciamento algo tentando fazer um consenso total, como é o caso do relatório da Comissão da Verdade no Brasil, sem que isso necessariamente se reproduza em pena, ou, mais ligado ao dia a dia do judiciário, a punição com objetivo dúplice do direito do consumidor, em que, através da ideia de *punitive damages*, o Tribunal da Cidadania compreende a sanção consumerista como função pedagógico-punitiva (FILHO, 2015, p. 333 e ss.); Greco (2019, p. 69) defende que, se a pena só pode ser imposta a alguém por algo que realmente a pessoa humana fez, ela (a pena) não pode ser reduzida à sua função comunicativa. Portanto, há algo a mais que torna a pena diferente de uma sanção administrativa, trabalhista, ou uma reprimenda pública.

Há quem defenda que um conceito inicial de pena possa derivar do critério da gravidade, ou seja, pena é considerada o que gravosamente atinge o indivíduo. Este conceito não está de todo errado. Em verdade, ele está parcialmente correto, toda pena é grave por si só. Mas, ele (o conceito em questão) goza de uma grande subjetividade, posto que o critério gravidade muito varia de indivíduo para indivíduo; como exemplo, a cassação de um visto de residência para estrangeiro (GRECO, 2019, 71 e ss.).

Carnelutti (2015, p. 18), de mesmo modo, sente a necessidade de algo mais que justifique a pena, e não somente uma retribuição:

> Mas é também certo que a relação cronológica entre dois males, mesmo quando seja necessária, não é suficiente para fazer de um desses com relação ao outro uma pena.
>
> (...)
>
> É, portanto, fácil intuir que um mal, para ser uma pena, não deve ser a respeito de outro somente um *post hoc,* porém um *propter hoc;* a relação cronológica entre eles é um aspecto da relação causal.

Ante a gravidade inerente à pena, Greco advoga que o caminho correto a se analisar é um estudo qualitativo de pena, e não quantitativo. Ou seja, não o quanto ela atinge, mas sim, o que ela atinge. Arremata o mestre: "o mal da pena atinge direitos especiais, direitos de um caráter peculiar" (GRECO, 2019, p. 72)

E estes direitos especiais são os chamados "direitos inatos", em que Bobbio os define, com fulcro em Immanuel Kant, como sendo "os que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico" (BOBBIO, 2000, p. 120). Em outros termos, os direitos inatos são aqueles que ao indivíduo pertence apenas por sua condição de ser humano. De outro norte, temos também os direitos adquiridos, os quais ganhamos ou perdemos ao longo das nossas vidas em situações distintas (BOBBIO, 2000, p. 120 e ss.), tal como a investidura em funções públicas e o patrimônio.

Os direitos inatos são, portanto, a vida, a integridade física e a liberdade. Bitencourt (2020, p. 1.306 e ss.) leciona que outrora o Estado já tocou nos direitos inatos do indivíduo através da pena de morte, castigo corporal e supressão de liberdade, de modo que hoje, em nosso Ordenamento, apenas subsiste a privação de liberdade.

Doutrina Luís Greco (2019, p. 74) que toda pena, ontologicamente, deverá ao menos ameaçar suprimir algum direito inato do indivíduo, em que hoje em dia apenas se enquadra a supressão de liberdade. Para argumentar deste modo, Greco utiliza o exemplo das contraordenações em comparação à pena de multa no direito alemão. Enquanto as multas simples das contraordenações não poderão ter substituição por privação de liberdade em caso de descumprimento, as penas de multa aceitam a pena de privação de liberdade substitutiva (GRECO, 2019, p. 73).

Buscando não pairar dúvidas, imperioso abrir parênteses para tratar sobre o que seriam as contraordenações alemãs (ou ilícitos de mera ordenação social), chamadas de "coima" em Portugal. Em grosso modo, são ilícitos não-civis que, por seu caráter desproporcional, ou seja, de bagatela, não chegam a ser penalmente relevantes, em que boa parte destes ilícitos pertenciam ao direito penal, de modo

que foram descriminalizados e punidos com uma sanção pecuniária distinta da multa (ROXIN, 2008, p. 13). Criadas para serem, em primeiro momento, um ramo acessório ao direito penal, hoje as contraordenações muito estão aproximadas do direito administrativo, passo que a entidade administrativa exerce função jurisdicional: com inquérito, instrução e decisão/cumprimento da sanção. Deste modo, em conceito tripartite, constituem o direito sancionador público o direito penal, direito das contraordenações e direito disciplinar, em que este último comumente está ligado aos funcionários públicos (ALMEIDA, 2021, p. 11 e ss.)

Sendo o maior mal suportado institucionalmente por um indivíduo em um Estado Democrático de Direito, em decorrência de ser a única autorizada a sempre ameaçar a liberdade do indivíduo, a pena perpetuamente carecerá de justificação, visto que "a liberdade se presume, a restrição da liberdade se justifica" (GRECO, 2017, p. 116). Desta forma, da ontologia/essência da pena, nascem princípios basilares do direito penal, tal qual o princípio da culpabilidade, intervenção mínima, e a ideia funcionalista-teleológica de tutela de bens jurídico-penais.

Não se pode condenar um indivíduo criminalmente por ação ou omissão sem que este tenha atuado sem dolo ou culpa, necessitando um liame psicológico, não podendo alguém ser condenado por fato causado por outrem; isto é o que conhecemos como princípio da culpabilidade (PRADO et. al., 2014, p. 112 e ss.). Ademais, não se pode condenar criminalmente um indivíduo sem que seja prolatada decisão por juiz criminal, obedecendo o contraditório e ampla defesa. Na mesma esteira, não se pode criminalizar condutas que não tutelem bens jurídico-penais, de modo que: "Busca-se, (...), no conceito de bem jurídico um critério limitador do *ius puniendi* estatal" (BECHARA, 2014, p. 352). Todas estas limitações, em que pedimos licença para não nos aprofundarmos em cada uma delas, visto não ser o objetivo do presente artigo, decorrem da força coativa e máxima punição que a pena exerce sobre os indivíduos da sociedade.

De mesmo norte, impende destacar o princípio da intervenção mínima, que é gênese da subsidiariedade e fragmentariedade. Em verdade, todo e qualquer delito corresponde a um conflito social; porém, nem todo conflito social se perfaz como delito, podendo se valer de uma solução não tão drástica quanto o direito penal. Sobre o princípio em tela, doutrina Juarez Tavares (2020, p. 86 e ss.):

> Em face disso, descortina-se o **princípio da intervenção mínima**, pelo qual o processo de criminalização tem seu limite justamente no fato de o conflito poder ser solucionado por outro meio menos gravoso.
>
> (...)

> Na intervenção mínima o que se cogita é de, ao proceder a uma análise em termos de proporcionalidade entre os fatos e as consequências que lhes são acopladas, fazer-se uma avaliação qualitativa dos meios empregados para solucionar o conflito. Nesse caso, a proporcionalidade passa a constituir um critério do qual a intervenção mínima irá se valer para excluir as soluções mais graves, caso subsistam outras menos rigorosas. (grifo do autor)

É de se assentir, pois, que ao criminalizar uma conduta em que o Estado não está disposto a encarcerar um indivíduo, não subsiste necessidade de criminalização. Se subsiste meios de penalização que não seja através do direito penal, e que surta os efeitos positivos esperados, tal qual as contraordenações, deve o Ordenamento Jurídico pátrio adotá-los, sob cristalina pena de ferir o princípio da intervenção mínima.

A primeira conclusão intermediária é: em consonância com a argumentação proposta por Roxin no início deste ponto (fl. 7) não é válido o argumento que prega o abolicionismo penal, razão que subsiste necessidade estatal mais firme para frear os impulsos humanos. Deste modo, a pena, enquanto característica única do direito penal, continuará a existir, não por acaso detém destacada função social. Portanto, torna-se necessário entender que a característica que a pena não poderá abrir mão é a de atingir / ameaçar os direitos inatos de cada indivíduo da sociedade, mostrando-se repressão de maior custo social, razão que sempre carecerá de justificação. Portanto, em não havendo, ao menos, uma ameaça aos direitos inatos, correspondente a não disposição da sociedade de encarcerar um indivíduo, o direito penal não se justifica, devendo outras searas do direito sobressaltarem, evitando vilipêndio ao princípio da intervenção mínima.

4. DA CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A IDEIA DE ONTOLOGIA DA PENA E A CARACTERÍSTICA DE PENA DE MULTA NO BRASIL

Pela ideia acima posta e capitaneada por Luís Greco, pode-se definir pena como a consequência normativa da imputação / situação normativa suportada a um agente de determinado crime, em que será aplicada após sentença judicial proferida por um juiz natural, e sempre infligirá mal ao indivíduo através de supressão de liberdade ou ameaça de supressão de liberdade, afirmando à sociedade que determinada conduta é reprovável. Em suma: só deve-se criminalizar quando a sociedade está disposta a privar a liberdade.

Fato é que o legislador pode chamar uma sanção que não atinja ou ameace direitos inatos de pena. Entretanto, plenamente estará tal nomenclatura equivocada, sendo a sanção considera "pena" apenas formalmente, mas não materialmente, ou por essência.

Retornando à pena de multa no Brasil, nota-se que o legislador brasileiro, que naturalmente já goza de atecnicidade, sequer ameaça a supressão de liberdade em caso de descumprimento da pena de multa, como outrora já ocorreu. O que há é simplesmente uma execução civil do valor arbitrado da multa. Ora, se o legislador acreditava que a privação da liberdade em muito excedia o razoável em qualquer hipótese, não mais aquela conduta deveria ser considerada crime. Com a conversão de multa em execução civil, foge-se do direito penal para a sanção do ato realizado; quanto a migração para outra seara do direito, isto já não poderia ter sido feito antes? Será que a característica de *ultima ratio* do direito penal, tão cara a este ramo do direito, está sendo aviltado? Crê-se que sim.

Greco exemplifica a ameaça de supressão de liberdade com a questão do *sursis*: "O *sursis* é uma pena pelas mesmas razões: a pena suspensa continua a ser pena porque pode a qualquer momento tornar-se atual e infligir a liberdade do afetado" (GRECO, 2019, p. 73 - 74).

Com vistas ao confronto entre a teoria cá trazida e a situação da pena de multa no Brasil, o presente artigo passa a concluir: a pena de multa aplicada ao direito brasileiro está em desconformidade técnica ao conceito ontológico da pena proposto por Luís Greco. Ainda que seja a "pena de multa" brasileira considerada como "multa" em nosso ordenamento jurídico, ela o é apenas formalmente, de modo que deve o legislador deve realizar estudos e alterações no direito positivo vigente de modo que retorne à regra anterior a 1996, ou seja, de privação de liberdade substitutiva em caso de descumprimento do pagamento da pena de multa, ou, tal qual há no direito alemão com as contraordenações, e já apresentado no ponto anterior acima, puna apenas fato delituoso com multa simples, de modo que não mais se considere pena, passo que o legislativo brasileiro fite seus olhos à técnica a dogmática jurídico-penal.

Chega-se, aqui, à segunda conclusão intermediária, qual seja: uma sanção que não suprima ou ameace suprimir direitos inatos pode ser chamada formalmente de pena, mas jamais poderá assim ser por essência; outrossim, penas meramente formais vão de encontro ao atributo de *ultima ratio* do direito penal. Observa-se atecnicidade do legislador penal brasileiro, o qual não mais permitiu converter pena de multa em pena privativa de liberdade. Portanto, necessário se faz um diálogo institucional entre o poder criador e modificador de normas penais e a academia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena de multa no Brasil vem enfrentando intensas modificações desde sua gênese, dentre essas significativas mudanças está a operada pela Lei nº 9.268/96, a qual com o seu forte intuito de provocar o desaprisionamento retirou do ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, no caso de insolvência.

Ademais, a referida alteração legislativa retirou da pena de multa uma das suas características essenciais, responsáveis por atribuir a tal o seu caráter penal. Nesse viés, o presente artigo buscou analisar a atual situação da regulamentação da pena de multa no Brasil, tendo por base o conceito ontológico de pena.

Destarte, tendo como base o conceito ontológico de pena de Luís Greco, concluiu-se que diante do panorama atual da pena de multa do Brasil, essa embora continue sendo formalmente uma sanção penal, perdeu a sua essência de pena, pelo fato de que esta não atinge, e nem sequer ameaça atingir, os direitos inatos do indivíduo.

Interessante destacar que, ao trazer no sistema jurídico-penal uma "pena de multa" que, ontologicamente, não é pena, o legislador brasileiro incorre em um grave erro, transformando o direito penal no que conhecemos como direito penal promocional, em que fins políticos são buscados através da seara mais repressora do mundo jurídico, ignorando o legislador a intervenção mínima do direito criminal.

Em nossas pesquisas bibliográficas, pouco ou quase nada se viu sobre a discussão mais aprofundada sobre essência da pena, tampouco sobre críticas (positivas ou negativas) à alteração legislativa, o que se demonstra, no mínimo, descuido a uma doutrina autoproclamada crítica. De mesma forma, este afastamento entre doutrina, academia e o poder legiferante é um risco ao estudo acadêmico da dogmática jurídico, visto que os estudiosos do direito têm função auxiliadora, como bem doutrina Roxin (2008, p. 65 e ss.):

> O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as ideias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto.

Dito isto, frisa-se a importância de pesquisas e debates como o exposto, a fim de evidenciar a necessidade de cautela legislativa no momento de alteração de normas que tratem acerca das sanções penais, não podendo essas regras serem alteradas pelo livre arbítrio do legislador, o qual muitas vezes desprovido de qual-

quer técnica, acaba provocando alterações normativas ao mero sabor da pressão popular ou apenas para ganhar crédito político, transformando o direito penal em mero instrumento de uns poucos poderosos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sara Cristina Carvalho. *Direito das contraordenações: âmbito da jurisdição*. 2021. 60 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Porto. Porto, Portugal.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito penal.* Ed. fac-similar (Senado Federal). Laemmert e C – Editores: Rio de Janeiro, 1892.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal:* parte geral, 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado de pensamento de Emanuel Kant* (trad. Alfredo Fait). 2ª ed. – São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. *Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.* Visto em: 20 dez. 2022. Disponível: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-publicacaooriginal-148882-pl.html>.

BRASIL. Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. *Altera dispositivos do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - Parte Geral.* Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9268.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.268%2C%20DE%201%C2%BA,%2D%20C%C3%B3digo%20Penal%20%2D%20Parte%20Geral.&text=%C2%A7%202%C2%B0%20Se%20o,se%20as%20circunst%C3%A2ncias%20do%20art.>.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.* Visto em: 20 dez. 2022. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>.

CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena* (trad. Ricardo Pérez Banega). São Paulo: Editora Pillares, 2015.

FERNANDES, Odmir et. al. A cobrança da multa penal (artigo 51 do CP). *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM*. Boletim 47 – Outubro/1996. Disponível em: <https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/67-47-Outubro-1996>.

FILHO, Raul Araújo. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2015. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina:* edição comemorativa 25 anos. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/

download/1117/1051>.

GRECO, Luís. Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas Jurídicas? Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade. In: GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos.* 1ª ed. - São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

_____. Por que inexistem deveres absolutos de punir. *Católica Law Review Revista Jurídica.* v. n.º 3. nov/2017. Universidade Católica de Portugal.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao código penal, volume I, tomo I*: arts. 1º ao 10. 5ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal vol 1. 37ª ed.* atual. Por André Estefam – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, TARSIS BARRETO. *Pena e racionalidade:* a função comunicativa e estratégica da sanção penal na tipologia habermasiana. – 2011. 226 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8442/1/TARSIS%20BARRETO%20OLIVEIRA%20-%20TESE.pdf>

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal* (trad. Luís Greco). 2ª ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2ª ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. Acesso em: 31 jan. 2023. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/128083/fundamentos_teoria_delito_tavares_2.ed.pdf>.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et. al. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS NA AMÉRICA LATINA

THE POLITIZATION OF THE JUDICIARY AND ITS CONSEQUENCES ON THE EFFECTIVENESS OF RIGHTS IN LATIN AMERICA

*Lucas Nepomuceno Macêdo de Deus**

Resumo: O debate acerca da efetivação de direitos é fomentado no contexto pós-redemocratização dos países latino-americanos. A partir da historiografia ditatorial intrínseca à América Latina, nota-se uma problematização na aplicação do direito, posto que houve diversos ganhos de direitos fundamentais positivados nas Constituições latino-americanas. Aborda-se, pois, a questão da hipertrofia do Judiciário na delimitação dos Poderes. Assim, foi adotado neste ensaio o modelo alopoiético de Luhmann a fim de explicar a relação do direito com a política. Ademais, é apresentado o conceito de "politização do Judiciário" e sua relação com a precariedade na efetivação de direitos no contexto da América Latina, utilizando-se de argumentos socioculturais e econômicos, alicerçados nos autores Marcelo Neves, Roberto Gargarella, Rogelio Pérez-Perdomo, Lawrence Friedman, Boaventura Santos, dentre outros. Nesse sentido, o artigo segue o método indutivo de análise quali-quantitativa, incluindo fontes bibliográficas e documentais. O ensaio tem como objetivo, portanto, compreender quais são alguns dos efeitos da politização do Judiciário na efetivação de direitos nos países latino-americanos. Por último, constatou-se a presença de prós e contras nessa relação consequencial.

Palavras-chave: América Latina. Relação direito e política. Politização do Judiciário. Efetivação de direitos.

**Graduando do 3º semestre do curso de Direito da Universidade de Brasília.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/5178008335995393. E-mail: lucas.deus90@gmail.ccm**

Abstract: The debate over the effectiveness of rights is promoted in the post-redemocratization context of Latin american countries. As from the intrinsic dictatorial historyography of Latin America, there is a problematization in the application of the law, since there were serveral gains of fundamental rights posited in the Latin americans Constitutions. Therefore, the question of the hypertrophy of the Judiciary in the delimitation of Powers is addressed. Thus, Luhmann's allopoietic model was adopted in this essay in order to explain the relationship between law and politics. In addition, the concept of "politicization of the Judiciary" and its relationship with the precariousness in the effectiveness of rights in the context of Latin America is presented using sociocultural and economic arguments, based on the authors Marcelo Neves, Roberto Gargarella, Rogelio Pérez-Perdomo, Lawrence Friedman, Boaventura Santos, among others. In this sense, the article follows the inductive method of qualitative and quantitative analysis, including bibliographical and documental sources. The essay aims, therefore, to understand what are some of the effects of the politicization of the Judiciary in the effectiveness of rights in Latin American countries. Finally, the presence of pros and cons in this consequential relationship was verified.

Keywords: Latin America. Relation between law and politics. Politization of the Judiciary. Effectiveness of rights.

1. INTRODUÇÃO

Quanto à metodologia, o presente ensaio se propõe a compreender melhor os fenômenos da politização do Judiciário e da efetivação, ou não, de direitos na conjuntura latina, bem como suas derivações e influições. Para isso, foi adotada uma pesquisa bibliográfica e documental com bases qualitativas e quantitativas, consoante uma lógica indutiva e hipotética dos dados e situações, afim de encontrar as consequências dos eventos apresentados.

A América Latina possui algumas peculiaridades quanto a seu ordenamento jurídico. Isso é motivado pelo fato de haver uma relação muito forte entre a história das nações latinas e a forma como suas instituições se desenvolveram ao longo das décadas. Apesar de possuírem particularidades em cada um desses países, é possível uma análise em conjunto desses Estados com a finalidade de se produzir um panorama geral da situação apresentada.

Assim, será exposta, no primeiro tópico deste ensaio, uma breve contextualização histórica ditatorial de alguns dos países latino-americanos e suas consequências geradas em razão do período de redemocratização dessas nações. Em seguida, haverá uma breve exposição de teorias do direito e sua aplicação ao cenário normativo-político do poder Judiciário na América Latina, visando um melhor entendimento do funcionamento das decisões jurídicas após a positivação dos Direitos Humanos nas Constituições latino-americanas.

Depois, o segundo tópico abrirá uma discussão sobre o processo de politização do Judiciário, derivado do histórico apresentado no tópico anterior. Desse modo, o conceito em questão será evidenciado por autores como Tate e Vallinder, além de se debater qual modelo teórico seria o mais adequado ao estudar o termo exibido. Outrossim, serão abordadas as causas socioculturais e econômicas da politização.

Por fim, haverá uma exposição da atual conjuntura social dos países latino-americanos e sua relação com a efetividade - ou não - dos direitos fundamentais. Em seguida, realizar-se-á uma comparação consequencial entre o processo de politização do Judiciário e a efetividade de direitos na América Latina, revelando tanto argumentos negativos como positivos acerca dessa conexão.

Notou-se, em decorrência do vínculo acima, a presença dos efeitos adversos de corporativismo judiciário e de influência partidária no Judiciário. Já quanto aos aspectos benéficos da relação discutida ao longo do artigo, são constatados a inclusão de uma perspectiva plural no processo decisório e a democratização de concepções sociais.

2. HISTÓRICO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

Ao se analisar o contexto político mundial, é expressiva a influência da Guerra Fria na segunda metade do século XX sobre os países latino-americanos. O embate ideológico-político entre as grandes potências mundiais da época, Estados Unidos e União Soviética, foi realizado colateral e indiretamente, por meio de políticas internacionais intervencionistas dessas potências em seus respectivos países aliados. Essas medidas levaram à implementação de ditaduras nas nações da América Latina, influenciando fortemente o sistema jurídico-político desses países.

2.1 CONTEXTO DITATORIAL NA AMÉRICA LATINA E CONSTITUIÇÕES NO PERÍODO DA REDEMOCRATIZAÇÃO

Sob a conjuntura internacional apresentada, a pretensão norte-americana de alcançar a hegemonia global estava comprometida pela disseminação do socialismo em detrimento do capitalismo previamente estruturado. A partir desse fato, os EUA comandaram a chamada Operação Condor, cuja finalidade era a instauração de ditaduras militares em diversos países da América Latina e controle das informações nesses Estados, com a justificativa de conter a “ameaça comunista”

(CERVEIRA, 2007). Consequentemente, países da América do Sul, como Brasil, Chile, Argentina, Paraguai, Uruguai e Peru estiveram submetidos a regimes ditatoriais em que houve extrema perseguição política e suspensão de direitos. Tem-se como exemplo o caso brasileiro, o qual, posteriormente à instalação dos militares no poder, teve as instituições e bases democráticas erradicadas à medida que os Atos Institucionais (AI's) eram decretados; o primeiro deles, AI-1, contém mecanismos de dissolução dos controles de constitucionalidade e de autonomia do Congresso na criação de emendas constitucionais e projetos de lei, além da concentração de poder no chefe do executivo:

> Art. 3º - O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição. [...]
>
> Art. 7º - Ficam suspensas, por seis (6) meses, as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade. [...]
>
> § 4º - O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame de formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, é possível constatar o fato de haver consequências sociais e jurídicas em decorrência da supressão dos poderes Legislativo e Judiciário nos processos de redemocratização emergentes em vários países latino-americanos. Na Argentina, por exemplo, houve diversos períodos em que o Estado foi controlado por militares, contudo, o momento de maior tensão política e social se estendeu de 1969 a 1983. Durante esse tempo, as radicalizações anticomunistas serviram como pretexto para o descumprimento de diversos Direitos Humanos – criados em 1948, depois do final da Segunda Guerra Mundial – com a intensificação exacerbada de perseguições políticas, desaparecimento de indivíduos e repressão extrema das Forças Armadas sobre a população argentina (SOUZA; ALVES, 2019). Dessa maneira, a *Constituición de la Nación Argentina* (1994), pós-ditadura, realiza a positivação de diversos direitos fundamentais, reivindicando a consolidação de suas bases democráticas com a afirmação desses direitos em seu primeiro capítulo, *Declaraciones, Derechos y Garantías* (ARGENTINA, 1994). Outros países latino-americanos também terão uma nova legislação constitucional no período de redemocratização (GARGARELLA, 2014), como o Uruguai, com as reformas constitucionais de 1989, 1994, 1996 e 2004 da *Constituición de la República Oriental del Uruguai* (1967) e como ocorreu no Paraguai, com a *Constituición de la República del Paraguai* (1992).

2.2. CONSEQUÊNCIAS DA POSITIVAÇÃO DE DIVERSOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Instaura-se, posteriormente à inclusão direta de vários dos Direitos Humanos nas Constituições dos países latino-americanos, um impasse de caráter principiológico, vista a novidade dos Estados em adotar normas gerais e abstratas ao lidar com os casos concretos. Desse modo, inicia-se uma discussão importante para o direito, a questão da adequabilidade das regras e princípios na sua incidência sobre os casos concretos.

Para esse debate, é pertinente a análise da conceituação do discurso de aplicação (GÜNTHER, 2004) acerca da problemática em questão. Segundo essa teoria, é necessário debruçar-se, de maneira sistemática, sobre os fatos dos casos individuais e concretos antes de selecionar qual norma será aplicada à situação. Assim, as normas válidas e *prima facie* aplicáveis serão utilizadas com o intuito de solucionar o caso, após a ponderação dos diversos fatores os quais são o cerne do litigio em questão e uma comparação entre as normas a fim de encontrar a única decisão correta (DWORKIN, 2002).

Portanto, o trabalho dos juristas ganhou maior destaque no âmbito político e social, além de contribuir para a mudança de uma perspectiva previamente adotada pelos federalistas norte-americanos - no contexto do final do século XVIII - de total neutralidade, estabilidade e autonomia própria do poder Judiciário na divisão dos poderes (MADISON; HAMILTON, 1984, p. 576-577). Essa alteração sociopolítica, devido à emergência de novos paradigmas no direito dentre outros fatores, como as transformações sociais pós-redemocratização, intensificará a atividade do Judiciário, pela sua relevância na obtenção de direitos com as súmulas vinculantes dos tribunais superiores. É de suma importância, pois, a compreensão de que a influição da política nas decisões jurídicas e na efetivação dos direitos – temáticas as quais serão abordadas nessa sequência, respectivamente, ao longo deste ensaio – possui causas multifatoriais e apenas alguns desses fatores serão objeto da pesquisa em questão.

3. POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A noção do direito como uma ciência, cujo campo é isolado e autônomo, perdeu força no século XXI. Diversos autores versam sobre a influência de inúmeros setores da sociedade em si mesmos e em outras áreas específicas. Nesse sentido, cabe a incidência dessa proposição sob o prisma do direito e da

política. A fim de compreender melhor tal ocorrência, é importante uma análise teórica da situação mencionada.

3.1 MODELOS DE ANÁLISE PARA A RELAÇÃO POLÍTICA E DIREITO

Acerca dessa temática aplicada à aproximação Direito e política, foram ponderados ambos os modelos teóricos analíticos do *campo* jurídico (BOURDIEU, 2001) e da relação sistema-meio ambiente (NEVES, 1992). Quanto ao primeiro, a especificação de campo como estrutura intrincada na sua lógica própria, com espaços limitados para diálogo entre os diferentes campos – como citado pelo autor Frederico de Almeida (2017) ao discorrer sobre a separação e relação dos campos jurídico e de poder – não seria, no ponto de vista deste ensaio, o mais adequado para entender as estruturas político-jurídicas. Já o segundo, a partir do conceito *alopoiese* na teoria de sistemas de Luhmann, consegue – de maneira consonante com a finalidade deste ensaio – incidir-se sobre a essência das expressões "politização do Judiciário" e "judicialização da política", cujas definições serão aprofundadas a seguir. Segundo Neves (1987, p. 287) acerca da acepção de *"alopoiese"* decorrente da lógica luhmanniana:

> Derivado etimologicamente do grego alo ('um outro', 'diferente') + poiesis ('produção', 'criação'), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente.

Sob essa égide, a significação acima atua como abstração auxiliar para a compreensão da realidade jurídica concreta, em que o direito, hodiernamente, passa a ser mesclado de forma indissociável com as disputas de poder. Nesse sentido, a política (meio-ambiente), enquanto macroesfera social na qual reside o direito (sistema), acabou por estruturar as características deste, tal qual a análise *alopoiética* de Luhmann já apresentada anteriormente.

3.2 CONCEITOS DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUA RELAÇÃO COM A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.

Valendo-se da perspectiva adotada no tópico 2.1, é possível compreender melhor as expressões as quais nortearão o presente ensaio. No intuito de utilizar a conceituação mais difundida, foi escolhida a concepção de judicialização da política de Tate e Vallinder apresentada a partir da tradução livre do pesquisador Alexandre Veronese (2009), a qual é dividida em duas vertentes: (1) a difusão da linguagem normativa nos espaços políticos – o denominado legalismo – (2) e a

tentativa das cortes de atuar sobre políticas públicas que não seriam de competência exclusiva do Judiciário, o chamado ativismo judicial. Segundo uma perspectiva luhmanniana, nota-se, pois, o fato de haver uma interação tão grande entre o direito e a política que não é uma tarefa simples desassociá-los na contemporaneidade.

Diante desses dois aspectos da definição acima, priorizar-se-á neste ensaio a segunda vertente apresentada na tentativa de buscar a noção de politização do Judiciário introjetada nos desdobramentos do ativismo judicial. Para a concepção de Ran Hirschl (2006; 2008) adotada por Jaccques Comaille (2007), o cerne da problemática em questão é o fato de haver uma expressiva ampliação do poder do Judiciário em detrimento de ambos os poderes Legislativo e o Executivo; visto, por exemplo, que as instituições públicas expandiram a aplicação de mecanismos para-judiciais ao lidarem com os litígios hodiernamente (COMMAILLE, 2007). No bojo das competências do Judiciário, em análise, é perceptível uma imprecisão de seus limites quanto às matérias as quais servirão como objeto de julgamento do direito. O denominado "poder neutro" e "o mais fraco dos poderes" (MADISON; HAMILTON, 1984, p. 576-577) passa a perder sentido no ensejo do Judiciário inserido no cenário latino-americano das últimas décadas. Desse modo, a expansão da materialização do direito e sua consequente fusão com o meio político afetarão, indiretamente, uma série de decisões judiciais, as quais, hodiernamente, já se derivam de um certo caráter político ao determinarem um crivo valorativo social e econômico de forma a exacerbar o espaço de discricionariedade do direito, entrando em méritos exclusivos do legislativo ou do executivo, como será entendido nos próximos tópicos.

3.3 INFLUÊNCIAS EXTRÍNSECAS AO DIREITO NA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA NO SISTEMA JURÍDICO

Por se tratar de causalidades multifatoriais, nem todos os elementos os quais corroboram a politização do Judiciário serão expostos neste ensaio. A partir desse pressuposto, foram selecionadas algumas das motivações mais relevantes ao entendimento do assunto apresentado, além de possuírem um entendimento alicerçado por diversos autores, os quais serão mencionados nas subdivisões seguintes. Assim, serão tecidos breves comentários sobre recortes específicos das temáticas escolhidas, posto a vastidão de conteúdos e interpretações dentro de cada questão.

3.3.1 Questão sociocultural

A fim de atingir os objetivos práticos desta pesquisa, far-se-á um estudo apriorístico acerca da cultura jurídica latina. O histórico de redemocratização de vários países latino-americanos – abordados nos tópicos 2.1 e 2.2 do presente ensaio – foi precedido de mudanças no judiciário e ressignificações da importância dos especialistas jurídicos. De forma análoga, dados empíricos denotam um crescimento exponencial na formação de advogados por diversos países da América Latina, no contexto da passagem dos séculos XX e XXI (PÉREZ-PERDOMO; FRIEDMAN, 2003): a Venezuela passa de 2.087 profissionais (dados de 1950) para 82.939 (dados de 2001), o Chile, de 1.475 (1950) a 11.400 (2001) juristas, e a Costa Rica, de 467 (1950) a 10.800 (2000). Tais dados embasam a teoria de que o expressivo aumento de advogados nos países latinos integrará a chamada "juridificação da sociedade" (PÉREZ-PERDOMO; FRIEDMAN, 2003).

Nesse enquadramento, é possível inferir que a linguagem normativa e o conhecimento acerca do direito foram extremamente difundidos pelos diversos setores da sociedade americana. Essa proposta, em sintonia com o panorama histórico de opressão generalizada e de luta social, evidencia o fato de os cidadãos pressionarem o poder Judiciário na tentativa de que este resguarde e afirme os direitos fundamentais positivados em suas constituições, e os indivíduos o fazem de tal sorte que atribuem juízos de valor aos processos judiciais. Isso gera, portanto, uma visão política do Judiciário, vista a caracterização dos magistrados como agentes políticos, na medida em que eles são monitorados pelas comunidades e, muitas vezes, atuam de forma a satisfazer a vontade popular. Nessa seara, o autor Alexandre Veronese (2009, p. 269), valendo-se da crítica de Maciel e Koerner ao conceito de judicialização da política de Tate e Vallinder, indica: "[...] o Poder Judiciário é um ator político. Nesse papel, ele começa a atuar da mesma forma que os outros, na ação política cotidiana".

Além disso, a população, durante o período posterior à positivação dos Direitos Humanos nas Constituições de países latino-americanos – após a Segunda Guerra Mundial e o marco da redemocratização – interpretará as instituições do poder Judiciário como meios de adquirir novos direitos. Um exemplo recente o qual destaca essa propriedade do Judiciário em atuar como agente de vanguarda na inclusão social e jurídica é o julgamento brasileiro da ADPF 132 no Supremo Tribunal Federal[1] (BRASIL, 2011), em que foram garantidos os direitos fundamentais de

1 Decisão proferida por unanimidade dos dez ministros votantes no acórdão da ADPF Nº 132/RJ, a qual gerou precedente favorável aos casais homoafetivos.

união estável a homossexuais e o seu reconhecimento como família. Sobre essa matéria, o autor Luiz Werneck Vianna (1996, p. 268) propõe:

> [...] a invasão da política pelo direito, ampliando-se a esfera da legalidade: o judiciário, por meio do controle da constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado do Legislativo, da sua formulação. De outra parte, a jurisdição passa a afetar os interesses de indivíduos e os conflitos de caráter coletivo diretamente envolvidos com a dimensão da política, território naturalmente estranho à "certeza do direito", com o que o tempo da política passa a fazer parte do direito.

Logo, as questões social e cultural influenciam, direta e indiretamente, nas decisões das cortes dos países da América Latina. A junção direito e política na contemporaneidade possui consequências tanto positivas quanto negativas para a sociedade. Tais resultados serão analisados nos tópicos subsequentes, partindo-se de hipóteses probabilísticas provenientes dos fatos apresentados.

3.3.2 Questão econômica e internacional

Na tentativa de contemplar a associação do Judiciário com a política, é primordial assimilar o elo existente entre o direito e a economia, para além do âmbito nacional, tomando como objeto de análise, também, os julgamentos em âmbito internacional entre os países do mundo, todavia, com destaque aos latino-americanos.

Em primeiro lugar, é cabível a observação em retrospectiva sobre a lógica intrínseca da economia e do direito. Conforme a perspectiva do sociólogo sueco Richard Swedberg (2005), as dinâmicas econômicas são reguladas pelo direito desde a Antiguidade, quando as relações contratuais possuíam previsão nas leis do *jus civilis* (direito civil romano). A atuação jurídica no capital de um Estado passa a ser, pois, cada vez mais presente, na medida em que o processo moderno da racionalização na área econômica no modelo capitalista tende a seguir burocracias típicas de uma dominação racional-legal (WEBER, 1950). O direito, por conseguinte, resguardaria os recursos de um país, aplicando medidas intervencionistas ou não, com a pretensão de manter o interesse de ambos os sistemas econômico e estatal.

Em decorrência da exposição acima, a professora Maria Tereza Leopardi Mello (2006) faz uma análise a respeito da vinculação de causa e efeito entre as normas jurídicas e as empresas privadas, por exemplo. Consoante a visão da acadêmica em questão, tem-se o fato de haver um controle mútuo entre o direito e a economia,

posto que este pode influir naquele e vice-versa. Por isso, é plausível presumir uma intensa afinidade entre os termos propostos. Tal conclusão permite a realização de uma inferência política sobre essa relação, visto um conflito de interesses, os quais podem assumir um viés valorativo e influenciar decisões judiciais.

Sob a visão apresentada, é concebível haver a realização de um diagnóstico relativo à perspectiva jurídica na economia internacional. Segundo Lawrence Friedman e Rogelio Pérez-Perdomo (2003) os países latino-americanos intensificaram relações financeiras e comerciais entre si, além de terem recebido investimentos de países europeus e dos Estados Unidos. O século XXI é marcado pelo processo de globalização - em que há intercâmbio econômico, cultural e social – e os Estados da América Latina acompanharão esse movimento (PÉREZ-PERDOMO; FRIEDMAN, 2003). Desse modo, foi necessário a aprimoração das atividades judicantes e sua ampliação ao âmbito internacional, com a finalidade de defender os diversos interesses nacionais na perspectiva global – tomando como destaque a esfera de negociação financeira. Nesse sentido, o direito, a política e a economia se conectam de forma a mediar os interesses internos e produzir os meios mais eficazes para atingir tais objetivos.

4. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Antes de se adentrar sobre a questão da efetivação de direitos e da análise social decorrente dessa efetivação (ou não), faz-se imprescindível a compreensão da significação do termo “eficácia”. De acordo com o constitucionalista Marcelo Neves (1994, p. 42-46), a eficácia de uma norma seria a concreção dessa legislação nos âmbitos sociais, uma plena adequação da lei - em sua forma abstrata – a um caso concreto. Posto essa definição, é válido a realização de uma investigação dessa concepção no cenário latino-americano.

4.1 A CONCREÇÃO DAS EXPECTATIVAS JURÍDICAS NA AMÉRICA LATINA: AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS SÃO EFETIVADAS?

Antes de se adentrar sobre a questão da efetivação de direitos e da análise social decorrente dessa efetivação (ou não), faz-se imprescindível a compreensão da significação do termo “eficácia”. De acordo com o constitucionalista Marcelo Neves (1994, p. 42-46), a eficácia de uma norma seria a concreção dessa legislação nos âmbitos sociais, uma plena adequação da lei - em sua forma abstrata – a um caso concreto. Posto essa definição, é válido a realização de uma investigação

dessa concepção no cenário latino-americano.

Ao selecionar a conjuntura social dos países da América Latina, nota-se, em média, uma precariedade latente em grande parte dos cidadãos desses Estados. Segundo dados da *United Nations Development Programme* (2022), o IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) de vários países latino-americanos é preocupante, como a Venezuela (0,691, posição 120º no quadro geral), a Bolívia (0,692, posição 118º) e o Paraguai (0,717, posição 105º). Baseando-se nas informações expostas, é correto inferir que a situação social nas nações latinas é precária, conquanto sejam resguardadas por suas respectivas Constituições - cuja pretensão em comum é de garantir os direitos fundamentais formalizados na positivação de suas leis. Essa afirmação pode ser conduzida segundo um prognóstico retirado do vasto campo de fatores pormenorizados os quais influenciam o baixo IDH dos países latino-americanos.

No que tange à (in)eficácia das Constituições, torna-se pertinente a ponderação sobre a teoria da constitucionalização simbólica, em que há a presunção do vínculo estrutural político-jurídico ao se realizar uma observação ou não da efetivação dos direitos na sociedade (NEVES, 1994, p. 106-107). Conforme essa proposição, entende-se o fato de as legislações dos países da América Latina possuírem caráter meramente simbólico, ou seja, dispõem de validade interna no sistema autopoiético do direito, no entanto, não contemplam as necessidades geradas socialmente, porquanto são ineficazes em sua concreção entre os cidadãos. Ainda sobre o problema da eficácia jurídica, o autor Karl Loewenstein (1976), em sua teoria da Constituição, versa acerca de uma tipificação específica de carta magna, a Constituição nominal, a qual seria prova da falha do Estado em perspectiva futura na modernidade, já que, malgrado possua validade jurídica, não goza de eficácia social. Assim, países como o Brasil, o Peru, a Venezuela, a Colômbia, o Paraguai, dentre outros, seriam detentores de Constituições Simbólicas-Nominais.

4.2 A RELAÇÃO ENTRE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA AMÉRICA LATINA.

Em um contexto de miscelânea social, característica da modernidade periférica dos países latino-americanos, há uma desigualdade intrínseca das comunidades devido à pluralidade de agrupamentos socioculturais (NEVES, 1995, p. 11-14). Nessa perspectiva, os conceitos de “subcidadão” e “sobrecidadão”, formulados pelo jurista brasileiro Marcelo Neves (1995, p. 21-23).), corrobora ao ensejo apresentado, visto a particularidade das nações latinas de possuírem disparidades eco-

nômicas e sociais exacerbadas em uma mesma localidade.

Desse modo, o denominado subcidadão não é contemplado pelos seus direitos garantidos na Constituição, devido ao fato de ser renegado ao déficit de assistência jurídica e de um preconceito estrutural-político - o qual é explicitado pela discricionariedade valorativa de certas decisões judiciais - em que o magistrado beneficiará o sobrecidadão. Tal benefício vem de uma proposição elitista, cuja decisão judicial é enviesada para garantir direitos fundamentais aos mais afluentes em detrimento dos indivíduos marginalizados. Sobre essa problemática, surge a necessidade de haver um diálogo melhor construído entre os movimentos sociais e a organização do poder político, pois, caso contrário, a forma como se dão os ganhos de direito permanecerão análogas ao paradigma político aristocrático do século XIX (GARGARELLA, 2014)

A partir desse ponto de análise, a politização do Judiciário no contexto de efetivação dos direitos pode possuir tanto uma conotação negativa quanto positiva. Sob o prisma das consequências negativas da politização, cabe tanto a análise de Neves (1995) e Gargarella (2014) acima, quanto a de Boaventura Santos (1996). Consoante os postulados desse autor, o princípio da legalidade, a separação dos poderes e a impossibilidade de se agir *contra legem* no Judiciário ficam comprometidos por influências externas (SANTOS, 1996, p. 7-8) como a própria política.

Segundo a interpretação de Boaventura, o pesquisador jurídico Alexandre Veronese (2009) salienta o perigo do corporativismo judiciário, utilizado como meio para adquirir vantagens e privilégios próprios, além da possibilidade de uma "juristocracia", conceito de Ran Hirschl (2006; 2008) traduzido pelo professor Veronese como uma problematização da influência partidária nas últimas instâncias recursais, tal qual a Suprema Corte.

De forma análoga, essa situação é percebida no Brasil, por exemplo, onde os ministros do STF são indicados pelo Presidente da República, ou seja, o chefe do Executivo. Essa prática, como objeto de estudo neste artigo, é regulada mediante aprovação do Congresso Nacional com a finalidade de manter os dispositivos constitucionais de preservação do sistema democrático. Contudo, a existência de um presidencialismo de coalizão, em que há um apoio mútuo entre o presidente e os candidatos eleitos no Congresso (LIMONGI, 2006), torna possível inferir a presença de uma influência política intrínseca no ato de nomeação dos ministros do Supremo, conquanto os magistrados não devam seguir tal viés político - proibido consoante as determinações da Constituição Federal do país. Essa situação de encontro entre os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) esclarece, no enquadramento brasileiro, o conceito de "juristocracia"

de Hirschl citado acima, posta a influência de partidos políticos no Judiciário.

Outrossim, o autor Manuel Eduardo Góngora Mera (2015) traz uma abordagem acerca de populações as quais – mesmo sendo maioria absoluta nos países latino-americanos - são marginalizadas: os povos indígenas e os afrodescendentes. De maneira análoga à definição de Neves, tais comunidades são excluídas no âmbito jurídico e podem ser classificadas como subcidadãos, posto que são lesadas de vários direitos fundamentais garantidos nas suas respectivas Constituições. Conforme expõe Gongora, há um claro favorecimento dos atores empresariais/privados em detrimento das minorias étnicas excluídas socialmente, visto uma relação histórica elitista entre tais grupos.

Não obstante, é importante compreender a existência de uma conotação positiva sobre a politização do Judiciário. O processo em apreciação detém a capacidade de democratizar as relações sociais entre as comunidades latino-americanas. Ainda acerca do fato apresentado, suscita-se um debate a fim de mencionar uma parte relevante à população dos países da América Latina: a pressão de grupos sociais ao Judiciário, com a pretensão de "avançar a agenda progressista, tendo em vista a inexorável existência de lutas políticas que envolvem o direito" (VERONESE *apud* SANTOS, 2009, p. 265). Portanto, há um reconhecimento de direitos fundamentais nas decisões judiciais alicerçadas pelas reivindicações sociais. No contexto pós redemocratização dos países latino-americanos, os indivíduos tornaram-se cada vez mais politizados - no sentido de engajamento com os procedimentos político-normativos.

Nessa seara, autores como Pérez-Perdomo e Friedman (2003) corroboram a visão de haver uma necessidade de um relacionamento vinculado dos juízes com o *rule of law* e o próprio sistema democrático com a finalidade de que os magistrados possuam uma função mais efetiva na sociedade. A temática apresentada vai ao encontro da visão habermasiana, em que seria de suma importância a "inclusão do outro", o qual será objeto de alguma legislação ou processo judicial, na formulação dessas decisões jurídico-políticas, com a finalidade de que as pautas pluralistas dos países latino-americanos sejam plenamente contempladas e concretizadas (HABERMAS, 2002, p. 287-292). Isso levaria a uma maior efetividade jurídica de direitos e à democratização de avanços sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado ao longo deste artigo, é extremamente relevante a compreensão de que o processo de politização do Judiciário na América Latina possui raízes históricas. A perspectiva da historiografia latino-americana permite o entendimento de que houve um inchaço no poder Judiciário após a positivação dos direitos fundamentais, no período das redemocratizações. Sob esse contexto, inaugurou-se o maior empecilho ao se lidar com o Direito: a aplicação de princípios a casos concretos e individuais, o que gerou uma crise nas decisões jurídicas, posto que o destaque do Judiciário levou a uma influição da política na abordagem jurídica dos magistrados.

Ademais, a pesquisa em questão adotou o modelo de sistemas luhmanniano em consonância com os autores Tate e Valinder a fim de conceituar e explicar a "politização do Judiciário". Foram selecionados os âmbitos sociológico e econômico para destacar algumas das influências extrínsecas ao sistema jurídico as quais estreitam a relação entre Direito e política, fundamentando-se em teorias do direito e nos pesquisadores das áreas escolhidas como objetos de estudo deste artigo.

Por fim, nota-se o fato de o conceito de "politização do Judiciário" ter uma relação direta com a efetividade dos direitos fundamentais nas sociedades latino-americanas. Essa situação é explicitada ao perpassar os dados da *United Nations Development Programme* (2022) os quais comprovam uma ineficácia dos direitos garantidos nas Constituições dos países da América Latina. Tal contexto de precariedade na garantia dos direitos é intrínseco à influência da política no Direito, postas as difusas consequências da politização do Judiciário. Contudo, nos últimos tópicos deste artigo, entende-se que a politização em questão possui impactos tanto negativos (corporativismo judiciário e "juristocracia") como positivos (democratização das perspectivas sociais e a inclusão de grupos marginalizados no processo decisório) para a efetividade dos direitos fundamentais nos Estados latino-americanos.

Nesse sentido, cabe destacar o fato deste ensaio ser um breve panorama acerca da problemática apresentada e ter como finalidade fomentar os questionamentos expostos ao longo deste artigo, incentivando novas reflexões e pesquisas no âmbito da efetividade social de direitos e sua correlação com a politização do Judiciário na América Latina. É necessário haver mais dados empíricos, bases qualitativas e teóricas para melhor compreender, de forma assertiva, se a politização afeta positiva ou negativamente a efetivação dos direitos fundamentais nos países latino-americanos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Constitucion de la Nacion Argentina* - 22 de agosto de 1994. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf. Acesso em: 28 de janeiro de 2023.

BOURDIEU, Pierre. *A Força do Direito: Elementos para uma sociologia do Campo Jurídico.* In: BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 209-254.

BRASIL. *Ato Institucional nº1* - 9 de abril de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 28 de janeiro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 132/RJ.* Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto [...] 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea [...] 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo "família" nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista [...] 4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família" [...]. 6. Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações [...]. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Rio de Janeiro, 5 de maio de 2011.

CERVEIRA, Neusah Maria Romanzini Pires. *Memória da dor: a operação condor no Brasil (1973/1985).* 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

COMMAILLE, Jacques. La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation: vers une théorie de sociologie politique de la justice. In: COMMAILLE, Jacques (dir.); KALUSZYSNKI, Martine (dir.). *La fonction politique de la justice. Paris:* La Découverte/PACTE, 2007, p. 295-321.

DE ALMEIDA, Frederico. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política*

das instituições judiciais. Porto Alegre: UFRGS, 2017, p. 124-150.

DWORKIN, R. M. *Levando os Direitos a Sério*. 1a edição ed. [s.l.] Mandamentos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *Constitucionalismo latino-americano: a necessidade prioritária de uma reforma política.* In: Ribas, Luiz Otávio (Organizador). Constituinte exclusive: um outro sistema político é possível, São Paulo, Expressão Popular, 2014.

GONGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialização da Discriminação Estrutural Contra Povos Indígenas e Afrodescendentes na América Latina*:* conceptualização e tipologia de um diálogo interamericano. *Quaestio Iuris vol.08, no. 02, pp. 826-858.* Rio de Janeiro, 2015.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.* Tradução de Cláudio Moltz e introdução de Luiz Moreira. São Paulo: LANDY, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política.* [s.l.] São Paulo Edições Loyola, 2002.

HIRSCHL, Ran. *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*. Annual Review of Political Science, Palo Alto, v. 11, p. 93-118, 2008; também, cf. HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide.* Fordham Law Review, New York: Fordham University School of Law, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

HUMAN DEVELOPMENT INSIGHT. *United Nations Development Programme (UNDP),* 2022. Disponível em: https://hdr.undp.org/data-center/country-insights#/ranks. Acesso em: 28 jan. 2023.

LEOPARDI MELLO, Maria Tereza. Direito e Economia em Max Weber. *Revista Direito* GV 4, v. 2, n. 2, p. 45-65, jul/dez.2006.

LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, v. no 2006, n. 76, p. 17-41, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/nec/n76/02.pdf. Acesso em: 04 abr. 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander. O Federalista nº 10, nº 51 e nº 78. In: _____; _____; JAY, John. *O federalista.* Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 147-154; p. 417-421; p. 575-582.

NEVES, Marcelo. *Constitucionalização Simbólica.* São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 106-132.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: *Anuário do Mestrado*

em Direito. Recife, n. 5, 1992, p.287.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: *Direito em Debate,* ano V, n.º 5. Ijuí: Universidade de Ijuí, 1995.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence. *Latin legal cultures in the age of globalization.* In: PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; FRIEDMAN, Lawrence. Legal cultures in the age of globalization. Stanford, CA: Stanford University Press, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português.* Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SOUSA, Paulo Henrique Jacinto de; ALVES, Rafael de Sousa. Direitos fundamentais na América Latina: Brasil e Argentina após períodos de ditadura militar. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP)*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, 2019. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38248. Acesso em: 28 ago. 2022.

SWEDBERG, Richard. Economia e Direito. In: SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica.* Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005, p. 155-199.

VERONESE, Alexandre. *A* judicialização da política na América Latina: panorama da teoria contemporânea. *Revista Escritos*, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e história.* Revista Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

WEBER, Max. *The protestant ethic and the spirit of capitalism.* Nova York: Charles Scribner's Sons, 1950.

PROIBICIONISMO E SEGREGAÇÃO: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA DO INTERACIONISMO SIMBÓLICO

PROIBICIONISM AND SEGREGATION: AN ANALYSIS BY THE SYMBOLIC INTERACTIONISM PERSPECTIVE

*Eduardo Matos Pereira**

Resumo: Este artigo qualitativo-descritivo tem como objetivo evidenciar fenômenos de criação de regras e, subsequentemente, a figura do desviante. Através de pesquisa bibliográfica, serão analisados os marcos da história do proibicionismo pelas lentes do interacionismo simbólico. de modo a confirmar a hipótese de que o discurso proibicionista funciona como instrumento de manutenção da segregação.

Palavras-chave: interacionismo; estigma; proibicionismo; racismo; drogas.

Abstract: This qualitative-descriptive article aims to highlight rule-creation phenomenona and, subsequently, the deviant figure. Through bibliographical research, the milestones in the history of prohibitionism will be analyzed through the lens of symbolic interactionism. in order to confirm the hypothesis that the prohibitionist discourse works as an instrument of segregation´s maintenance.

Keywords: interacionism; stigma; proibicionism; racismo; drugs.

1. INTRODUÇÃO

O direito, apesar de ser conceitualmente considerado por muitos teóricos clássicos um sistema fechado, sofre diversas influências extrajurídicas. Toda influência, que resulta em (des)construções, é fruto da interação entre sujeitos e, consequentemente, grupos de sujeitos. Segundo Becker (2019, p. 17): "todos os grupos sociais criam regras e tentam, em certos momentos e algumas circunstâncias, impô-las", sendo o próprio direito uma dessas possíveis formas de imposição.

**Graduando do 8° período em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/8517869980559226. E-mail: eduardomatospereira7@gmail.com.**

Uma dessas manifestações de influência e dominação é a proibição do consumo de determinadas substâncias; e a análise de parte deste fenômeno é a pretensão que vem a justificar a escrita deste artigo.

A abordagem teórica e o problema aqui escolhidos possibilitam não só esclarecimentos restritos a este eixo temático, mas também uma introdução a ferramentas de análise crítica sobre a funcionalidade dos fenômenos de criação de regras e suas justificações, que nem sempre são coerentes[1]. Tratando destas possibilidades de incoerência, no caso das drogas, veremos que os argumentos atrelados à segurança e à saúde (como justificação) não encontram pleno respaldo na realidade. Não só porque os danos da proibição são muito mais catastróficos, em termos socioeconômicos, que os da utilização de algumas substâncias — principalmente a determinados grupos, já segregados por regras e discursos anteriores —, mas também pelo fato de que, em diversos casos, os *cruzadores morais* utilizam de substâncias tão, ou até mais, danosas que as condenadas.

Depreende-se, portanto, que o artigo traz em seu conteúdo a possibilidade de verificar, pela análise de marcos históricos do proibicionismo e com casos emblemáticos de segregação pelo mesmo, a real pretensão inserida em determinados discursos e ordenamentos. Pretensão moralizante que resulta em manutenção da segregação. Há elementos que muitas vezes passam despercebidos até mesmo pelos próprios enunciadores e criadores de regras. Para a proposta do artigo é também necessária a compreensão dos conceitos de raça e correlatos, pois são eles que evidenciam os matizes da segregação, que tem como um dos instrumentos de sua manutenção o discurso proibicionista aqui analisado.

Metodologicamente, para a realização desta pesquisa qualitativa-descritiva, serão utilizadas como teoria de base as lentes do interacionismo simbólico e o método dedutivo. Associados aos métodos comparativo e histórico, esses instrumentos visam verificar a hipótese de que o proibicionismo funciona como instrumento de manutenção da segregação.

2. O MARCO TEÓRICO: INTERACIONISMO SIMBÓLICO E A CRIAÇÃO DE REGRAS

O autor Howard S. Becker (2019, p. 17), ao iniciar sua obra mais famosa, evidencia que "todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las.". Essas regras têm como objetivo definir

1 Conforme se verificará ao longo deste artigo.

as condições de possibilidade dentro de uma sociedade. Definir "X" é uma fórmula para distinguir "X" de "Y" e, consequentemente, propiciar a incidência de um juízo de valor sobre o que foi definido. O *outsider* é aquele que é tido como alguém que não se espera viver dentro dos limites impostos pelas regras criadas.

Diversos grupos consideram coisas diferentes como válidas ou não. Salienta o autor que a pessoa rotulada como *outsider* pode descumprir as regras de um grupo "A" por diversos fatores, por exemplo ao discordar delas, ou simplesmente por integrar um outro grupo, o grupo "B". Disso depreende-se que aqueles que consideram determinados indivíduos como desviantes, como sujeitos que desviam do padrão (im)posto como esperado, podem ser considerados também, em contrapartida, *desviantes.* A questão é que o conteúdo e a imposição das regras é fruto eminentemente da política, pois é a partir do conflito político-ideológico que se consolidam determinadas concepções do que é ou não (dis)funcional.

> Facções dentro do grupo discordam e manobram para ter sua própria definição da função do grupo aceita. A função do grupo ou organização, portanto, é decidida no **conflito político**, não dada na natureza da organização. Se isso for verdade, é igualmente verdadeiro que as questões de quais regras devem ser impostas, que comportamentos vistos como desviantes e que pessoas rotuladas como outsiders devem também ser encarados como políticas[3]. A concepção funcional do desvio, ao ignorar o aspecto político do fenômeno, limita nossa compreensão (BECKER, 2019, p. 22, grifou-se).

Isto posto, que a origem do desvio está nas criações sociais, é importante analisar mais um fator: a aplicação do rótulo de desviante ao indivíduo. A aplicação do rótulo de desviante é fruto de uma reação de sujeitos a esse indivíduo, uma reação originada pelo fato de que, supostamente, ele infringiu a regra imposta. Sendo assim a rotulação está condicionada à percepção dos rotuladores, portanto não se pode afirmar que o rol de *outsiders* é homogêneo.

> Como o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das reações de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes. Isto é, **não podem supor que essas pessoas cometeram realmente um ato desviante ou infringiram alguma regra,** porque o processo de rotulação pode não ser infalível; **algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter de fato infringido uma regra**. Além disso, não podem supor que a categoria daqueles rotulados conterá todos os que realmente infringiram uma regra, porque muitos infratores podem escapar à detecção e assim deixar de ser incluídos na população de 'desviantes' que estudam. À medida que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio (BECKER, 2019, p. 24, grifou-se).

Desse modo, constata o autor que se o desvio é fruto da reação à conduta de um sujeito, o grau de reprovabilidade do desvio dependerá não só das características (e estigmas) de quem o cometeu, mas também das de quem sente-se prejudicado por ele. Identifica-se um caráter dúplice para a origem do desvio, parte a) pela natureza do ato: se houve ou não infração da regra; b) Pela percepção de terceiros. Didaticamente o autor propõe a seguinte classificação gráfica:

TABELA 1 - TIPOS DE COMPORTAMENTO DESVIANTE

	Comportamento apropriado	Comportamento infrator
Percebido como desviante	Falsamente acusado	Desviante puro
Não percebido como desviante	Apropriado	Desviante secreto

Fonte: BECKER, 2019, p. 33.

Verifica-se a partir dessa classificação que até mesmo pessoas inocentes são falsamente acusadas, e vêm a sofrer as consequências dessa falsa acusação, não faltando exemplos, na crônica crua da vida brasileira, de vítimas de graves sanções, como o assassinato, provenientes de falsas imputações[2]. Portanto, como salientado, devemos avaliar o elemento que leva a essas falsas acusações, mas, também, o que leva a geração de um grau de reprovabilidade maior a determinados indivíduos que cometeram o mesmo ato, ou menos maléfico, que outros sujeitos. Para tanto abordaremos o conceito de estigma, pois é ele um dos possíveis elementos que acarretam uma percepção equivocada dos sujeitos. Um dos autores que mais forneceu elementos, de maneira sistemática, para a análise da percepção dos indivíduos, é Erving Goffman. Isso se dá quando o autor disserta sobre o conceito de estigma, fator que confere ao indivíduo estigmatizado uma inabilidade de plena inserção na sociedade. Extrai-se do *Dicionário de sociologia: um guia para a linguagem sociológica* (JOHNSON, 1997, p. 93) uma definição que oferece fácil

2 Em 2014 houve um boato, que se espalhou pela internet, de que uma mulher estaria sequestrando crianças para realizar rituais de magia negra. Em seguida, o retrato falado da suposta bruxa sequestradora passou a circular nas redes sociais, que acabou sendo associado a Fabiane Maria de Jesus. Ocorre que o retrato falado não era de Fabiane e, mais que isso, nem sequer havia de fato uma bruxa sequestradora; tudo foi fabricado (FREITAS, 2017, p. 150).

compreensão do conceito:

> O **estigma é um rótulo social negativo que identifica pessoas como desviantes, não porque seu comportamento viole NORMAS**, mas porque elas têm características pessoais ou sociais que levam outras pessoas a excluí-las, Indivíduos obesos, com defeitos físicos ou desfigurados (sobretudo no rosto) não violaram normas, mas frequentemente são tratados como se o tivessem feito. Esse fato aplica-se também aos que são identificados como homossexuais, doentes mentais ou infectados pelo vírus da AIDS, ou parentes de alguém que seja um traidor ou assassino que violou normas importantes. O estigma também pode ser aplicado a grupos minoritários, tais como *negros*, judeus e mulheres, cujo único crime consiste simplesmente em fazer parte de uma categoria social estigmatizada (grifou-se).

Goffman, ao tratar o estigma, o subdivide em três categorias[3], que são, inclusive, exemplificadas no fragmento supracitado. A primeira seria marcada pelas imperfeições físicas, sejam elas de qualquer natureza. A segunda categoria de estigma fixa-se pelas culpas de caráter individual, como exemplo temos o que poderíamos classificar como desonestidade; ou seja: geralmente fatores atrelados à subjetividade que são associados àquele indivíduo pelo relato de terceiros. O terceiro tipo, que mais nos interessa, é o estigma tribal de raça, nação e religião (GOFFMAN, 1988, p. 14). Esta terceira classe de estigma é fomentada e criada pela perpetuação de práticas racistas, perpetuação dada pelo caráter estrutural do racismo, o qual veremos em tópico posterior.

3. A GÊNESE DO PROIBICIONISMO MODERNO

Para que haja a formulação de uma política que condene uma prática, tal qual a antidrogas, vimos que se faz necessário um discurso e formulação de regras que estimulem a estigmatização e classificação do que é reprovável ou não em uma sociedade, no caso das drogas não seria diferente. A formulação dos juízos de valor sobre as substâncias psicoativas é longa e cheia de proibições e legalizações, idas e vindas da positivação, marcadas fundamentalmente pela preocupação moral e interesse de dominação de determinados grupos.

3.1 AS PROIBIÇÕES AO LONGO DA HISTÓRIA E NO CONTINENTE AMERICANO

3 Dadas as limitações paradigmáticas, temporais e de repertório, a inabilidade do autor em verificar mais que 3 categorias de estigmatizados não é problemática, afinal é uma classificação seminal, e não exaustiva.

Henrique Carneiro (2018a), historiador que se dedica a pesquisar esse estrato historiográfico, evidencia que as regras de proibição do uso de múltiplas substâncias de diversas naturezas são verificáveis em inúmeros contextos históricos. Nesses diversos momentos verifica-se como argumento justificante para regulamentação especial das drogas os seus supostos danos potenciais[4]. O que não impede, como veremos, que as substâncias atiradas à condição de marginalidade sejam comercializadas. Destaca o autor a potencialidade mercadológica de produtos associados a alteração em algum nível da condição de sobriedade do sujeito:

> Antidepressivos ou sedativos, ansiolíticos ou estimulantes, remédios ou bebidas, fumaça, líquido ou sólido, seus empreendedores florescem. O mercado farmacêutico brasileiro tem uma projeção de crescimento de 12,7% entre 2012 e 2017, bem acima da previsão de crescimento global de 7%, se constituindo em um dos principais mercados emergentes desse ramo, denominado pela expressão *pharmeging*. A maior empresa do Brasil é comerciante de bebidas alcoólicas. O maior exportador de tabaco do mundo também é o Brasil. Somos global-players desse mercado psicoativo, desse "capitalismo límbico" da revolução psicoativa [...] (CARNEIRO, 2018a, p. 17–18).

Muito embora a história das drogas seja extensa, nosso enfoque, no entanto é a análise do proibicionismo moderno, desenvolvido principalmente nas américas, pois é ele que gestará a política antidrogas vigente, a qual perpetuou-se mundialmente, causando diversos efeitos no panorama brasileiro. Como marco desse movimento temos a 18ª Emenda à constituição dos EUA, a lei-seca, que teve como alvo a tão popular bebida alcoólica. Evidenciou-se que a aprovação desse material legislativo foi fruto do esforço de coerção, por parte da classe média rural americana, imbuída de concepções puritanas, de hábitos e valores ligados a outras camadas, tipicamente urbanas e proletárias das mais diversas matrizes religiosas como judeus e católicos, ou, até mesmo, laicos (CARNEIRO, 2018b, p. 41).

Esse empenho coercitivo, que foi cristalizado com o *Volstead Act* no congresso americano, inaugurando a proibição da fabricação, distribuição e venda de bebidas (salvo a produção de álcool para fins religiosos e industriais), remonta ao início do século XIX, com o *Movimento pela temperança*. Esse movimento, que originariamente pregava abstinências das mais diversas a seus integrantes, transformou-se em um movimento militante pela imposição dessas práticas através de lei federal (CARNEIRO, 2018b, p. 43).

4 Argumento justificante que, como veremos, não é a verdadeira razão de ser da proibição, tendo em vista que diversos produtos também são extremamente danosos e não sofrem tamanha represália.

Merece destaque, ainda, o fato de que não só nas matrizes religiosas americanas e britânicas encontravam-se *falangistas da sobriedade,* mas também na classe médica, comprometida com os ideais ascéticos em relação à classe operária. Trabalhadores impregnados pelos males morais e físicos são menos suscetíveis aos altos níveis de produtividade demandados no contexto de capitalismo industrial (CARNEIRO, 2018b, p. 43). Associava-se ao álcool, pelos corpos médicos, o aumento da perpetuação das doenças venéreas, como exemplo a sífilis que acometia considerável parcela da população mundial. Com essa miscelânea entre moral religiosa e preocupações chanceladas por grupos de prestígio detentores de capital cultural (classe médica), ocorre, no começo do século XX, a consolidação da ideologia da eugenia, que afirma como sintoma da degeneração da raça o consumo de substâncias que inibam a razão; razão e pensamento que desde as enunciações cartesianas *(cogito ergo sum)* são referência para os padrões de normalidade humana e sua distinção em relação ao não humano (FERRAREZE FILHO, 2021, p. 41). A consciência como característica necessária aos sujeitos integrantes de um grupo social.

Muito embora o crescimento dos movimentos pela abstinência, em diversos matizes e níveis de abstenção, tenha culminado em positivações como a 18ª Emenda, jamais dissolveu-se o hábito de consumo de bebidas alcóolicas, e muito menos seu comércio, agora delegado a clandestinidade ou a brechas legais. Um exemplo deste segundo caso é a solicitação, por parte de 57 mil farmacêuticos de Chicago, de licenças para a produção de bebidas medicinais, tendo em vista que, legalmente, estas podiam conter álcool em sua formulação. A política desastrosa não só foi completamente falha em termos de redução do consumo de bebidas, como também ocasionou conflitos entre policiais e *gangsters*, sendo Al Capone uma das figuras mais destacadas desse período.

Inaugurou-se para o comércio clandestino de bebidas um aparato logístico gigantesco, que foi desde a criação dos *speakeasies* (bares ilegais) a estruturas de distribuição, aumentando exponencialmente os índices de criminalidade. Índices que se elevaram não só pelas novas estruturas tidas como antijurídicas, mas também porque diversos cidadãos passaram a ser classificados pelos institutos jurídicos de seu país como criminosos, simplesmente por terem como hábito o consumo reiterado, por múltiplas gerações, de determinado tipo de substância, nesse caso o álcool.

Este panorama só foi alterado após a recessão que culminou na quebra da bolsa de 1929, tendo em vista que o mercado de bebidas alcoólicas (e suas possíveis tri-

butações) começou a ser percebido como instrumento relevante para a recuperação econômica. Neste fracasso iniciado nos EUA, há o retrocesso do proibicionismo em relação ao consumo de álcool, mas em momento posterior a lógica proibicionista buscou outros alvos para se articular em torno. Dessa vez de maneira mais sofisticada e em campanhas internacionais conjuntas.

3.2 O PROIBICIONISMO E OS NOVOS ALVOS

Com políticos conservadores americanos, tais quais Richard Nixon, atualizou-se um discurso que emergiu nas américas na passagem do século XIX para o XX, o chamado proibicionismo. Nas palavras de Labate e Rodrigues (2018, p. 69–70):

> O movimento que levou um considerável número de substâncias psicoativas da desregulamentação à ilegalidade foi possível pela conjunção de alguns fatores, dentre eles o moralismo, o racismo e o despontar de novas tecnologias de governo dos indivíduos e populações. Em poucas décadas, 'um problema das drogas' foi identificado, deu vazão a leis penais fez com que se agigantassem os aparatos repressivos estatais, promoveu a elaboração de um regime internacional de controle de drogas e viu despontar, contraditoriamente, um grande mercado ilegal de características transnacionais e dimensões mundiais: o narcotráfico.

Para os autores, esse *revival* do enfoque em uma pauta contra as drogas, que já estavam classificadas como ilegais, deu-se pelo papel que elas ocupavam nas práticas de contestação moral nos movimentos de contracultura. Porém, salienta-se que essa retomada discursiva se deu de maneira extremamente violenta. A retomada não se destinava à mera proibição, tendo em vista que já eram ilegais, mas sim a travar uma guerra contra elas. Questiona-se, porém, com os resultados numéricos provenientes dessa guerra, se os inimigos dessa batalha são as drogas/substâncias (FERRUGEM, 2019, p. 22) ou aqueles que as usam.

Para os cruzadores morais, no caso das drogas, seriam elas as inimigas, e a guerra é travada debaixo dos estandartes da segurança e saúde pública. A adesão a essa guerra, reanimada no começo dos anos 70 pelo conservadorismo ianque, encontra extensa cristalização na promulgação, em 2006, da Lei nº 13.343 que dispõe em seu artigo segundo sobre a tônica proibitiva:

> Art. 2º Ficam **proibidas**, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso (BRASIL, 2006, grifou-se).

Muito embora a legislação emergente em 2006, em comparação com a Lei nº 6.385 de **1976**, tente ofertar avanços no que tange à diferenciação entre usuários e traficantes, com o intuito claro de minimizar o impacto criminalizante, não oferta objetividade em sua proposta. Fato verificável pela imensa listagem de condutas constantes no tipo penal de tráfico de drogas, das quais destacam-se algumas ações nele constantes que são comuns aos usuários:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, **trazer consigo, guardar,** prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
>
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
>
> I - Importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
>
> II - Semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
>
> III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
>
> IV - Vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente (BRASIL, 2006, grifou-se).

Posto isso, e tratada até aqui a criação de regras e a figura do desviante, tratado o estigma como fator subjetivo para a) desmoralização, fragilização e imputação de desvios inexistentes aos sujeitos; ou b) fomento de novas criações de regras pautadas por esses estigmas, analisar-se-á o principal tipo de estigma na conjuntura brasileira.

4. O BRASIL (RACISTA) E AS DROGAS

Para a compreensão de qualquer temática contemporânea, faz-se necessário

o entendimento do conceito de raça e racismo (ALMEIDA, 2019, p. 20) com o direito, sua linguagem fundante e política de drogas, dela resultante, não seria diferente. No que tange à hipótese que guia este artigo, de que a política de drogas funciona como instrumento de manutenção da segregação, este entendimento é essencial; afinal fenômeno enquadrado no conceito de raça está presente segregação brasileira, que tem como vítima evidente, desde os tempos coloniais, a população negra.

4.1 RACISMO E RAÇA

Afirma Almeida (2019, p. 31) que o conceito de raça é essencialmente político, trazendo como exemplo, em seu livro, os horrores perpetuados na Alemanha nazista. Sendo então um fenômeno político, devemos analisar o que enseja o problema que, em parte, está nos padrões dados pela *razão* e *civilidade* iluministas, que tem entre estes padrões a valorização da razão, que é utilizada como argumento antidrogas.

Esse conceito de civilização, baseado unicamente em aspectos tipicamente europeus, levou ao colonialismo e técnicas de dominação dos povos com características distintas das do velho mundo. Um exemplo flagrante disso é que os mesmos grupos sociais que celebraram em 1789 a Revolução Francesa e a deposição da tirania, rechaçaram a partir de 1791 a Revolução Haitiana, que destituiu a tirania colonial (ALMEIDA, 2019, p. 27–28). Mostrando que na verdade os padrões de razão burguesa não estão preocupados com a igualdade além da jurídica-formal, e muito menos com a tirania de fato, mas com quem a exerce. Sendo então gestada essa noção de raça como elemento de diferenciação entre grupos humanos, classificação que surge com a possibilidade de incidência de juízos de valor, temos a ela associados dois fenômenos, o preconceito e a discriminação. O preconceito é o juízo de valor acima afirmado, que pode ou não resultar em discriminação, que por sua vez é a conferência de tratamento diferenciado a indivíduos identificados como integrantes de determinada raça (grupo social). O racismo é por definição:

> uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em **desvantagens** ou **privilégios** para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam (ALMEIDA, 2019, p. 32, grifou-se).

Quando se afirma o surgimento de desvantagens ou privilégios, nota-se o caráter intergeracional do racismo. Influenciando filho-após-filho as possibilidades de existência do sujeito e, consequentemente, segregando os grupos sociais. De-

legando aos grupos segregados um espaço de subalternidade, de forma que é fundada então a estratificação social moderna, a qual não se dá para analisar única e exclusivamente pelo capital financeiro do indivíduo, mas também pela raça de seu grupo, por isso a importância das questões de raça (e gênero) na análise moderna, justamente por seu caráter de entranhamento nas estruturas, sua sistematização:

> o racismo que se materializa como discriminação racial – é definido por seu **caráter sistêmico**. Não se trata, portanto, de apenas um ato discriminatório ou mesmo de um conjunto de atos, mas de um processo em que condições de subalternidade e de privilégio que se distribuem entre grupos raciais se reproduzem nos âmbitos da política, da economia e das relações cotidianas. O racismo articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc. – e/ou à definição de estabelecimentos comerciais e serviços públicos como escolas e hospitais – como de frequência exclusiva para membros de determinados grupos raciais, como são exemplos os regimes segregacionistas dos Estados Unidos, o apartheid sul-africano e, para autoras como Michelle Alexander e Angela Davis, o **atual sistema carcerário estadunidense** (ALMEIDA, 2019, p. 34, grifou-se).

No fragmento acima temos a menção ao sistema carcerário, que é marcadamente preenchido pela população negra. Essa lotação tem como um de seus fatores o estigma de raça e consequente atribuição de caráter desviante. Verifica-se ainda que enorme parcela dos delitos que levam a este encarceramento é atrelado ao universo das drogas.

Esta flagrante faceta da segregação pelo sistema carcerário é amplamente analisada por Angela Davis (2018, p. 108), que afirma a necessidade de postura combativa em relação a este panorama: "os ativistas devem levantar questões difíceis sobre a relação entre o capitalismo global e a disseminação de prisões que seguem o modelo dos Estados Unidos por todo o mundo".

4.2 RACISMO ESTRUTURAL

O grande esforço da obra de Silvio Almeida (2019) é afirmar teoricamente que o racismo tem concepção estrutural, e não meramente individual ou institucional, como se concebia no passado. A concepção institucional veio a substituir a individual no sentido de que afirma que a presença do racismo está não só nas ações e desígnios individuais, mas também na pluralidade. Age em grupos por grupos e, também, por instituições. A verificação disso não é tão óbvia, pois as pessoas, marcadas pela concepção individualista, acreditam que o racismo está dado de maneira direta, na ofensa verbal, na agressão direta, individual, esquecem do que é feito por mera replicação de comportamentos e das enunciações. Esquecem de

que o eu não é nem mesmo senhor de sua própria casa (FREUD, 2014 p. 310). A concepção institucional demonstra a possibilidade do racismo indireto, que não é menos maléfico, muito pelo contrário, por sua mais complexa apreensão, torna-se mais propenso ao escape e efetivação de seus efeitos. Um exemplo disso é a majoritária composição masculina branca nos espaços de poder, que se dá justamente pelo caráter institucional de manutenção do *status quo*. *Status quo* que é estratificado, pois, como afirmado anteriormente, oferece diferentes níveis de oportunidade. Versa Almeida (2019, p. 41):

> Assim, o domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas – por exemplo, diretoria de empresas depende, em primeiro lugar, da existência de **regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres**, e, em segundo lugar, da inexistência de espaços em que se discuta a desigualdade racial e de gênero, naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos (grifou-se).

Tendo em vista que as instituições são a materialização do que se considera adequado/funcional, em termos organizacionais, para determinada sociedade, depreende-se que as instituições são racistas pois a estrutura social que chancela, formula e ocupa o espaço institucional é racista. "As instituições são racistas porque a sociedade é racista." (ALMEIDA, 2019, p. 47) de modo que se as instituições não se ocuparem diretamente, de maneira refletida, em combater o racismo, estarão somente reproduzindo a lógica racista vigente. Trabalhando para sua manutenção.

A política de drogas é um exemplo disso, afetando drasticamente a composição do perfil carcerário e retroalimentando a percepção já altamente estigmatizante (racista) da população média brasileira. Nesse sentido, afirma Angela Davis (2018, p. 32-33):

> A racialização do crime –a tendência a 'imputar crime a cor', para usar as palavras de Frederick Douglass –não diminuiu conforme o país foi se livrando da escravidão. Uma prova de que crime continua a ser imputado a cor está nas muitas evocações de 'perfil racial' em nosso tempo. É fato que é possível se tornar alvo da polícia por nenhuma outra razão além da cor da pele. Departamentos de polícia em grandes áreas urbanas admitiram a existência de procedimentos formais destinados a maximizar o número de afro-americanos e latinos detidos –mesmo na ausência de causa provável.

Importante agora analisar especificamente o perfil carcerário brasileiro, que, por seus números, evidencia a materialidade das afirmações efetuadas até aqui.

4.3 O ESPELHO DO RACISMO NO BRASIL: PERFIL CARCERÁRIO BRASILEIRO

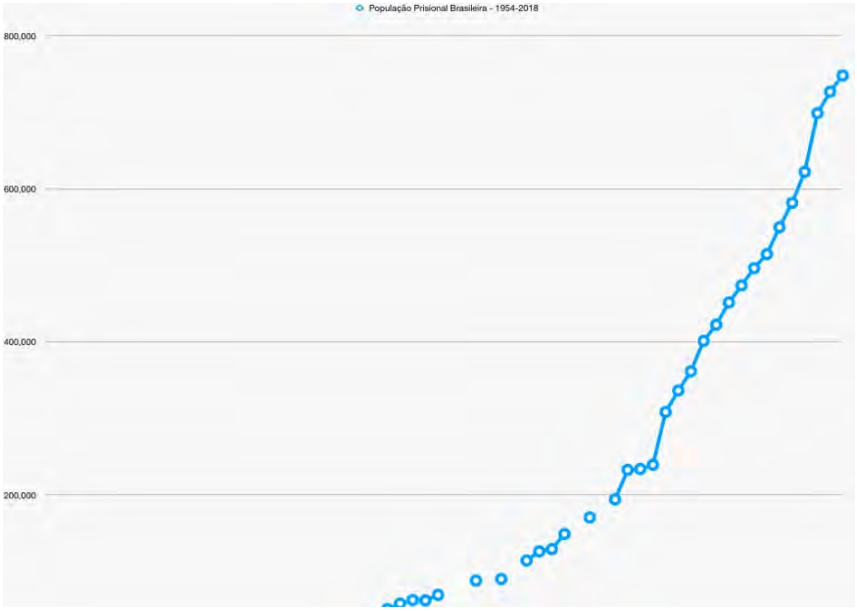
Todos os grupos sociais utilizam-se de substâncias tidas como ilícitas, todavia, so-

mente alguns sofrem de maneira significante as consequências de suas condutas, graças aos estigmas associados aos sujeitos e aos grupos que compõem. A maior evidência disto encontra-se no perfil carcerário brasileiro. Sobre a população carcerária em si e os dados prisionais no âmbito internacional, afirma Fernando Antunes Soubhia (2021):

> O Brasil possui a terceira maior população prisional do mundo, mas, contudo, entretanto, isso é um reflexo do fato do Brasil possuir a sexta maior população do mundo. Com efeito, o silogismo está correto quanto aos números absolutos. Mas é importante destacar que **a população prisional brasileira é a única entre as tops mundiais que ainda cresce em ritmo acelerado** [...]. O Brasil, por sua vez, mais do que dobra sua população prisional a cada década e está no caminho de repetir essa estatística (grifou-se).

Para facilitamento da mensuração do crescimento supracitado, dispõe-se aqui do seguinte gráfico, encontrado no texto referenciado, resultante dos dados providos pelo IBGE e INFOPEN, sobre a população carcerária no lapso temporal de 1954 até 2018:

FIGURA 1 – População prisional brasileira 1954-2018. Fonte IBGE e INFOPEN



Fonte: SOUBHIA, 2021.

Torna-se evidente que o crescimento da população carcerária tem o começo de sua guinada a partir da década de 70, com o giro punitivo baseado em uma retórica moralista, encontrando seu *boom* no Brasil justamente na década de 90, por

múltiplos fatores, dentre eles a expansão da chamada *Guerra às Drogas* (SOUBHIA, 2021). Realidade que alcança elevadas progressões graças ao salto do número de presos por crimes relacionados a entorpecentes de 31.520 em 2006 para 151.782 no ano de 2016, alcançando a porcentagem de 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento até a data Junho de 2016 (BRASIL, 2017, p. 43) população carcerária que se eleva e com um perfil específico: majoritariamente negro. O relatório de levantamento de informações penitenciárias constata que:

> A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, podemos afirmar que **64% da população prisional é composta por pessoas negras.** Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a **parcela negra representa 53%, indicando a sobre-representação deste grupo populacional no sistema prisional** (BRASIL, 2017, p. 32, grifou-se).

Verifica-se, assim, a manutenção de uma posição de subalternidade da população negra. Conforme afirmado em tópico anterior, o racismo é marcado por "regras e padrões que direta ou indiretamente dificultem a ascensão de negros e/ou mulheres" (ALMEIDA, 2019, p. 41). A formulação de tipos penais e políticas criminais não criteriosas, que se pauta não necessariamente em critérios objetivos de organização socioeconômica em nível democrático, mas na moral de grupos específicos, e, portanto, deixando de observar as necessidades das demais populações constantes no âmbito nacional, populações que se encontram em histórica situação de desigualdade, é sim um mecanismo de manutenção da segregação.

4.4 CASO ANÁLOGO: JUDEUS, COCAÍNA E MORFINA

Como afirmado com os números consequentes do proibicionismo, esse discurso é um instrumento de manutenção de segregação e, evidentemente, não só no contexto fático brasileiro, mas também em outros panoramas aviltantes como a Alemanha sob o governo de Hitler, marcada pelo genocídio da população judia. Verificam-se padrões políticos semelhantes (resguardadas as condições temporais e os elementos necropolíticos[5] verificáveis em cada caso) aos enunciados em relação a população negra: uma estigmatização da raça, percepção negativa, formulação de políticas e regras moralistas e, graças a estigmatização, verificação de desvio, seja em a) comportamento apropriado segundo regra, mas que é

5 Necropolítica é a definição dada pelo pensador Achille Mbembe (2018) ao uso do poder social para designar quem deve viver ou morrer na sociedade capitalista.

falsamente acusado graças ao estigma; b) seja pelo fato de que a regra foi feita, mesmo que indiretamente, para atingir as condutas dos integrantes daquele grupo estigmatizado.

Umberto Eco (2021), autor com uma obra que se estende da semiótica ao romance, teve conferência proferida na Universidade de Bolonha convertida em texto com o título de *Construir o inimigo.* Nesse texto, o autor executa uma genealogia da construção desses sujeitos tidos como inimigos ao longo da história. O texto é iniciado a partir da pergunta de um taxista, paquistanês, em Nova Iorque, sobre qual o povo inimigo do autor, que, por sua vez, é italiano. Após descer do veículo, o autor reflete que "os inimigos são *diferentes* de nós e se comportam conforme costumes que não são os nossos" (ECO, 2021, p. 13), afirmação já descrita ao longo deste artigo. O autor elucida que o exemplo mais óbvio de *diferente* é aquele que é estrangeiro, mas que nem sempre o inimigo é de fora. Muitas vezes integra a mesma nação, tal qual os estratos sociais brasileiros, ou, conforme o exemplo do italiano, guelfos contra gibelinos, nortistas contra sulistas, fascistas contra *partigiani,* máfia contra Estado etc. (ECO, 2021, p. 12). Reforça o semiólogo:

> Contudo, desde o início, são construídos como inimigos nem tanto os diferentes que nos ameaçam diretamente [...], mas aqueles que alguém tem interesse em representar como ameaçador, ainda que não ameacem diretamente, de modo que não temos o seu potencial de ameaça ressaltando sua **diversidade, mas antes a sua diversidade tornando-se sinal de ameaça** (ECO, 2021, p. 13, grifou-se).

Um dos povos explicitamente mais vitimados pela sua diferença, e estigmatização subsequente, não só na Alemanha nazista, mas ao longo de toda sua história, são os judeus. As representações deste estigma podem ser encontradas no cristianismo, na ópera wagneriana, no *Mercador de Veneza* de Shakespeare e em diversos outros *standards* culturais. Essa estigmatização, que resultou no exacerbado antissemitismo *nazi*, teve como contribuição ideológica a já citada eugenia e instrumentalização na lógica antitóxicos. Norman Ohler (2017), na obra documental *High Hitler*[6]*:* como o uso de drogas pelo *Führer*[7] e pelos nazistas ditou o ritmo do *reich*[8], dissertou sobre a diferença em relação a abordagem do uso de drogas na

6 Trocadilho com a saudação heil e a expressão inglesa high que, por sua vez, significa chapado.

7 Expressão alemã que faz menção ao papel de "condução" e "liderança". Utilizada largamente por nazistas como menção a Hitler no contexto histórico assinalado.

8 A palavra reich, que significa "reino"/"império" era utilizada simbolicamente pela ideologia nazista com o intuito de fomentar os ideais expansionistas alemães. Fazendo referência a outros períodos nos quais a

Alemanha pré e durante a guerra. Enquanto o exército consumia e produzia, em escala monumental, metanfetamina para consumo em campanha, caçavam aqueles que consideravam degenerados pelo consumo de tóxicos. Relata o autor:

> Erwin Kosmehl, Hauptsturmführer, comissário de polícia e, a partir de 1941, diretor da Central do Reich para o Combate de Delitos Relacionados às Drogas, estava alinhado a essa diretriz ao afirmar que, no comércio internacional de drogas, 'os judeus ocupam uma posição extraordinária'. Seu trabalho consistiria em **'neutralizar os criminosos internacionais, que frequentemente tinham suas raízes no judaísmo'**. O Departamento de Polícia Racial do NSDAP defendia que o caráter judaico seria em si dependente de drogas: **o judeu intelectual** de cidades grandes preferiria a **cocaína** ou a **morfina** para tranquilizar seus 'nervos sempre excitados' e lhe dar uma sensação de segurança interior. Havia boatos de que 'o morfinismo [...] era excepcionalmente frequente' entre médicos judeus (OHLER, 2017, p. 40, grifou-se).

O aparato nazista não só tratava de efetuar operações policiais-militares, como as acima citadas, mas também divulgava larga propaganda antissemita às crianças de seu povo, com o intuito de manter a intergeracionalidade da segregação, ou seja, a preservação de uma estrutura racista. Extrai-se de Ohler (2017, p. 40):

> No **livro infantil** Der giftpile [O cogumelo venenoso], os nacional-socialistas uniam suas imagens de inimigos, a droga e o judeu, em uma propaganda higienista-racial, divulgada nas escolas e nos jardins da infância do Reich. A história era exemplar e a mensagem, evidente: **os perigosos cogumelos venenosos tinham que ser excluídos** (grifou-se).

5 CONCLUSÃO

Após a exemplificação de que a percepção de terceiros acerca do indivíduo é fator relevante para a caracterização do que tratamos como desvio, seja a) pela imputação de um desvio inexistente, ou b) pela criação de regras que caracterizarão o sujeito como desviante; após a enunciação de que o estigma, entre eles o racial, é um dos fatores que oferece distorções na percepção dos sujeitos; após a listagem dos principais marcos do proibicionismo, e a influência de discursos moralizantes, evidencia-se que as políticas de drogas funcionam como elemento de manutenção da segregação ao alimentarem a estruturalidade do racismo. Estruturalidade que ocasiona múltiplos problemas.

região germânica foi sede de impérios.

Conclui-se, portanto, que para que ocorram processos de transformação socioeconômica, para melhoria das condições de existência dos integrantes da sociedade brasileira, independentemente de sua na mesma, faz-se necessária uma criteriosa análise de cada política criminal; e, após sua implementação, uma verificação de seus resultados. Afinal as políticas criminais, e seus discursos fundantes, são fatores determinantes na formulação ou destruição de novos caminhos, tanto na subjetividade, quanto na materialidade, de um país que se pretende ser.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. 1. Ed. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders:* Estudos de sociologia do desvio. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BRASIL. DEPEN. INFOPEN (2017). *Levantamento nacional de informações penitenciárias* – Atualização: Junho 2016. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016. Acesso em 27 de dez. de 2021.

CARNEIRO, Henrique. *Drogas:* A história do proibicionismo. 1. Ed. São Paulo: Autonomia literária, 2018a.

CARNEIRO, Henrique. As origens do abstencionismo e da proibição do álcool na historiografia estadunidense e alguns reflexos no Brasil. In: LABATE, B. C.; RODRIGUES, T. (Org). *Política de drogas no brasil:* conflitos e alternativas. 1. Ed. São Paulo: Mercado de letras, 2018b.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* 1. Ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

ECO, Umberto. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais.* 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.

FERRAREZE FILHO, Paulo. *Curso de psicologia do direito.* 1 Ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

FERRUGEM, Daniela. *Guerras às drogas e a manutenção da hierarquia racial.* 1. Ed. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FREITAS, Eliane Tânica. *Linchamentos virtuais:* ensaio sobre o desentendimento humano na internet. Revista Antropolítica, Niterói, v. 42, p. 140-163, 1° Sem 2017.

FREUD, Sigmund. *Obras completas, volume 13*: Conferências introdutórias à psicanálise (1916-1917). 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GOFFMAN, Erving. *Estigma:* Notas sobre a manipulação da personalidade deteriorada. 4. Ed. Rio de janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de sociologia:* guia prático da linguagem sociológica.

Tradução de Ruy Jungmann. [S.l.]: Zahar, 1997.

LABATE, Beatriz Caiuby; RODRIGUES, Thiago. Proibição e guerra às drogas nas américas: um enfoque analítico. In: LABATE, B. C.; RODRIGUES, T. (Org). *Política de drogas no brasil:* conflitos e alternativas. 1. Ed. São Paulo: Mercado de letras, 2018.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica:* biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

OHLER, Norman. *High Hitler:* Como o uso de drogas pelo Führer e pelos nazistas ditou o ritmo do terceiro Reich. 1. Ed. São Paulo: Planeta, 2017.

SOUBHIA, Fernando Antunes. Indicadores demográficos se correlacionam com índices prisionais? *Revista Consultor jurídico*, 22 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-22/indicadores-demograficos-correlacionam-indices-prisionais. Acesso em: 27 de dez. de 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MEDIDA PREVENTIVA NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

CIVIL LIABILITY AS A PREVENTIVE MEASURE IN CASES OF PARENTAL ALIENATION

*Renata Araújo Maia Silva**

Resumo: O presente trabalho versa sobre a Alienação Parental, tema da Psicologia Jurídica, tendo como desdobramentos os seus efeitos na formação dos princípios norteadores das relações familiares, os quais permeiam o âmbito do Direito Civil e do Direito de Família. Assim, o artigo, de caráter teórico, realizado a partir de um estudo de metodologia bibliográfica, visa refletir a respeito das implicações jurídicas, psicológicas e sociais de tal problemática e como a Responsabilidade Civil pode ser aplicada como medida preventiva e reparadora. Para tanto, através de uma perspectiva legislativa, será feita uma análise da Lei 12.318/10, sob a ótica da teoria da Responsabilidade Civil dos genitores frente ao ordenamento brasileiro. Logo, entende-se, após todo o exposto, que a Responsabilidade Civil não apresenta-se apenas como consequência, sendo também um dos fatores de redução dos atos ilícitos.

Palavras-chave: Alienação Parental. Responsabilidade Civil. Medida preventiva.

Abstract: The present work deals with Parental Alienation, a theme of Legal Psychology, and its effects on the formation of the guiding principles of family relations, which permeate the scope of Civil Law and Family Law. Thus, the article, of theoretical nature, carried out from a bibliographical methodology study, aims to reflect on the legal, psychological and social implications of such a problem and how Civil Liability can be applied as a preventive and restorative measure. To this end, through a legislative perspective, an analysis will be made of Law 12.318/10, from the standpoint of the theory of Civil Liability of parents under Brazilian law. Therefore, it is understood, after all the above, that Civil Liability is not only a consequence, but also one of the factors for the reduction of unlawful acts.

Keywords: Parental Alienation. Civil Liability. Preventive measure.

***Graduanda do 4º período do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/4005639973651426. E-mail: renatamaiasilva02@gmail.com**

1. INTRODUÇÃO

Embora a prática de Alienação Parental seja matéria presente nas discussões que permeiam os casos de disputa da guarda de crianças e adolescentes no Brasil, as sanções civis aplicáveis à investida ilícita somente ganharam escopo recentemente com a evolução das legislações, notadamente com a Lei nº 12.318, no ano de 2010.

Além disso, sabe-se que o instituto da Responsabilidade Civil é repreensão antiga no Direito, porém, em relação ao Direito de Família, alcançou atenção única nos últimos anos em função do advento da Lei de Alienação Parental e do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC).

Ocorre que a Alienação Parental acontece, geralmente, quando o casamento termina de forma litigiosa, em que o ex-cônjuge, valendo-se da prole, afasta o filho do genitor alienado que são na verdade vítimas do ato alienador. Assim, a norma relativa à Alienação Parental, bem como a ciência adquirida acerca dos danos envolvendo crianças e adolescentes, orientaram ao Direito Civil proceder à garantia de defesa dos aspectos civis humanos relativos à presente temática.

Destarte, no que concerne ao Direito Civil, os olhares se voltaram para saber quais reprimendas poderiam decorrer do âmbito legal em defesa das vítimas de Alienação Parental. Sucede que o instituto da Responsabilidade Civil é uma resposta não punitiva da seara criminal, mas tem dimensão maior, qual seja, seu escopo é cobrar o reparo da Síndrome de Alienação Parental, causada pelo alienador, na maioria dos casos.

Reside na própria configuração do ato de Alienação Parental consequências que, em muitos casos, não são reparáveis, a saber a situação psicológica do sujeito alienado, bem como o ódio inventado pelo agente alienador em direção ao genitor vítima. Tendo em vista as diversas modificações sofridas pelas famílias ao longo do tempo, de modo que se configuraram de maneira diferente uma da outra, todas as tipologias de família são tratadas de forma isonômica pelo Estado, conforme mandamento do artigo 227 da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

Dentre as modificações mais significativas apresentadas pelas famílias da atualidade destacam-se os laços afetivos que, antes no casamento civil, não figuravam como importantes. Logo, um bem de maior valia para o Direito Civil e para o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o direito à proteção integral, a afetividade. Justifica-se a realização deste estudo no que o Direito, assim como as demais ciências necessitam passar por reflexões profundas para acompanhar

a evolução social e humana, tendo em vista que a ciência jurídica se nutre disto.

Nesse sentido, torna-se válido analisar as possibilidades, pois, uma vez que a Responsabilidade Civil tornou-se cada vez mais presente nesses casos — em que especificamente há certas cargas individuais, sociais e psicológicas muito fortes — é possível observar um certo tipo de controle social, o formal, que realizado por meio de um sistema de normas que contemple modelos de conduta, castigando-se fatos que coloquem em perigo o próprio grupo (Bianchini, 2013). Logo, o sistema utilizado como punição para atos ilícitos torna-se modelo para prevenção de tais.

O objetivo geral do estudo é analisar se o dano moral advindo de agressão às garantias que a criança e o adolescente possuem face à Carta Magna de 1988, reconhecido na seara jurisprudencial, é significativo no combate a novos casos. Para tanto, são objetivos específicos: a) descrever conceitos de família e a evolução desta; b) verificar o poder familiar frente à separação conjugal; c) constatar as sanções aplicáveis ao genitor alienador; e d) analisar as possíveis mudanças diante dos novos amparos legais.

2.PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

2.1. O INSTITUTO DA FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A priori, visando obter melhor esclarecimento do cenário brasileiro, faz-se necessário aprofundar no histórico de Direito de Família — especialmente na sua evolução acerca da área constitucional — do país. Assim, ao longo dos anos, as Constituições brasileiras refletiram muito das fases históricas do Estado.

Ante o exposto, o Direito de Família do Brasil reproduziu as condições sociais, morais e religiosas dominantes de cada época. Dessa forma, segundo Lôbo (2018, p. 20), é possível destacar três grandes períodos: Direito de Família religioso — que abrange a Colônia e o Império (1500-1889), de predomínio do modelo patriarcal —, Direito de Família laico — instituído com o advento da República (1889), de redução progressiva do modelo patriarcal — e Direito de Família igualitário e solidário, instituído pela Constituição de 1988.

Ato contínuo, para observar o cenário atual do Direito de Família brasileiro, é indispensável analisar as transformações que a Constituição do Estado Social de 1988 proporcionou, sendo essa a de maior intervenção nas relações familiares. A Constituição supracitada afirma que a família é a base da sociedade, e, a partir

disso, depreende-se a formação de uma limitação ao Estado, pois, ao passo que a família torna-se a base social que serve o próprio Estado, esta não pode ser violada de forma impune. Com isso, a lógica de que fazia-se necessário resguardar, de forma isonômica, todos os elementos constituintes do núcleo familiar foi consolidada.

Nesse sentido, de maneira revolucionária, uma série de medidas foram tomadas, a saber da proibição da discriminação das entidades familiares não matrimoniais, que passaram a receber tutela idêntica às constituídas pelo casamento (caput do art. 226); a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal (§5º do art. 226) e na união estável (§3° do art. 226); a igualdade entre filhos de qualquer origem, seja biológica ou não biológica, matrimonial ou não (§6º do art. 227). Desse modo, o início da admissão do pluralismo familiar restou evidente, uma vez que novos modelos familiares surgiram.

Como dito alhures, diante das grandes transformações constitucionais promovidas, o Brasil tornou-se um dos pioneiros da refundação dos novos institutos jurídicos de Direito de Família, ficando à frente de grandes países inovadores, a saber da França, que, apenas em 2005, anulou definitivamente a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, que já não existia no Brasil desde 1988. Sendo assim, constata-se que liberdade, justiça e solidariedade são os valores fundadores da família brasileira contemporânea, sendo os mesmos ideais proclamados pela Constituição Federal, essenciais para a consolidação da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros.

Como afirma o jurista Paulo Bonavides:

> A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço (BONAVIDES, 2000).

Por outro lado, o Código Civil de 2002, produto de uma construção de três décadas, abordou o Direito de Família de maneira confusa, visto que o texto é resultante de conciliação entre dois ideais conflitantes entre si. Pois bem, um de seus paradigmas, advindo do período ditatorial, é fundamentado em uma abordagem mais conservadora, baseada nos conceitos de família hierarquizada e matrimonial, no critério da legitimidade da família e dos filhos, na desigualdade entre cônjuges e filhos e no exercício dos poderes marital e paternal. No entanto, de forma contrária, o paradigma advindo da Constituição de 1988 aboliu as desigualdades, os poderes atribuídos

ao chefe da família, o critério da legitimidade e a exclusividade do matrimônio.

Dessa maneira, é possível observar que tal tentativa de consonância de ideais agregou resquícios de conservadorismo a uma série de revoluções constitucionais. Em razão disso, à medida que o Código Civil de 2002 entrou em vigor, diversos projetos de lei objetivaram corrigi-lo, modificando, de forma total ou parcial, determinados textos. Contudo, ainda que seja motivo de debate, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, consultor legislativo do Senado, afirma que o texto continua a "satisfazer" a sociedade de 2022, tanto quanto em 2002, graças à sua plasticidade, ou seja, o Código foi feito para ser adaptado às mudanças sociais.

Destaca-se, por oportuno, que, além do Poder Legislativo, diversos tribunais brasileiros foram propulsores significativos para o reconhecimento jurídico de relações familiares existentes, como no caso da decisão do STF na ADI n. 4.277, de 2011, que qualificou a união homoafetiva como entidade familiar, merecedora de idêntica proteção do Estado conferida à união estável.

2.2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL GARANTIDOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A princípio, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e, consequentemente, da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, originou-se uma nova maneira de interpretar e aplicar normas, baseando-se na hermenêutica. Nesse diapasão, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor moral e espiritual inerente à pessoa previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, passou a constituir o princípio máximo do Estado democrático de Direito, isto é, tornou-se o primado fundamental para lidar com qualquer relação jurídica.

Segundo a filosofia moral kantiana, é possível distinguir o que é dotado de um preço daquilo que é dotado de dignidade. Dessa forma, conforme esclarece Lôbo (2018, p. 27), determinadas coisas são consideradas disponíveis, visto que podem ser substituídas por algo equivalente a seu preço. Todavia, nessa mesma perspectiva, as pessoas são casos excepcionais, uma vez que são providas de dignidade, ou seja, algo inestimável e intocável. Dessa maneira, destaca-se que, sendo a dignidade um atributo de seres humanos, é necessário considerar que independente da capacidade ou da posição que o indivíduo ocupa na sociedade, a dignidade será inerente a ele.

É de se acrescentar, ainda, que os valores de liberdade, cidadania, igualdade, autonomia privada e solidariedade irradiam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ademais, a partir dessa perspectiva, compreende-se que o Estado passou a servir o indivíduo, que anteriormente era compreendido como mero instru-

mento a serviço do Estado. Dessa maneira, o foco de proteção do direito que era patrimônio, passou a ser a personalidade, assim, é viável afirmar que a Dignidade da Pessoa Humana é, simultaneamente, uma limitação e uma orientação à atuação estatal, haja vista que o Estado deve promover a dignidade, além de não praticar atos que possam desgastá-la.

De acordo com Berenice Dias:

> Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito (DIAS, 2009, p. 61).

No ramo do Direito de Família, há um cenário especial para concretização da referida dignidade, que, embora vislumbrado como um direito fundamental atribuído a todos, tem especial destaque em relação às crianças (art. 227, *caput*) e idosos (art. 230), tendo em vista a sua vulnerabilidade. Nesse sentido, no art. 226 da CF, destacando especialmente o §7, é possível notar o seu tratamento explícito:

> **Art. 226**. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> (...)
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

De igual modo, é possível observar a manifestação de tal princípio, proveniente da CF de 1988, em casos familiares específicos, a exemplo do respeito e igual tratamento ofertado a todos os tipos de entidades familiares, assim como na impossibilidade de diferenciação entre filhos e na igualdade entre homem e mulher nas relações familiares.

2.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Em um primeiro momento, faz-se imperioso mencionar que o Princípio da Afetividade é definido como princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas. De forma semelhante aos outros princípios, ganhou relevância a partir dos valores consagrados na Constituição de 1988, sendo assim, resultado da evolução da família brasileira.

Nesse contexto, nota-se que a família retomou a suas características originárias, a saber da união por laços afetivos, desejos e compromisso recíproco. Assim, tal princípio jurídico da afetividade torna-se base para justificar a igualdade entre irmãos, independente da natureza biológica, e o intenso senso de solidariedade mútua. Logo, o Princípio da Afetividade está conectado aos demais princípios — da Convivência Familiar e da igualdade entre familiares —, que dão ênfase à natureza cultural do núcleo familiar.

Ademais, o Princípio da Afetividade está implícito na Constituição, de modo que é possível encontrar seus fundamentos essenciais ao longo do texto. Sendo assim, o art. 1.593 do Código Civil aponta que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Desse modo, compreende-se que essa regra impossibilita o Poder Judiciário de apenas considerar o fator biológico, tornando os laços de parentesco na família com igualdade. Sendo assim, todos os membros possuem a mesma dignidade e o mesmo regimento pelos princípios.

De acordo com Lôbo (2018, p. 35), a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto; a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Em vista disso, o princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda da autoridade parental. Por outro lado, na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência.

Assim, dispõe o jurista Romualdo Baptista dos Santos:

> [...] o Direito não pode exigir que o pai ou a mãe ame os seus filhos, mas pode perfeitamente exigir a prestação de condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos. A atenção, o carinho e a convivência são comportamentos que possibilitam nascimento e desenvolvimento dos laços afetivos, ainda que não correspondam ao estado afetivo do pai ou da mãe no momento em que são prestados. Diremos que se trata de comportamentos pró-afetivos (SANTOS, 2009, p. 191).

2.4. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em primeiro plano, entende-se por Princípio do Melhor Interesse a obrigação do Estado, da sociedade e da família de priorizar os interesses de crianças e adolescentes. Assim, tais indivíduos vulneráveis devem ter seus direitos garantidos,

como pessoas em desenvolvimento e dotadas de dignidade.

Ato contínuo, observa-se que, no direito brasileiro, o princípio baseia-se essencialmente no art. 227 da Constituição Federal, que estabelece ser dever assegurar ao menor, com absoluta prioridade, os direitos que enuncia:

> **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 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Desse modo, é possível constatar que houve certa inversão de preferências no âmbito familiar, uma vez que, na sistemática legal anterior, o pátrio poder existia em função do pai. No entanto, a autoridade parental — ou poder familiar atual — existe prezando pelos interesses dos filhos. Torna-se válido destacar, ainda, que tal conduta ocorre tanto em situações conflituosas quanto na própria convivência familiar.

De acordo com Lôbo (2018, p. 37), tal princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como apenas objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular. Nesse sentido, versa o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF):

> Importante mencionar que crianças e adolescentes não podem ser vistos ou tratados como meros objetos de medidas de proteção; mas que devem ser reconhecidos como titulares de direitos fundamentais, dotados de autonomia e identidade próprias, aos quais deve ser facultada a participação na tomada das decisões que lhe afetarão diretamente (UNICEF, 2019).

Portanto, faz-se pertinente salientar que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente não se configura como recomendação ética, sendo, de fato, uma norma determinante nas relações da criança e do adolescente com os genitores, com o núcleo familiar, com o corpo social e com o Estado.

2.5. PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Em primeiro lugar, define-se como Princípio da Convivência Familiar o direito de conviver com seus entes, com a relação afetiva diária e constante estabelecida pelos indivíduos que compõem o grupo familiar. À vista disso, compreende-se a casa como um espaço privado e exclusivo da família, sendo vedada a invasão,

exceto em casos previstos em lei. Dessa maneira, suas características de exclusividade conferem estabilidade para o estabelecimento da convivência familiar e, acima de tudo, para a criação de uma identidade coletiva própria, fator essencial para que as famílias não se confundam entre si.

Conforme se verifica na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, no art. 9.3, no caso de pais separados, o menor possui direito de "manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos [os genitores], a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança". Desse modo, entende-se que a convivência familiar não é detida pelo exercício da autoridade parental, uma vez que, ainda que os pais estejam separados, o filho tem direito à convivência familiar com cada um, não podendo o guardião restringir o acesso ao outro. Entretanto, o senso comum tende a interpretar a visita do não guardião como um direito limitado, quando é, de fato, um direito recíproco dos genitores e dos filhos.

Como leciona Conrado Paulino da Rosa:

> Indo além sob a ótica da doutrina da proteção integral, privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, formas de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal (ROSA, 2015, p. 119).

Dessa forma, tal direito deve dar importância a abrangência da família considerada em cada grupo, levando seus valores e costumes em consideração, visto que na maioria das comunidades brasileiras, a convivência com os avós, tios e outros parentes é natural, fazendo com que todos integrem um ambiente familiar solidário.

3. O AMPARO LEGAL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1. ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA LEI 12.318/2010

Em primeiro plano, é cabível apontar o conceito de Alienação Parental segundo a Lei 12.318/2010:

> **Art. 2º** Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause

> prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Ademais, segundo versa Marieli Cazuni:

> [...] a ação de um dos pais ou ainda de parentes próximos que tendem a influenciar a criança ou o adolescente a odiar e rejeitar a outra parte. É um conjunto de comportamentos dos pais ou parentes próximos que denigre e distorce a imagem do outro perante os filhos, podendo ser de forma consciente ou inconsciente [...]. Todo ato de interferência psicológica promovido ou induzido por qualquer adulto que tenha a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, como desabonar a imagem do outro genitor, criar falsas memórias, dificultar visitas, imputar calúnia e injúrias pode ser considerado como alienação parental (CAZUNI, 2021, p. 11).

Nesse sentido, salienta-se que, no Brasil, há uma legislação exclusiva que visa garantir os direitos dos menores, nomeada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e prevista pela Lei 8.069/1990. Ademais, para tal conteúdo normativo, a Alienação Parental viola um dos direitos fundamentais do menor, o convívio familiar, uma vez que influencia negativamente na relação genitor/filho e caracteriza uma espécie de abuso moral por parte do transgressor.

Outrossim, o ECA prioriza a convivência familiar, tornando tal interação obrigatória, estipulando visitações e cumprimento do papel de detentor de autoridade parental, estabelecendo, em caso de descumprimento, multa, segundo art. 249 do Estatuto.

> **Art. 249**. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência (BRASIL, 2010).

Assim, partindo das considerações dispostas pelo Estatuto, compreende-se a gravidade da Alienação Parental para a vivência do menor e para a legislação. Desse modo, tendo em vista a dimensão das consequências resultantes, é preciso modelar a conduta adquirida pela Justiça nesses casos. Diante dessa perspectiva, em 2010, a Lei da Alienação Parental, 12.318/2010, foi promulgada, apresentando um conjunto de artigos que exemplificam a configuração do referido ato ilícito.

Nesse sentido, objetivando garantir uma boa vivência para o menor, a Lei 12.318/2010 determinou uma série de medidas para lidar com tal contexto, sendo umas delas, inclusive, o caráter de prioridade desse processo em tramitação. Assim, a conduta visa reduzir os danos imediatamente, estabelecendo os parâmetros punitivos.

> **Art. 4º** Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso (BRASIL, 2010).

Além disso, é possível observar o caráter de urgência do caso, visto que, independente da existência de provas concretas, deve-se urgir ao tomar medidas de proteção aos filhos e ao genitor afetado. Segundo o art. 5º da supracitada lei, se necessário, deve haver perícia, senão, vejamos:

> **Art. 5º** Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.
>
> § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.
>
> § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.
>
> § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.
>
> § 4º Na ausência ou insuficiência de serventuários responsáveis pela realização de estudo psicológico, biopsicossocial ou qualquer outra espécie de avaliação técnica exigida por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito com qualificação e experiência pertinentes ao tema, nos termos dos arts. 156 e 465 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.340, de 2022)

Isto posto, caso seja constatada a Alienação Parental, cabe ao magistrado tomar as devidas providências, assim, haverá redução de prejuízos para os afetados e a prática ilícita será interrompida. Destaca-se que são descritas determinadas sanções cabíveis para o alienador, de acordo com o art. 6º:

> **Art. 6º** Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de

> instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
>
> III – estipular multa ao alienador;
>
> IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022).

3.2. ALIENAÇÃO PARENTAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR EM CASO DE SEPARAÇÃO DOS PAIS

A princípio, sabe-se que o divórcio usualmente leva a uma reestruturação da dinâmica doméstica e da interação genitor/filho. Assim, é compreensível que tal contexto origine sentimentos de ansiedade e incerteza nos membros da família, afetando tanto a estabilidade dos indivíduos quanto a estrutura familiar como um todo.

Destarte, torna-se crucial determinar uma ordem: a separação dos cônjuges ou dos companheiros não pode significar separação de pais e filhos. Isto é, a partir do Princípio do Melhor Interesse do menor, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos, assim, a vivência da criança é priorizada em relação aos interesses dos pais em conflito.

De acordo com a jurista Berenice Dias:

> A convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (DIAS, 2009, p. 608).

Anteriormente, em termos sistemáticos legais, a proteção do menor baseava-se apenas na sua guarda, sem considerar os impactos em sua formação, ou seja, ignorando sua violação de direitos, mudanças na sua convivência familiar e nos abalos resultantes da separação dos pais. Entretanto, a partir do art. 227 da CF, princípio constitucional da prioridade absoluta, tais elementos passaram a ser levados em consideração.

Em outras palavras, sabendo que a cessação da convivência entre os genitores não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, caso os excônjuges não cheguem a mútuo acordo acerca do modo de convivência, cabe ao juiz assegurar a estes o direito de contato permanente com aqueles.

Assim explica Saruzze Pereira Santos:

> O princípio da convivência familiar diz respeito ao direito que não o menor tem de conviver com todos aqueles que formam o seu grupo, sua identidade, enfim, seus laços afetivos. Indispensável ao desenvolvimento saudável do menor, a convivência familiar permite o estabelecimento de laços afetivos, sendo, portanto, de extrema relevância a busca por tal convivência. Nele, também, é garantido que o dever da família é o de estar ao lado do Estado e da sociedade, como também o de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Desse princípio decorre o direito de filiação e o reconhecimento dos filhos (SANTOS, 2017, p. 5).

No contexto da Psicologia, especialistas afirmam que a criança não deve escolher entre um dos pais, visto que apesar de possuir o direito de contatar suas duas origens, o vulnerável não deve ser forçado a tomar uma decisão que o leve a sentir culpa e a sobrecarregar emocionalmente o outro genitor.

Entretanto, na prática, existe a possibilidade de ocorrer uma violação no direito à convivência, resultante de condutas de um dos pais no sentido de forjar no filho sentimentos de rejeição ao outro genitor. Nesse sentido, o menor é utilizado como instrumento de vingança ou ressentimento de um genitor contra o outro, caracterizando assim, a denominação de alienação parental.

Diante desse cenário, de acordo com especialistas, o mais grave está no fato de incutir na mente dos filhos ideias negativas e deturpadas, instigando que eles percam os sentimentos de afeto e se revoltem contra o progenitor com o qual não convivem, inclusive, se negando a permanecer com ele nos períodos de visitas assegurados em acordos ou imposições judiciais.

Assim, visando compreender a gravidade da situação, é válido observar que, segundo a Lei n. 12.962, de 2014, que alterou o art. 19 do ECA, até mesmo nas hipóteses de privação de liberdade de algum ou de ambos os pais, o direito à convivência não é afetado.

Logo, ao observar características do quadro de alienação parental, o genitor afetado pode requerer a instauração de processo para apuração, contando com o acompanhamento do Ministério Público. Nesse contexto, o juiz poderá decretar medidas provisórias ou de urgência, em virtude da gravidade dos fatos, no sentido

de preservar a integridade psicológica da criança e o direito de convivência ao outro genitor. Destaca-se, ainda, que, sempre que possível, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

4. CONCEITUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES NA LEI BRASILEIRA

A priori, é preciso compreender o conceito de Responsabilidade Civil, que, em breve síntese, diz respeito à atitude de se responsabilizar pelos encargos de uma ação ou omissão prejudicial a outro indivíduo.

Historicamente, observa-se que o Código Civil de 1916 defendia a teoria subjetiva, na qual o causador tinha a obrigação de reparar o dano, se causado em função de culpa ou dolo, como versa o seu art. 159: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Entretanto, dando continuidade a linha do tempo, o Código Civil de 2002, acrescenta determinadas características ao texto original, visto que, além da culpa, há obrigação também ao indivíduo, que por ato ou omissão voluntária, causar prejuízo a outros.

Na perspectiva parental, tal responsabilidade se aplica a casos relacionados à convivência familiar, uma vez que é possível conceituá-la como a responsabilidade que incide nos pais em relação aos filhos. Nesse sentido, segundo o disposto no art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."

Diante do exposto, vê-se que muitas são as responsabilidades atribuídas aos genitores, conforme visto em artigos supracitados. Dessa forma, se for possível constatar negligência por parte do genitor, em algum dos aspectos necessários para a formação do menor, a saber da educação e formação escolar do filho, é essencial que a Responsabilidade Civil daquele seja invocada, conforme art. 186 do Código Civil de 2002: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Diante desse mesmo entendimento, é plausível, agora no âmbito penal, afirmar que o indivíduo que não provê a sobrevivência dos filhos, a exemplo do des-

cumprimento da prestação alimentar, configura abandono material, como expresso no art. 244 do Código Penal:

> **Art. 244.** Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003).
>
> Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968).

Ademais, observa-se, também, pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, para o indivíduo que comete abandono intelectual, isto é, não provê instrução primária de filho em idade escolar, conforme art. 246 do Código Penal.

Todavia, torna-se apropriado evidenciar que a Responsabilidade Civil dos pais, não se resume ao afeto, educação ou prover material, sendo referente, também, às relações patrimoniais. Desse modo, de acordo com o art. 932 do Código Civil, caso menores pratiquem atos ilícitos, seus responsáveis tornam-se obrigados a reparar o dano, uma vez que seguem a responsabilidade transubjetiva, que alcança e responsabiliza o indivíduo que não causou.

4.2. RESPONSABILIDADE CIVIL NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Inicialmente, tem-se que a afronta aos princípios constitucionais, mais precisamente ao Princípio da Dignidade Humana, que norteia sobre os direitos da criança e do adolescente, é justificativa plausível para a Responsabilidade Civil do genitor alienante. Ainda, conforme art. 3º da Lei 12.318/2010:

> **Art. 3º** A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda (BRASIL, 2010).

Ressalta-se que a averiguação para confirmar, de fato, que o caso caracteriza uma Alienação Parental, requer auxílio multiprofissional, ainda que o magistrado possua ampla experiência. Assim, é necessário que psicólogos, assistentes sociais e psiquiatras ofereçam assistência técnica, visando obter um resultado conciso do caso.

Entretanto, uma vez comprovada a Alienação Parental, serão existentes os danos morais provenientes. Dessa maneira, o genitor alienante responderá civilmente, visando reparar tanto o dano causado ao menor quanto ao genitor, também vítima da alienação. Destaca-se que cada indivíduo possui direitos extrapatrimoniais assegurados no art. 5º da CF, a saber da liberdade, da honra, do estado de pessoa, entre outros. Assim, configurando-se como cláusulas pétreas, que não podem ser anuladas do nosso ordenamento jurídico.

No entanto, tanto o ordenamento jurídico quanto a Constituição não definiram regras concretas acerca da quantia a ser paga pela ação por danos morais. Destarte, somente o Código Civil, de forma genérica, dispôs que a indenização será medida pela extensão do dano, porém, se houver desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o magistrado poderá considerar a redução da indenização.

Logo, é possível concluir que a meticulosidade nas análises de caso de Alienação Parental torna-se essencial na questão da Responsabilidade Civil no Direito de Família, isso se deve, principalmente, para que não ocorra banalização dos casos. Dessa forma, destaca-se, ainda, que a indenização deverá ser proporcional à extensão do dano causado e ao poder econômico do transgressor, não devendo ser aplicada sanção exagerada, nem um valor insignificante, tendo em vista que tal punição visa reeducar por meio de correção, extinguindo qualquer estímulo à prática reiterada do ato ilícito.

5. MECANISMOS LEGAIS PARA O COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

5.1. MEDIAÇÃO FAMILIAR NA ALIENAÇÃO PARENTAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Entende-se que, no contexto dos conflitos familiares, é primordial utilizar-se de diversos recursos para buscar uma forma pacífica de resolução. Nesse sentido, uma ferramenta importante é a utilização da Mediação, metódico que recebeu consolidação legislativa com a Lei n.º 13.140/2015:

> **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Dessa forma, de acordo com Serpa (1999, p. 19), é possível definir a Mediação Familiar como "um processo, através do qual, pessoas em disputa por questões [de família] são ajudadas no sentido de chegar a acordos ou estreitar as áreas de desentendimentos entre elas, com a ativa intervenção de terceiro imparcial". Entretanto, faz-se válido destacar que, segundo Lôbo (2018, p. 24), nem todas as questões relacionadas ao Direito de Família podem ser objeto de Mediação, uma vez que tal método limita-se a conflitos referentes a direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Diante dessa perspectiva, o art. 9° da Lei 12.318/2010, referente ao uso da Mediação para solução dos casos de Alienação Parental, foi objeto de veto.

O artigo objeto de veto assim dispunha:

> **Art. 9°** As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.
>
> § 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.
>
> § 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.
>
> § 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial (BRASIL, 2010).

Observa-se que tal ação foi fundamentada no argumento apontado por Lôbo, isto é, por estarem os direitos das crianças e adolescentes no campo da indisponibilidade, de acordo com termos do art. 227 da Constituição Federal, torna-se inviável a apreciação por mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Além disso, o veto também se justifica pela observância ao princípio da intervenção mínima do Estado.

Todavia, determinados especialistas posicionam-se de maneira contrária ao veto, defendendo que a Mediação torna-se benéfica para o menor, incentivando a utilização da ferramenta para solução de tal cenário – com destaque para o Projeto de Lei nº 6.008/19. Destarte, a Mediação de Conflito, no caso da Alienação Parental, é considerada uma oportunidade para que a harmonia seja estabelecida na família, mesmo que desfeita por conta da separação.

Outrossim, é imprescindível ressaltar que, até a presente data, o PL 6008/2019, que prevê a modificação na Lei nº 12.318/2010 para que se inclua a Mediação nos casos de Alienação Parental, permanece aguardando a designação de um relator na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara dos Deputados.

5.2. PERDA DE AUTORIDADE PARENTAL

De forma simplória, a suspensão do poder familiar significa a interrupção temporária do exercício dos poderes dos genitores sobre o indivíduo e seus bens, visando conservar o Princípio do Melhor Interesse do menor. Assim, tal sanção afasta o vulnerável do genitor que violar os deveres decorrentes do poder familiar, conforme estabelecido na lei e após o devido processo legal.

Dito isso, sabe-se que é viável suspender a autoridade parental dos pais de forma legal em determinadas circunstâncias, a saber do descumprimento dos deveres inerentes aos pais; má gestão dos bens dos filhos; risco à segurança do menor; condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. As causas determinantes da suspensão do poder familiar estão descritas no Código Civil de 2002, que versa:

> Art. 1637. Se o pai ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha (BRASIL, 2002).

É preciso apontar que a suspensão trata-se de uma sanção menos grave, uma vez que, desaparecendo as causas que deram origem à suspensão, o genitor pode retomar ao exercício do poder familiar.

Entretanto, segundo decisão publicada no Diário Oficial da União, a Lei 14.340 modifica regras sobre Alienação Parental, removendo a suspensão da autoridade parental da lista de medidas possíveis a serem usadas pelo juiz em casos de prática de Alienação Parental prevista anteriormente na Lei 12.138, de 2010.

Todavia, as consequências da Alienação Parental — que vão de violar direitos do menor e do genitor afetado a abalar o psicológico de cada indivíduo envolvido — tornam a questão um tópico essencial para ser tratado de forma urgente. Sendo assim, as demais medidas, tais como advertência ou multa ao alienador, ampliação do regime de convivência familiar com o genitor alienado ou ainda a alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão, mantêm-se em uso.

De modo geral, observa-se que, além das consequências civis, o abuso da autoridade parental pode ser objeto de punição criminal. Logo, segundo o art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é determinada a punição com detenção de seis meses a dois anos ao titular do poder familiar que submeter a criança ou o adolescente a vexame ou a constrangimento, de acordo com a gravidade do ato.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das constantes mudanças sociais, ocorreram transformações significativas em diversos os âmbitos da sociedade e, por consequência, no que diz respeito às relações familiares. Logo, assim como transformaram o conceito de família, desenvolveram obstáculos antes desconhecidos, os quais interferem diretamente na convivência familiar saudável e duradoura. Assim, ao longo do presente artigo, coube tratar do tema que atinge inúmeras famílias em processo de separação conjugal, qual seja a Alienação Parental, na perspectiva da possibilidade de responsabilização civil ao genitor alienador envolvido.

Desse modo, apesar de se tratar de um instituto consideravelmente novo, regulamentado pela Lei 12.318/10, tem relevância no âmbito do Direito de Família e do Direito da Criança e do Adolescente, à medida em que torna passível de sanção civil conduta ora considerada impunível.

Logo, por estar o instituto da Responsabilidade Civil em constante transformação, é necessário a sua adequação às diversas situações que podem causar dano ao direito de outrem. Assim, para que haja o dever de indenizar, devem estar presentes os pressupostos formais da Responsabilidade Civil, quais sejam: conduta, dano, nexo de causalidade e culpa, nos casos de Responsabilidade Civil subjetiva.

Nesse cenário, a Alienação Parental, por configurar intervenção na formação psicológica da criança e do adolescente praticada com o objetivo de ocasionar a ruptura dos vínculos afetivos entre o menor e o outro genitor, configura abuso moral contra o primeiro, praticado pelo genitor alienante, que na maioria das vezes é detentor da guarda deste.

Ainda, foi necessário fazer uma análise acerca da Lei nº 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, tendo em vista sua especialidade no tratamento de um fenômeno tão prejudicial. Logo, conhecer cada dispositivo legal instituído na lei aproxima a sociedade de um entendimento mais profundo nos casos de alienação, percebendo-se a preocupação que o legislador teve em não cometer injustiças.

Com isso, a Lei da Alienação Parental trouxe em seu corpo outros meios alternativos para a coibição da Alienação Parental, elencados no artigo 6º, sem prejuízos à responsabilização civil ou criminal do alienador. Como se analisa, tal dispositivo nos remete a seara da Responsabilidade Civil, uma vez que os atos alienatórios preenchem todos os requisitos necessários para caracterização do dever de indenizar, ao passo que a Alienação Parental funda-se em um ato ilícito por parte do alienador, que através de estratagemas busca o afastamento do menor da convivência com o genitor alienado, violando os deveres intrínsecos ao poder familiar. Não obstante, romper este vínculo afetivo viola os direitos personalíssimos da criança e do adolescente, tais como a convivência familiar.

REFERÊNCIAS

20 anos após sanção, debate considera Código Civil desatualizado e pede mudanças. *Agência Senado,* 10 jan. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/01/10/20-anos-apos-sancao-debate-considera-codigo-civil-desatualizado-e-defende-mudancas#:~:text=20%20anos%20ap%C3%B3s%20san%C3%A7%C3%A3o%2C%20debate%20considera%20C%C3%B3digo%20Civil%20desatualizado%20e%20pede%20mudan%C3%A7as,-Compartilhe%20este%20conte%C3%BAdo&text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20completou%2C%20nesta,o%20C%C3%B3digo%20anterior%2C%20de%201916. Acesso em: 9 fev. 2023.

BONAVIDES, Paulo. Academia Piauiense de Letras, 2000, Piauí. *A evolução constitucional do Brasil* [...]. [S. l.: s. n.], 2000.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.* Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1916.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1.990. *Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil.* Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. *Alienação Parental:* Uma interface do Direito e da Psicologia. Curitiba: Juruá, 2014.

CAZUNI, Marieli Scorsin. *A criminalização da alienação parental no Brasil.* 2021. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/21131/1/TCC%20MARIELI.pdf Acesso em: 20 fev. 2023.

DIAS. Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 5. ed. revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

DUARTE, M. *Alienação parental:* restituição internacional de crianças e abuso do direito de

guarda. Fortaleza: Leis & Letras, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação parental: a tragédia revisitada. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo, v.1, p. 1-20, jul. 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos Humanos.* Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

ROSA, Conrado Paulino da. *Nova lei da guarda compartilhada*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCIONADA lei que modifica medidas contra alienação parental. *Agência Senado,* 19 maio 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/19/sancionada-lei-que-modifica-medidas-contra-alienacao-parental. Acesso em: 14 fev. 2023.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.

SANTOS, Saruzze Pereira. *Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo.* Disponível em:http://www.conteudojuridico.com.br/artigo ,consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo,590068.html. Acesso em 18 fev. 2023.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos.* Rio de Janeiro: [s. n.], 1999.

UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 19 fev.2023.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DO INSTITUTO JURÍDICO E SEUS DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO NA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES: AN ANALYSIS OF THE TRAJECTORY OF THE LEGAL INSTITUTE AND ITS IMPLEMENTATION CHALLENGES IN BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE

*Willian Silva de Jesus**

Resumo: Este artigo busca expressar os desafios de implantação no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Instituto esse que enfrenta obstáculos de aceitação pelos operadores do direito mais céticos. Apesar disso, é evidente que a relevância jurídica proposta pelo instituto, impõe resposta mais concisa por parte do legislador brasileiro em normatizar na codificação penal. Nesse sentido, por meio da pesquisa qualitativa, mediante o método bibliográfico, busca-se evidenciar o quanto tal fenômeno jurídico já possui suas entranhas e legitimidade na história normativa penal brasileira, tendo em vista a sua expressão na normativa constitucional de 1988 e com a lei de crimes ambientais, mas não a codificação penal; entender a influência do direito comparado, suas mudanças ao implantarem tal instituto jurídico em seus países e seus reflexos para o Brasil e, por fim, analisar os presentes embates na doutrina e na jurisprudência, onde os tribunais vem decidindo cada vez mais de forma favorável ao instituto jurídico. Nesse sentido, obteve-se como resultado o quanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica já possui seus arranjos na história brasileira; o quanto os tribunais superiores e a doutrina mais favorável vêm se posicionando dando legitimidade ao fenômeno jurídico e a necessidade de uma resposta normativa mais concisa na codificação penal brasileira.

Palavras-chave: Implantação. Pessoa jurídica. Imputação penal. Legitimidade. Codificação Penal.

Graduando do 7º período do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6163995274423894 E-mail: willianslip11@gmail.com

Abstract: This article seeks to express the challenges of implantation in the Brazilian legal system of the institute of criminal responsibility of the legal entity. This institute faces obstacles to acceptance by the most skeptical legal practitioners. Despite this, it is clear that the legal relevance proposed by the institute requires a more concise response on the part of the Brazilian legislator in standardizing the penal codification. In this sense, through qualitative research, using the bibliographic method, we seek to show how much such a legal phenomenon already has its innards and legitimacy in the Brazilian criminal normative history, in view of its expression in the 1988 constitutional norms and with the law of environmental crimes, but not criminal codification; understand the influence of comparative law, its changes when implementing such a legal institute in their countries and its consequences for Brazil and, finally, analyze the present clashes in doctrine and jurisprudence, where the courts have been deciding more and more in favor of the legal institute. In this sense, it was obtained as a result how much the criminal responsibility of the legal entity already has its arrangements in Brazilian history; how the higher courts and the more favorable doctrine have been positioning themselves giving legitimacy to the legal phenomenon and the need for a more concise normative response in the Brazilian criminal code.

Keywords: Implantation. Legal person. Criminal imputation. Legitimacy. Criminal codification.

1. INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência dinâmica e não estática, que procura ao máximo dar respostas ao homem em sociedade, por meio da ordem e também regulamentar normativamente as suas ações em coletividade como um entrelaçamento de fato, valor e norma. Nesse sentido, por não ser imóvel, faz-se necessário compreender os liames que cercam a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tal instituto jurídico é destaque possui requícios desde o Código Criminal do Império de 1830, onde atualmente se encontra na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um debate um tanto quanto fervoroso em todo o mundo em especial no campo de atuação do direito penal. Em alguns países tal instituto jurídico já é por demais aceito em suas raízes legislativas, em outros a aceitação é parcial, mas que demonstra um avanço que já encaminha para uma futura regulamentação. No Brasil, no entanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é diferente do resto do mundo onde aqui o seu processo de implementação entre os operadores do direito ainda aparenta ser árduo.

A doutrina mais tradicional, de forma majoritária, não compreende essa consolidação e se posiciona com veemência no sentido contrário. A jurisprudência, no

entanto, já se mostra mais acolhedora quanto a implantação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito penal brasileiro, quando se analisa esse fato diante dos julgados dos tribunais superiores que já se demonstram pacífico quanto ao tema, assim como também a doutrina que está fora do rol daquela considerada tradicional.

Dessa forma, o presente estudo tem como método de abordagem o dedutivo, pois parte de uma ideia mais geral relativa à previsão acerca da pessoa jurídica na Carta Magna de 1988 para a Lei de Crimes Ambientais e os desdobramentos desse fenômeno jurídico penal no ordenamento jurídico pátrio. Quanto à abordagem do problema, trata-se de uma pesquisa qualitativa, vez que observa a análise desse fenômeno jurídico penal e seus desafios de implantação.

Como método de procedimento, utiliza-se o bibliográfico, devido às pesquisas terem sido realizadas em leis, recomendações, resoluções, livros, periódicos, revistas e artigos entre outros. Além de empregar, uma investigação do trajeto percorrido da responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro do direito penal brasileiro e a necessidade de destaque na codificação penal.

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI N. 9.605/98, A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

2.1 NATUREZA JURÍDICA DA PESSOA JURÍDICA

A Pessoa Jurídica, segundo Rodas (2016), é um tema que a doutrina de forma majoritária não se atentou com a devida importância sobre a personalidade jurídica da sociedade. Nesse sentido, obras importantes sobre a matéria, bem como dicionários sequer se referiam à questão. Somente a partir de fins do século XVIII, no entanto, a pessoa jurídica tornou-se importante tema de indagação jurídica.

Existem duas teorias que abordam a existência da Pessoa Jurídica: a teoria **negativista** que, ao negar a existência concreta da personalidade jurídica, reitera que também nela vislumbra, apenas, um patrimônio sem sujeito e a teoria **afirmativista**, por outro lado, já consagrando a existência da personalidade jurídica, expressa que tais grupos sociais com interesses próprios não poderiam deixar de ser enxergados e aos quais o ordenamento jurídico não poderia se abster de sua real qualidade de sujeito nas relações jurídicas (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

Os que defendem a teoria afirmativista se fundamentam em duas espécies que vem das destinações patrimoniais através de uma criação arbitrária da lei (teoria da *ficção*) e, a outro modo, tem quem defende com base nos motivos da realidade social (teoria da *realidade*) (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

A teoria da *ficção legal* está voltada, por essência, ao homem no sentido de que somente este poderia ser capaz de titularizar relações jurídicas. Portanto, a pessoa jurídica seria simples criação artificial da lei; existiria apenas na inteligência dos juristas. A teoria da realidade expressou inúmeras ramificações ao longo dos anos. Nesse sentido, a teoria da realidade objetiva, tendo como principal autor Gierke, abordava que seriam as pessoas jurídicas organismos sociais com existência e vontade, esmiuçada entre seus membros com um fim objetivamente social, incorrendo em erro ao eliminar a vontade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

Vale ressaltar ainda como parte dessas ramificações a teoria da realidade técnica (tendo como expoentes Geny, Saleilles e Ferrara) quando assevera que existe a pessoa jurídica, mas dentro de uma realidade que é distinta das pessoas naturais, humanas. Já a teoria da realidade das instituições jurídicas, em síntese, pode ser percebida como um misto das demais teorias. A pessoa jurídica como uma realidade jurídica, pendente da vontade humana. Conclui-se que essas duas últimas ramificações da teoria da realidade são as mais aceitas pela doutrina (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

Diante da importância do estudo da pessoa jurídica, Rodas (2016) conclui que a sociedade e a empresa são temas que continuam centrais na pesquisa e no estudo do direito, partindo disso, vislumbra-se a existência da necessidade de os operadores do direito não perderem de vista o seu aparecimento e sua evolução através dos séculos, conhecimento esse que pode, inclusive, auxiliar na interpretação das leis atuais sobre a matéria.

Sendo assim, é indiscutivelmente relevante a existência e as designações que a Pessoa Jurídica apresenta dentro da sociedade, consequentemente nas ciências jurídicas, tendo em vista que apresente uma personalidade própria e tendo como característica primordial a unificação do patrimônio e possuindo direitos e obrigações jurídicas. Nesse sentido, portanto, se detém obrigações às quais se assemelha a da pessoa física, é sim passível de imputabilidade por parte do direito penal.

2.2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 representa um marco político e democrático na história recente do país. A Constituição de 1988, que sofreu forte influência da

Constituição portuguesa de 1976, foi a que apresentou maior legitimidade popular. Nesse sentido, foi instituído um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias como: o exercício dos direitos sociais e individuais; a liberdade; a segurança; o bem-estar; o desenvolvimento; a igualdade; a justiça (LENZA, 2021).

A CF/88 foi caracterizada também pela regulamentação da responsabilidade da pessoa jurídica no que diz respeito aos crimes econômicos, financeiro e contra a economia popular estabelecido no art. 173, parágrafo 5º:

> A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (BRASIL,1988).

Ainda no corpo constitucional, encontra-se também tal instituto jurídico quanto aos crimes ambientais em seu art. 225, parágrafo 3º:

> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

A Carta Magna de 1988 apresenta clareza solar quando se refere à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Cleber Masson (2019) estabelece que a Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente, autorizando o legislador ordinário a cominar penas compatíveis com sua natureza, independentemente da responsabilidade individual dos seus dirigentes. No entanto, é preciso compreender que apenas um dos dispositivos, até então citados, estão em vigor dada aquilo que se refere à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Como regra geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social e outras apenas jurídica. Nesse sentido, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. As normas constitucionais de eficácia contida se

referem que embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição, ou da entrada em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), produzir todos os seus efeitos, poderá haver a redução de sua abrangência (LENZA, 2021).

Lenza (2021) assevera ainda que a norma constitucional de eficácia limitada são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor (ou diante da introdução de novos preceitos por emendas à Constituição, ou na hipótese do art. 5.º, § 3.º), não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder, órgão ou autoridade competente, ou até mesmo de integração por meio de emenda constitucional, como se observou nos termos do art. 4.º da EC n. 47/2005.

Cleber Masson (2019) afirma a respeito que analisando, neste caso os dispositivos mencionados, somente a Lei n. 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais é a única editada, ao passo que em relação aos crimes contra a economia popular e a ordem econômica e financeira, ainda não sobreveio lei definidora dos crimes da pessoa jurídica.

2.3 LEI N. 9.605/98, A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

Martins (2019) é expressivo quando afirma que, sendo o meio ambiente um direito de quarta geração, os animais e a natureza em geral devem ser respeitados, para garantir o bem-estar das próximas gerações de seres humanos, assim como preceitua o art. 225 da Carta Magna 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, 1988).

Partindo desse pressuposto, o enfraquecimento da tradicional visão antropocêntrica do Direito deu ensejo a teorias de que os animais não humanos são titulares de direitos fundamentais. Historicamente, o ser humano sempre foi tido como o único titular dos direitos fundamentais. Além disso, como se vê, o meio ambiente é um bem do povo, para a qualidade de vida do ser humano, para garantir o bem-estar das presentes e futuras gerações de seres humanos (MARTINS, 2019).

No entanto, diferente daquilo que é preceituado na CF/88, Luiz Regis Prado (2019) esmiúça que atualmente a destruição do ambiente constitui, sem que haja

qualquer tipo de contestação, um dos maiores problemas com que a humanidade tem se deparado nesta primeira metade do século XXI, cuja gravidade é de todos conhecida, pelo que representa para a vida e para a própria sobrevivência do homem. No caminhar destes últimos anos, poucas questões suscitaram tão ampla e heterogênea preocupação e ainda continua quando reitera que:

> O desenvolvimento industrial, o progresso tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, entre outros fatores, têm tornado atual e dramático o problema da limitação dos recursos do planeta e da degradação do ambiente natural – fonte primária de vida (PRADO, 2019, p. 49).

Prado (2019) salienta ainda que com o que diz respeito ao meio ambiente como bem jurídico penal, numa perspectiva histórica, convém observar que uma tutela penal do ambiente, não era imaginável até algumas dezenas de anos atrás e se limitava ao aspecto simplesmente patrimonial do direito de cada um de não ver perturbado o desfrute pacífico do ambiente ameaçado por condutas danosas. Inclusive, quando do interesse individual se passava ao coletivo, tratava-se sempre de uma visão circunscrita ou limitada, e não abrangente do ambiente.

Com expressiva posição contrária e crítica da Lei n. 9.605/98, Prado (2019) assevera que tal dispositivo infraconstitucional é uma lei de natureza híbrida, isto é, há existência da mistura de conteúdos penal, administrativo, internacional e em que os avanços não foram propriamente significativos. Ademais, a orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa, sendo que compreende que a sanção penal vem a ser a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O Direito Penal nesse campo está imbuído, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, o que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque.

Em posição contrária, Cleber Masson (2019) expressa que a Constituição Federal de 1988 deixa bem claro que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se relaciona somente com os crimes praticados contra o meio ambiente:

> [...] desde que regulamentados por lei ordinária, a qual deverá instituir expressamente sua responsabilidade penal. É esse o entendimento atualmente dominante, no sentido de que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pela prática de crimes ambientais, posição que tende cada vez mais a se consolidar, seja por interpretação do texto constitucional, seja por opção de política criminal, capaz de proporcionar eficiente resultado prático em tema tão em evidência (MASSON, 2019, p. 325).

Nesse sentido é notável e bastante sentida de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo sendo trazida à luz da Carta Magna de 1988 e a Lei n. 9.605/98, ainda é um tema de expressivos debates. Acentuado tema polêmico que não pode ser omitido diante de sua relevância jurídica-penal para o ordenamento pátrio.

3. DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, pode ser definida como sendo a reunião de pessoas ou bens destinados a uma finalidade aceita pelo direito e dotada de direitos e obrigações em detrimento desse reconhecimento jurídico, ou seja, sua personalidade é distinta da de seus instituidores, decorrendo assim de uma existência lícita autônoma (TELES; VIANA, 2020).

No entanto, além do desenvolvimento dessa definição, cabe analisar o trajeto histórico no direito penal brasileiro e o estudo com brevidade dos ordenamentos jurídicos alienígenas que adotaram, adaptando-se à realidade jurídico penal de cada um, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Dentre alguns doutrinadores, é bastante difundida a tese de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um tema tradicional na doutrina penal brasileiro, mas sim novo, principalmente em vista da ascensão da Lei n. 9.605/98. Em decorrência disso, segundo Prado (2011) que com relação à responsabilidade penal da pessoa jurídica, a herança histórica do Direito brasileiro é de ausência da previsão de tal instituto jurídico (*Apud* BUSATO, 2018, p. 2).

Em contraposição a tal afirmação, de que o tema em análise é relativamente novo e não faz parte da tradição penalista brasileira, Busato (2018) expressa:

> [...] a RPPJ existiu legislativamente no Direito Penal brasileiro durante o período imperial, tendo sido banida por movimentos políticos semelhantes aos ocorridos em solo europeu; mas, de modo geral, sua presença em nosso Direito Penal positivo é muito mais tradicional do que sua recente ausência. Por consequência, o advento da Lei nº 9.605/1998, longe de ser uma novidade, reflete muito mais uma retomada (BUSATO, 2018, p. 3).

Nesse sentido, corroborando para tal afirmação, o Código Criminal do Império de 1830, em seu texto legal, já aborda a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Busato (2018) assevera que o art. 80 dispunha expressamente:

> Se este crime fôr commettido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1830).

Ou seja, partindo desse antigo dispositivo, a menção à palavra crime não deixa margem a dúvidas sobre a adoção da RPPJ. Tratava-se de crime contra a existência política do Império, ou seja, de uma traição à pátria (BUSATO, 2018). O próprio código criminal ainda vai além para demonstrar que a introdução desse dispositivo não é de forma repentina e sem nexo, quando mais adiante cita o art. 230:

> Art. 230 - Se o crime de calumnia fôr commettido por meio de papeis impressos, lithographados, ou gravados, que se distribuirem por mais de quinze pessoas contra corporações, que exerçam autoridade pública. Penas - de prisão por oito mezes a dous annos, e de multa correspondente á metade do tempo (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1830).

Sobre tudo isso que está voltado para a criminalização coletiva, pode ser explicado a partir do fato de que à época da edição do código, tratava-se de um texto legal ainda não completamente influenciado pelos ares individualistas que varreram a Europa após a Revolução Francesa, tendo em vista que fora editado por um Estado de corte absolutista, monárquico e imperial.

O Código Penal de 1890, traz como repetição na parte especial o tipo penal da subordinação à autoridade estrangeira que já constava do Código anterior, no qual se faz menção explícita ao cometimento do crime por uma corporação, contido no art. 103. Quanto ao Código de 1940, ressalta-se a absolvição do finalismo a despeito de algumas marcantes diferenças, onde quanto ao essencial, a base estrutural do conceito de delito apoiara-se sobre um conceito ontológico de ação – manteve a postura do texto de 1940 (BUSATO, 2018).

A Constituição Federal de 1988, como já abordado anteriormente, traz com clareza solar no art. 173, § 5º e art. 225, § 3º a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. No entanto, parte da doutrina que se demonstra inconformada com a decisão do legislador constituinte, tratou de organizar malabarismos hermenêuticos num esforço para negar o que é tido como norma constitucional (BUSATO, 2018).

Portanto, a afirmação de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é um tema atual e sem raízes históricas no ordenamento jurídico brasileiro é por demais contraditória. O próprio Busato (2018), através do Código Criminal de 1830, passando pelo Código Penal de 1890 até chegar o Código Penal de 1940 aponta o quanto é citado a criminalização de tal instituto jurídico.

3.2 DIREITO COMPARADO

A abordagem da temática relativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica é um assunto de relevância também mundial e que abarca outros ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, o direito comparado aplicado para compreender esse instituto jurídico permeou em alguns ordenamentos jurídicos alienígenas, sendo alguns expressando recepção, com as devidas modificações; outros por outro lado, demonstrando com clareza a sua devida repulsa ao tema.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica quanto a outros ordenamentos jurídicos, teve diversas implicações quanto a sua implantação. Analisa-se que a ascensão da Revolução Francesa teve impacto na responsabilização criminal de entes coletivo, isto é, segundo Amorim (2000):

> Da Idade Antiga à Idade Média, as sanções coletivas impostas às tribos, vilas, comunas, cidades e famílias, eram predominantes. Após a Revolução Francesa os princípios individualistas e anticorporativos, surgidos com o pensamento iluminista, repudiavam tais punições, que não mais se sustentaram (AMORIM, 2000, p. 3).

Trazendo tal instituto jurídico para a Antiguidade Clássica, em relação ao direito romano, nota-se uma divergência doutrinária e quanto a isso Amorim (2000) também assevera:

> Alguns estudiosos sustentam que Roma não conheceu outra pessoa que não a física. Outros doutrinadores, apoiados na literatura estrangeira, afirmam que os romanos também concebiam, ao lado do homem, certas entidades abstratas titulares de direitos subjetivos. Outro aspecto, é que somente o Estado podia atribuir direitos e obrigações a certas comunidades e grupos sociais, constituindo, assim, uma personalidade jurídica emanada desse poder (AMORIM, 2000, p. 3).

Cabe ressaltar ainda, porém, que não havia no direito romano um entendimento pacífico, tendo em vista que o reconhecimento por entidades se dava por ficção jurídica (AMORIM, 2000).

Abrangentemente, nos países pertencentes à família do *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica: os precedentes legais que fundamentam seus sistemas de justiça criminal não criam obstáculos metodológicos ou científicos relevantes; por outro lado, os Estados regidos por sistemas legais codificados, como os da Europa continental e da América Latina, rejeitam a responsabilidade penal da pessoa jurídica: os sistemas de conceitos fundados na unidade orgânica de instituições e normas jurídicas escri-

tas, criam obstáculos metodológicos e científicos insuperáveis (SANTOS, 2014).

Relativo ao ordenamento inglês, a ideia com relação a tal instituto jurídico penal, surgiu por decisões jurisprudenciais no início do século XIX. Nas primeiras decisões, os tribunais ingleses só a admitiam como exceção ao princípio da irresponsabilidade para delitos omissivos culposos *(non feasance)* e comissivos dolosos *(misfeasance),* sendo assim, para tal ordenamento jurídico, a pessoa jurídica é cabível de responsabilização por toda infração penal, sendo no âmbito das atividades econômicas, de segurança no trabalho, de contaminação atmosférica e de proteção ao consumidor (PRADO, 2019). Prado (2019) ainda salienta que:

> Para se imputar a prática de um fato punível e o eventual elemento subjetivo (vontade) à pessoa jurídica é indispensável uma ação ou omissão do ser humano. Isso impõe que se lance mão de um artifício para atribuir à pessoa jurídica os atos de uma pessoa física: "um salto" da pessoa física para a jurídica (PRADO, 2019, p. 138-139).

O ordenamento jurídico norte-americano, como preleciona Prado (2019), admite que infrações culposas sejam imputadas às pessoas jurídicas, quando praticadas por empregado no exercício de suas funções, mesmo sem proveito para a empresa, e as infrações dolosas quando cometidas por executivo de nível médio. Estende-se a responsabilidade com fundamento preciso na teoria *respondeat superior*, através da qual os delitos de qualquer funcionário podem ser considerados como delitos da empresa.

Tratando-se do direito holandês, (art. 51, Código Penal holandês, alterado em 1976) vigora a teoria da responsabilidade funcional com sua essência fundamentada na jurisprudência, atribui-se a ação delituosa de uma pessoa física a uma pessoa jurídica quando a conduta real da primeira corresponda à execução de uma função determinada pela segunda na empresa. Não se trata, portanto, de uma qualidade direta da pessoa jurídica (PRADO, 2019).

O ordenamento jurídico francês, tratando-se do atual Código Penal de 1994, apresenta-se como uma excepcionalidade a vasta abordagem das influências da revolução francesa e do sistema romano-germânico no que diz respeito à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além disso, em contraposição a jurisprudência brasileira (sendo abordada nos capítulos posteriores), tal instituto jurídico encontra resistência da jurisprudência francesa.

Na França houve uma aceitação da teoria da realidade, havendo à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que viria a se tornar princípio a partir do Código Penal de 1992, que entrou em vigor em 1º de março de 1994. No entanto,

anteriormente no direito francês, a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Código Penal de 1810 encontrou resistência no sentido de que firmou como regra geral o princípio da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica (REBOUÇAS, 2008).

A matéria quanto à imputação das pessoas jurídicas desse instituto jurídico se encontra nos art. 121-1 e 122-3 do Código Penal Francês. Com efeito, Rebouças (2008) assegura que:

> Pelo princípio inserto na primeira alínea do art. 121-2, as pessoas morais são em geral responsáveis penalmente, excepcionado apenas o Estado. A segunda parte, entretanto, ressalva também a hipótese das coletividades territoriais, que só podem ser penalmente responsabilizadas se cometerem infração suscetível de ser objeto de delegação de serviço público. Assim sendo, tem-se que as pessoas jurídicas de direito privado (associações, sindicatos profissionais, fundações) são penalmente responsáveis e que, quanto às pessoas jurídicas de direito público, há a imposição legal de alguns limites à responsabilização. No que se refere às pessoas jurídicas de direito público, são penalmente responsáveis as sociedades de economia mista, as empresas nacionalizadas e os estabelecimentos públicos. São irresponsáveis, em contrapartida, o Estado e, em algumas hipóteses, as coletividades territoriais (REBOUÇAS, 2008, p. 4).

Ou seja, o Estado detém de forma intrínseca o monopólio da repressão penal, traduzida no *jus puniendi*, tendo em vista que o Estado não pode punir a si mesmo. Além disso, ressalta-se que o princípio da separação dos poderes constitui mais um impedimento à admissão da hipótese (REBOUÇAS, 2008).

Rebouças (2008) assegura que no direito penal francês, no que compete as pessoas morais estrangeiras, reina a incerteza e a imprecisão legislativa e jurisprudencial, além de que surge a pessoa jurídica somente a partir da matrícula (correspondente ao registro dos atos constitutivos do Direito Brasileiro) da sociedade, tem-se que somente poderá haver a responsabilidade penal de sociedades devidamente matriculadas.

As condições de aplicação da pessoa moral no sistema jurídico penal francês, estão fundamentadas nos princípios da especialidade e da pertinência do ato da pessoa jurídica. O princípio da especialidade diz respeito que somente uma disposição textual definindo a incriminação da pessoa moral pode engajar a responsabilidade penal desta, isto é, tal pressuposto se dar pelo fato da contextualização quando o Código Penal francês de 1994 entrou vigor, quando ingressava na experimentação de um sistema cujos pressupostos dogmáticos não estavam ainda suficientemente amadurecidos. (REBOUÇAS, 2008).

O princípio da pertinência do ato à pessoa jurídica, a infração penal deve ser deve ser cometida por um órgão ou representante da pessoa jurídica, agindo no

quadro de suas funções, por conta da pessoa moral. Salienta-se duas condições legais: a infração penal deve ser praticada por um órgão ou representante da pessoa moral e a segunda é a de que a infração deve ser cometida por conta da pessoa moral (REBOUÇAS, 2008).

Esmiuçado, assim como preleciona Rebouças (2008), o ordenamento jurídico francês condiciona a responsabilidade penal da pessoa jurídica que vêm surgindo nos sistemas penais contemporâneos para o combate a um fenômeno criminológico conhecido como "macrocriminalidade econômica", caracterizado pelo recrudescimento da criminalidade corporativa, que tem como robustos personagens as pessoas jurídicas.

O surgimento da criminalização da pessoa moral no ordenamento jurídico penal espanhol é considerado um marco para esse país. Nesse ordenamento jurídico penal, a responsabilidade penal da pessoa jurídica vem prevista de forma ampla e independente, paralelamente à responsabilidade da pessoa natural (art. 31 bis.3 e 5, Código Penal espanhol) (PRADO, 2019). Prado (2019) ainda acentua que:

> Assim e na esteira da tendência político-criminal europeia de institucionalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica, por influência, sobretudo, do sistema jurídico anglo-saxão, e de convenções internacionais, a Espanha, de filiação romanística, acaba também por consagrá-la (PRADO, 2019, p. 148).

Prado (2019), sustenta críticas no sentido de que em a lei de crimes ambientais, a lei n 9.605/98, não apresenta a devida construção de um verdadeiro subsistema penal devidamente estruturado para tal modelo de responsabilidade penal, diverso do tradicional, feito para as pessoas físicas, mas que com este último deve ser coexistente. Seguindo a mesma linha de raciocínio, silencia o legislador quanto à consignação de regras processuais próprias e adaptativas, indispensáveis à sua viabilização prática.

Portanto, o fenômeno da criminalização da pessoa moral é um marco ainda em expansão que se encontra consolidado em alguns países e em outros ainda merece estudos para que haja implantação, de acordo com a tradição do sistema jurídico de cada país, mas o que se torna mais evidente é que tal implantação surgiu por meio da jurisprudência de cada país e que os obstáculos de implantação só amenizaram quando tal instituto encontrou espaço na codificação penal de alguns países.

4. A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1 DA DOUTRINA

A doutrina se apresenta em expressivos embates sobre a implantação ou não da criminalização da pessoa moral. Masson (2019) expressa que aqueles que acompanham a linha contrária à criminalização da pessoa moral, mesmo com o texto constitucional, há entendimentos no sentido de que não foi prevista a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Os defensores desta linha de pensamento interpretam o art. 225, § 3.º, da Constituição Federal da seguinte maneira: pessoas físicas suportam sanções penais, ao passo que pessoas jurídicas suportam sanções administrativas. Cezar Roberto Bitencourt (2020) se posiciona de forma contrária quando assevera:

> Enfim, a responsabilidade penal continua a ser pessoal (art. 5º, XLV). Por isso, quando se identificar e se puder individualizar quem são os autores físicos dos fatos praticados em nome de uma pessoa jurídica, tidos como criminosos, aí sim deverão ser responsabilizados penalmente. Em não sendo assim, corre-se o risco de termos de nos contentar com uma pura penalização formal das pessoas jurídicas, que, ante a dificuldade probatória e operacional, esgotaria a real atividade judiciária, em mais uma comprovação da função simbólica do Direito Penal (BITENCOURT, 2020, p. 684).

Acompanhando tal raciocínio, Rogério Greco (2021) expressa:

> Nossa posição, baseada nos argumentos já expendidos, é no sentido de não se tolerar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, haja vista a sua total impossibilidade de se adaptar à teoria do crime, bem como a desnecessidade de intervenção do direito penal, pois os outros ramos do direito, a exemplo do direito administrativo, são ágeis e fortes o suficiente para inibir as atividades nocivas por ela levadas a efeito (GRECO, 2021, p. 310).

No entanto, muito se acolhe na doutrina brasileira a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Masson (2019) também salienta que aqueles que compactuam afirmam que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente pela prática de crimes ambientais, seja por interpretação do texto constitucional, seja por opção de política criminal, capaz de proporcionar eficiente resultado prático no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2021) salienta que:

> Embora haja controvérsia quanto ao conteúdo do texto, de reconhecer que deixa margem à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. E a Lei de Proteção Ambiental (Lei n. 9.605, de 12-2-1998), em seus arts. 3 o e 21 a 24, prevê essa responsabilidade. Logo, hoje, em vez de criticar, devemos reco-

> nhecer que a legislação penal brasileira admite a responsabilidade criminal de pessoa jurídica e procurar melhorar a nova sistemática. Em suma, alterando a posição anterior, hoje reconhecemos invencível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade (JESUS, 2021, p. 235).

Seguindo Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci (2019), vai além daquilo que está tipificado:

> Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes contra o meio ambiente, por todos os argumentos supracitados. E vamos além: seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º, CF). Depende, no entanto, da edição de lei a respeito (NUCCI, 2019, p. 233).

O fato é que por um lado tem o posicionamento contrário de alguns doutrinadores enraizado em um Direito Penal que apenas aceita a imputabilidade das pessoas físicas e por outro lado, existem doutrinadores que reiteram que é possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, como já mencionado, a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é um fato jurídico normativo que o Direito Penal não pode se esquivar de abordar.

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais superiores brasileiros, de forma gradativa, por meio dos seus julgados, expressam pacificidade quanto à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesse sentido, de acordo com o Supremo Tribunal Federal na análise do RE 548181/PR de relatoria da ministra Rosa Webber e de acordo com o Superior Tribunal de Justiça no RMS 39.173-BA, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, é pacífico na jurisprudência a admissibilidade quanto ao abandono da dupla imputação:

> Segundo o entendimento atual da jurisprudência, é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. A jurisprudência não mais adota a chamada teoria da "dupla imputação".
>
> STJ. 6ª Turma. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015 (Info 566).
>
> STF. 1ª Turma. RE 548181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 6/8/2013 (Info 714).

Vale ressaltar ainda como fator que contabiliza a pacificação no que diz respeito à responsabilização penal do ente coletivo é a existência da tese que correlaciona o princípio da intranscendência da pena com a pessoa jurídica.

O princípio da intranscendência da pena, segundo Cleber Masson (2019), incide que a pena não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a pessoa do condenado (CF, art. 5.º, XLV), ou seja, o apontamento essencial dessa exposição é impedir que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator.

Nesse sentido, o Ministério Público Estadual ajuizou ação penal contra uma empresa imputando-lhe o delito tipificado no art. 54, § 2º, V da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), no entanto, essa empresa fora absorvida por outra empresa fazendo com que a empresa nova, passando a existir em substituição da empresa velha, solicitasse que se aplicasse, por analogia, o art. 107, I, do Código Penal, e que fosse extinta a punibilidade, tendo em vista que a empresa nova é pessoa jurídica distinta da empresa extinta. Apesar do posicionamento contrário do Ministério Público Estadual, através de recurso, pacificou-se o seguinte entendimento:

> O princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, XLV da Constituição Federal, tem aplicação às pessoas jurídicas, de modo que, extinta legalmente a pessoa jurídica - sem nenhum indício de fraude -, aplica-se analogicamente o art. 107, I, do Código Penal, com a consequente extinção de sua punibilidade.
>
> STJ. 3ª Seção. REsp 1.977.172-PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/08/2022 (Info 746).

Nesse sentido, os tribunais superiores já se posicionam com mais afinidade à implantação e existência da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, os doutrinadores favoráveis e também a jurisprudência já demonstram, através de seus posicionamentos, indícios de que o fenômeno da responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma tendência de expansão expressiva no ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um fenômeno jurídico novo, sem embasamento jurídico teórico e normativo. Tal instituto possui uma trajetória imprescindivel no ordenamento jurídico brasileiro, tendo seu inicio no Código Criminal do Império de 1830, até a Constituição Federal 1988 e, consequentemente, com a lei de Crimes Ambientais, evidenciando com isso que a responsabilidade penal da pessoa jurídica possui sim tradição no ordenamento jurídico pátrio e sua recepção expressa na Carta Magna de 1988 e regulamentada na lei de crimes ambientais, a lei nº 9.605/98, não se traduzem como inovação jurídica desregrada do constituinte em 1988, mas sim um passo decisivo para sua implantação.

No direito comparado também é possível vislumbrar a recepção, com as devidas adaptaçãoes, da criminalização do ente moral, mas também em outros ordenamentos a repulsa evidente em não recepcionar esse instituto jurídico, ou seja, os países com o sistema jurídico common law (notadamente os países Europeus e Anglo-Saxônicos) recepcionaram sem ressalvas tal instuto jurídico, enquanto que os países com o sistema jurídico civil law (notadamente os países da América Latina) demonstraram repusla imediata. Além disso, o estudo do direito comparado também forneceu informações no sentido de que o marco incial de implantação da criminalização do ente moral se deu pela jurisprudência.

No direito penal pátrio quando se aborda esse tema é visível que alguns operadores do direito, mesmo que contrário a tal instituto jurídico, mostram de forma expressiva questionamentos realmente relevantes para que a implantação de tal instituto tenha fundamento teórico e prático. No entanto, a implantação do instituto jurídico é um fenômeno que demanda respostas ativas do direito penal brasileiro e a jurisprudência, juntamente com a doutrina mais favorável, ao longo dos anos, já se posiciona de forma pacífica quanto à implantação, onde o passo inicial foi dado pela jurisprudência. Nesse sentido, apesar da existência como norma constitucional e extravagante, ainda se faz necessário a inclusão como tipo penal no Código Penal, buscando os efeitos práticos e amenização dos embates.

O direito, em especial na esfera penal, não pode ser banalizado ao passo de punir a qualquer circunstância, tendo em vista a observação estrita dos preceitos constitucionais enraizados por todo o texto da Carta Magna de 1988. Mas vale ressaltar que o Direito Penal não pode fugir daquilo que está em consolidação e necessita de suas respostas. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é um fenômeno jurídico penal histórico e atual, por isso, o direito penal não pode se abster de contemplar e disciplinar tal instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Manuel C. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista10/revista10_23.pdf Acesso em: 2021.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal.* 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2021 BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e abandono da dupla imputação.* Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/253f7b5d921338af34da817 c00f42753. Acesso em: 20/02/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O princípio da intranscendência da pena também se aplica para pessoas jurídicas;assim, se uma empresa que está respondendo processo por crime ambiental for incorporada, sem nenhum indício de fraude, haverá extinção da punibilidade.* Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3bc412ad4910c19f671051 5540190792. Acesso em: 20/02/2023.

BUSATO, Paulo C. *A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro.* Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85 Acesso em: 2021.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e lindb. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal:* parte geral. 23ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

JESUS, Damásio de; ESTEFAM, André. *Direito Penal:* parte geral. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal:* parte geral [Arts. 1ª a 120]. 13ª ed. São Paulo: Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de S. *Manual de Direito Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz R. *Direito Penal do Ambiente:* crimes ambientais (lei 9.605/1998). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REBOUÇAS, Sérgio B. A. A *Responsabilidade da Pessoa Jurídica no Direito Francês.* Disponível em: https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1877#:~:text=O%20sistema%20franc%C3%AAs%20baseia%2Dse,%C3%B3rg%C3%A3o%20ou%20representante%20d o%20ente). Acesso em: 2021.

RODAS, João G. *A evolução que criou a pessoa jurídica deve ser conhecida.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/olhar-economico-evolucao-criou-pessoa-juridica-merece-conhecida Acesso em: 2021.

SANTOS, Juarez C. dos. *Direito Penal:* parte geral. 6ª ed. Curitiba: ICPC, 2014.

TELES, Marcela B. S.; VIANA, Agnaldo D. *A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Ambientais.* Disponível em:https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-responsabilidade-penal-das-pessoas-jur idicas-por-crimes-ambientais/ Acesso em: 2021.

ZAPATISMO E ALTERNATIVAS À FORMA JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES A UMA CRÍTICA DESCOLONIAL DA CIDADANIA MODERNA

ZAPATISMO AND ALTERNATIVES TO THE JURIDICAL FORM: CONTRIBUTIONS TO A DECOLONIAL CRITIQUE OF MODERN CITIZENSHIP

*Caio Aragão da Rocha**

Resumo: O artigo investiga a articulação entre a reprodução do capital, o Estado e o Direito na conformação da agência política e das relações sociais. Assim, volta-se à análise das limitações do conceito de cidadania originado pela institucionalidade liberal. Como hipótese inicial, estabeleceu-se que as bases ideológicas da modernidade, como a racionalidade e o indivíduo, fundam-se sobre um padrão de poder marcado pela colonialidade a serviço da reprodução do capital. Nesse sentido, a crítica desenvolvida, estruturada pelo materialismo histórico e através de pesquisa bibliográfica, avançou sobre o papel da forma jurídica como elemento central da conformação da cidadania na modernidade, identificando a extensão das limitações impostas à agência política de grupos sociais. Por fim, realizou-se estudo de caso da experiência zapatista, observando-se as potencialidades do surgimento de sociabilidades emancipatórias a partir da construção da autonomia, e concluindo que uma perspectiva crítica radical de cidadania não deve abrir mão da rejeição da forma-mercadoria, da forma estatal e da forma jurídica como intermediárias das relações sociais.

Palavras-chave: Modernidade. Padrão de poder capitalista. Forma jurídica. Cidadania. Zapatismo.

Abstract: The article investigates the articulation between the reproduction of capital, the State and the Law in the shaping of political agency and of social relations. Hence the analysis concentrates on the limitations of the concept of citizenship originated by liberal institutionality. As an initial hypothesis, it is established that the ideological bases of modernity,

*** Graduando do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/4114446749808550. E-mails: caioar200@gmail.com / caio.aragao@ufpe.br**

such as rationality and the individual, are based on a pattern of power marked by coloniality at the service of capital reproduction. In this sense, the critique, structured by historical materialism and developed through bibliographical research, advanced on the role of the juridical form as a central element in the wrought of citizenship in modernity, recognizing the extent of the limitations imposed on political agency of social groups. Finally, a case study of the Zapatista experience was carried out, identifying the potential for the emergence of emancipatory sociabilities from the construction of autonomy, and concluding that a radical critical perspective of citizenship should not give up the rejection of the commodity form, the state form and the juridical form as intermediaries of social relations.

Keywords: Modernity. Capitalist pattern of power. Juridical form. Citizenship. Zapatismo.

1. INTRODUÇÃO

A concepção de cidadania liberal, forjada a partir do marco filosófico da modernidade, representa peça central na teoria e na prática política do Estado contemporâneo. Para além de seu papel no ideário que norteia diversas Constituições mundo afora, consagrando valores como liberdade e igualdade formal, ou até mesmo direitos sociais mais progressistas, essa conformação de cidadania sinaliza sua indissociação do Estado.

A constatação das contradições presentes entre o arcabouço ideológico inaugurado pelos modernos e a realidade material, por outro lado, sobretudo no que diz respeito ao descolamento do ideal de homem-cidadão com a hierarquização das subjetividades e dos grupos sociais fundada no padrão de poder capitalista, enseja o questionamento aos processos violentos, muitas vezes legitimados pela institucionalidade liberal. À vista disso, nosso estudo parte de um esforço epistemológico alicerçado na crítica radical à forma política estatal, legatária do materialismo histórico de Karl Marx, e em perspectivas descoloniais, sobretudo a encabeçada por Aníbal Quijano, visando a compreender de que formas a herança filosófica da modernidade, combinada com a hierarquização inerente ao padrão de poder capitalista, impacta a materialidade das relações sociais que sobre esse substrato se desenvolvem.

Em seguida, norteando-nos pelas indispensáveis contribuições de Evguiéni Pachukanis e de autores, como Alysson Mascaro, que continuam a ressoar uma crítica marxista radical do Direito, a investigação volta-se à forma jurídica como instrumento crucial na articulação entre produção capitalista, Estado, Direito e cidadania. A partir dessa perspectiva, analisa-se a cidadania gestada na modernida-

de como mecanismo de conformação da agência política a termos ideais à reprodução do capital, em contraposição a vias de transformação concreta da realidade social.

Por fim, buscando alternativas às balizas das forma jurídica e estatal de cidadania, longe de pretender empreender um esforço historiográfico e sociológico minucioso, toma-se o movimento zapatista como estudo de caso. Isso porque o zapatismo, herdeiro da histórica luta indígena maia, parte da singularidade dessas comunidades para construir formas de organização baseadas na *autonomia*. O estudo da organização política e social dessas comunidades, fundada numa perspectiva anti-capitalista de recusa da institucionalidade estatal, abre caminho para a compreensão das potencialidades e limitações de uma sociabilidade alternativa ancorada na autogestão comunitária. O presente trabalho, nesse sentido, parte da crítica à modernidade, da forma política estatal e da cidadania liberal para, guiando-se pelas alternativas providas pelo zapatismo, investigar o potencial emancipatório de formas de organização inconciliáveis com o Estado.

2. O HOMEM NOVO E SEUS PARES: OS LIMITES DA MODERNIDADE

A Segunda Guerra Mundial representou um ponto de virada na história da humanidade, a partir do qual vários paradigmas que sustentavam a organização da sociedade ocidental foram postos em xeque. Nesse cenário de transformações, o surrealista espanhol Salvador Dalí pintou a tela "Criança geopolítica observando o nascimento do homem novo". Na obra, em meio à esterilidade de um deserto, um homem rompe um ovo, que se assemelha à Terra e o envolve, possibilitando seu próprio nascimento para além das paredes de um mundo que não mais o comporta. Esse movimento de auto-gestação de um novo sujeito, todavia, não é exclusivo do momento histórico de questionamento da modernidade, tendo ocorrido processo semelhante no nascimento do homem moderno.

Os processos que deram origem à modernidade são marcados por mudanças nos critérios de validade do conhecimento, de forma que a metamorfose do sujeito se deu a partir da transformação da compreensão da realidade. O mais célebre postulado cartesiano - *cogito ergo sum* - sintetiza a revolução epistêmica empreendida na construção da modernidade. Descartes logra expressar uma operação de reterritorialização da verdade transferindo o fundamento do conhecimento da autoridade mística da tradição, típica do medievo, para o único elemento que não podia, a seu ver, ser negado: o próprio sujeito (COSTA, 2005).

O homem moderno, assim como o surrealista de Dalí, não surge, portanto, de um parto, pois isso implicaria um fundamento anterior a sua existência. A operação inverte-se, de forma que é o próprio sujeito, alicerçado sobre si mesmo e sobre seu mais valioso atributo - a racionalidade - que figura como condição de validade do conhecimento, agora tomado como verdade. Na visão de Descartes (1985, p. 56),

> concluí que, enquanto eu queria pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que essa verdade "penso, logo existo" era tão firme e segura que as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de abalar, julguei que podia aceitá-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava.

Tornando-se o homem[1] e sua racionalidade os fundamentos para a compreensão da realidade, a totalidade do mundo é, então, passível de compreensão pelo pensamento humano. Como consequência, a "universalização da subjetividade é via moderna para garantir a objetividade do mundo, estando ela na base das principais concepções da modernidade" (COSTA, 2005).

A universalização da subjetividade, elemento essencial à modernidade, tem como pedra angular a vontade livre do indivíduo como orientadora de suas ações. Nesse sentido, pari passu à consagração do homem como fundamento da verdade filosófica e à expansão dessa abstração a todos os homens - agora dotados de vontade -, o exercício de poder político passa a ser legitimado pela aquiescência subjetiva da autoridade por cada um dos indivíduos que a ela se submetem[2]. Por conseguinte, o indivíduo livre, quando age politicamente, é tido como *cidadão*, enquanto do ponto de vista jurídico surge o *sujeito de direito*. O Estado e o Direito, destarte, constituem-se sob o signo da igualdade formal entre os sujeitos, compreendidos abstratamente, posto que despidos dos traços distintivos de classe, gênero e raça que conformam a materialidade das relações sociais estabelecidas sob a modernidade.

Essa construção filosófica e ideológica resulta na estruturação de instâncias de exercício de poder que, à primeira vista apartadas da concretude das relações sociais hierarquizadas, servem historicamente à constituição e à reprodução do padrão mundial de poder capitalista. Na medida em que a construção e a reprodução desse padrão de poder típico da modernidade passa por processos de domina-

1 O marcador do gênero masculino é essencial para a compreensão das bases da modernidade e denota, desde já, sua estruturação a partir da hierarquização dos sujeitos.

2 Esse ponto de vista, inaugurado pelos contratualistas, ecoa largamente no pensamento político contemporâneo de matriz liberal.

ção e resistência entre povos a nível global, a mobilização da noção de colonialidade é essencial à compreensão das particularidades do padrão de poder moderno eurocentrado.

A caracterização da dominação colonial frequentemente se limita às formas de subjugação e dependência política, econômica e militar entre povos. O nível de análise que busca assimilar a totalidade histórico-social, no entanto, implica a articulação entre uma pluralidade de componentes que determinam cada um dos meios da existência social. Nesse sentido, o surgimento de sociabilidades estruturalmente marcadas pela dominação típica do colonialismo não se dissocia de seu aspecto simbólico - a colonialidade -, responsável pela naturalização de hierarquias territoriais, raciais, culturais, de gênero e epistêmicas (RESTREPO; ROJAS, 2012). A dimensão colonial, assim, possibilita a articulação dos marcadores de gênero e raça com a dominação econômica entre classes e entre centro e periferia do sistema global na determinação das feições do exercício do poder. Para Aníbal Quijano (2009, p. 76):

> O poder é o espaço e uma malha de relações sociais de exploração/dominação/conflito articuladas, basicamente, em função e em torno da disputa pelo controlo dos seguintes meios de existência social: 1) o trabalho e os seus produtos; 2) dependente do anterior, a 'natureza' e os seus recursos de produção; 3) o sexo, os seus produtos e a reprodução da espécie; 4) a subjectividade e os seus produtos, materiais e intersubjectivos, incluindo o conhecimento; 5) a autoridade e os seus instrumentos, de coerção em particular, para assegurar a reprodução desse padrão de relações sociais e regular as suas mudanças.

À vista disso, a reprodução de um padrão de poder global centrado no capitalismo funda-se na classificação racial dos povos, com repercussões na produção da vida material e nas subjetividades que nela se conformam. A racionalidade moderna, portanto, ao tomar como premissa "uma concepção de humanidade segundo a qual a população do mundo se diferenciava em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tradicionais e modernos" (QUIJANO, 2009, p. 75), é responsável pela naturalização das relações sociais típicas do modo de produção capitalista. Isto é, o paradigma moderno legitima hierarquias baseadas na dominação de classe, gênero e raça a nível global.

Surge, por conseguinte, uma ruptura na modernidade. Por um lado, a construção da racionalidade moderna, do Estado e do Direito pressupõem a igualdade formal entre os sujeitos, articulando-se a partir da figura do indivíduo dotado de vontade livre, seja para compreender o mundo a partir de sua racionalidade, para participar politicamente entre seus pares através do voto na democracia liberal, ou

para contrair obrigações enquanto sujeito de direito. Por outro, o modo de produção capitalista em escala global sustentado por essa mesma racionalidade pretensamente universalizante exige a hierarquia dos sujeitos, visando à reprodução de seu padrão de poder.

A "naturalização" dessa realidade tem como efeito ideológico a disseminação das formas de organização econômicas, sociais, políticas e culturais de maneira a-histórica. Segundo Quijano (2009, p. 78), "em todas essas vertentes subjaz a ideia que de algum modo as relações entre os componentes de uma estrutura societal são dadas, a-históricas, ou seja, são o produto da atuação de algum agente anterior à história das relações entre as gentes". Ignora-se, contudo, que essa mesma hierarquização dos sujeitos e dos povos articula-se através de elementos territorialmente heterogêneos, conferindo diversidade às formas de dominação estabelecidas a depender da realidade histórica da luta de classes em cada um dos contextos onde ela se trava. Assim,

> Cada elemento de uma totalidade histórica é uma particularidade e, ao mesmo tempo, uma especificidade e, eventualmente até, uma singularidade. Todos eles se movem dentro da tendência geral do conjunto, mas têm ou podem ter uma autonomia relativa e que pode ser, ou chegar a ser, eventualmente, conflituosa com a do conjunto. Nisso reside também a moção da mudança histórico-social. (QUIJANO, 2009, p. 86)

A articulação do capitalismo a partir da desigualdade a nível global, ou seja, em relações de dependência entre centro e periferias, representa portanto a própria negação da visão idealista de igualdade formal universal. Coexistem, por exemplo, todas as formas de dominação do trabalho humano historicamente conhecidas - escravidão, servidão, trabalho assalariado, etc - voltadas à dinâmica da reprodução do capital. Essa trama que molda o padrão de poder capitalista, assim, fia-se a partir das construções fundantes da modernidade: propriedade privada, Estado-nação, racionalidade, família burguesa, etc.

Sem embargo, é a colonialidade que, ao hierarquizar as existências sociais, forja, na periferia, uma pluralidade de subjetividades em contraposição ao padrão de poder racializado que atravessa as relações sociais. Como resultado, a ascensão de identidades plurais que congregam múltiplas resistências ao padrão de poder marcado pela colonialidade acrescenta novos elementos em conflito aberto com a racionalidade moderna. Assim, o homem moderno, nascido de seu próprio ovo, de forma semelhante à obra de Dalí, ao libertar-se de um mundo que não mais o comporta, não se acha desacompanhado, mas confrontado com outras existências, diferentes da abstração que o moderno constrói de si mesmo, e que a ele se contrapõem.

3. TERRENO ESTÉRIL: FORMA JURÍDICA E CIDADANIA LIBERAL COMO BASES DA COLONIALIDADE

A modernidade madura inaugura uma fase de questionamentos com relação às bases sobre as quais o pensamento moderno se estabeleceu, ou seja, põe-se em perspectiva o fato de que, "longe de promover uma ruptura com o modo tradicional de pensar, a modernidade simplesmente inaugurou uma nova tradição, com ídolos e crenças novos, porém fundados nas velhas ideias de naturalidade e evidência" (COSTA, 2005). A racionalidade moderna, portanto, não mais fornecia bases sólidas o suficiente para a compreensão do mundo, uma vez que se funda em idealismos e abstrações como a igualdade formal dos indivíduos, incompatível com relações sociais historicamente situadas e intermediadas por relações de poder e hierarquias.

Na filosofia do direito, essa tentativa de redenção da racionalidade moderna como fundamento do conhecimento reside na Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen, seu maior expoente, transfere a problemática da validade das normas, atribuindo -a ao conceito de norma fundamental pressuposta, pilar que sustenta a estrutura normativa, provendo-lhe um fundamento isento de questionamento dentro da dinâmica do ordenamento. Segundo o próprio Kelsen (1990, p. 256), contudo, a *Grundnorm* nada mais é do que uma ficção[3], ou seja, assim como as demais teorias modernas, sua formulação só acha sustentação sobre um mundo suposto, ideal.

Se, por um lado, o pensamento kelseniano perdura como referência basilar na formação jurídica até os dias atuais, por outro, o pós-guerra ensejou uma profusão de reações teóricas na busca por critérios de validade normativa para além do formalismo que sustenta a tão conhecida pirâmide. Parte considerável da crítica ao jusfilósofo austríaco decorre da concepção, contaminada pelo trauma da guerra, segundo a qual a dispensa de conteúdo axiológico para legitimar o ordenamento, nos termos da Teoria Pura, abre brechas à legitimação de qualquer que seja a ordem jurídica, ainda que esta seja responsável por atrocidades como as promovidas pelo Estado nazista. Ocorre que atribuir essa ou aquela noção de justiça como preceito de validade de uma norma se trata de debate idealista, que esbarra com os limites concretos que o Direito e o Estado impõem nos processos de garantia e de ampliação de direitos. Isso porque esse esforço filosófico restringe-se ao conteúdo

3 "[T]he Basic Norm of a positive moral or legal system is not a positive norm, but a merely thought norm (i.e, a fictitious norm), the meaning of a merely fictitious, and not a real, act of will".

atribuído às normas, deixando de lado aspecto central à compreensão da dinâmica do ordenamento: a forma jurídica.

Atento à forma pela qual o Estado age enquanto aparato de dominação e buscando assimilar o Direito não por seu conteúdo, mas pela forma pela qual intermedia as relações sociais, o jurista soviético Evguiéni Pachukanis (2017, p. 143) questiona:

> Por que a dominação de classe não se apresenta como é, ou seja, a sujeição de uma parte da população à outra, mas assume a forma de uma dominação estatal oficial ou, o que dá no mesmo, por que o aparelho de coerção estatal não se constitui como aparelho privado da classe dominante, mas se destaca deste, assumindo a forma de um aparelho de poder público impessoal, separado da sociedade?

Seu questionamento funda-se na constatação de que, diferentemente das formas de domínio político pré-capitalistas, o Estado não funciona como expressão direta e desvelada de dominação de classe, mas como uma instância, *prima facie*, apartada dos agentes que detêm o poder econômico. A resposta, fruto de análise fundada no materialismo histórico e na teoria marxiana, é encontrada na ideologia jurídica sobre a qual os processos de valorização do valor e de acúmulo de riqueza capitalistas, nutridos pela exploração do trabalho alheio e por sua disposição como mercadoria, assentam-se. Em outras palavras, é a construção filosófica e ideológica do indivíduo moderno que possibilita a manutenção do padrão de poder capitalista, marcado pela colonialidade, e de seus aparatos de poder.

O padrão de poder que marca a modernidade, assim, é axiologicamente sustentado pela abstração de uma sociedade formada por indivíduos que se relacionam livremente enquanto sujeitos de direito regidos pelos princípios da liberdade e da igualdade formal. Em decorrência disso, o Estado, forma típica do capitalismo, de maneira diversa às formas de organização política que o precederam - onde dominação política e social não se distinguiam - representa uma clivagem no exercício de poder, em que as dimensões política e econômica apresentam-se apartadas.

A legitimação dessa ordem provoca o apagamento dos traços distintivos que atravessam os sujeitos e que representam as instâncias sobre as quais a dominação social é operada sob a lógica da colonialidade. A materialidade das relações sociais, marcadas pelos fatores de classe, raça e gênero, é desconsiderada, consagrando a abstração dos sujeitos como entes livres e iguais, ou seja, o que conforma o sujeito na sociabilidade capitalista, nas dimensões política, econômica ou jurídica, como visto, é a vontade. Para o Direito, portanto, o indivíduo dotado de

vontade é lido exclusivamente enquanto *sujeito de direito*, de forma a legitimar, sob a coerção dos instrumentos de poder, o controle sobre os sujeitos, suas subjetividades e formas de organização.

Alysson Mascaro (2013, p. 40), retomando a perspectiva pachukaniana, demonstra que a forma jurídica não decorre do Estado, mas "a circulação mercantil e a produção baseada na exploração da força de trabalho jungida de modo livre e assalariado é que constituem, socialmente, o sujeito portador de direitos subjetivos". É a reprodução de uma sociabilidade construída sob o signo da modernidade e da colonialidade, amparada pela forma jurídica, portanto, que torna possível e necessária a forma estatal como intermediária da organização política, institucionalizando os meios hábeis à garantia das condições estruturais à segurança da reprodução capitalista. Para Pachukanis (2017, p. 97), "[d]o mesmo modo que a riqueza da sociedade capitalista assume a forma de uma enorme coleção de mercadorias, também a sociedade se apresenta como cadeia ininterrupta de relações jurídicas".

À vista disso, o Estado, cujas engrenagens revestem-se da forma jurídica, não constitui esfera neutra de exercício de poder. O Estado não é capitalista simplesmente em decorrência do assenhoramento do poder político estatal pelas elites, mas sobretudo porque a própria forma estatal traduz a institucionalidade necessária à reprodução do capital. Assim, mesmo diante da ascensão de forças políticas progressistas à liderança do aparato estatal ou da ocupação de posições da burocracia por sujeitos comprometidos com transformações sociais, a superação do padrão de poder capitalista não estaria no horizonte próximo, em decorrência da intermediação da sociabilidade pela forma jurídica. Conclui Mascaro (2013, p. 46):

> Havendo a necessidade de intermediar continuamente a relação de exploração da força de trabalho, por modo assalariado, regulando-a, bem como aos processos contínuos de valorização do capital, o Estado mantém a dinâmica capitalista ainda quando seus dirigentes declaram oposição às classes burguesas. A forma estatal faz com que ações políticas sejam necessariamente configuradas na forma da reprodução contínua do valor.

A síntese entre forma jurídica e forma política estatal sob o signo da sociabilidade capitalista culminam no disciplinamento da agência política pelos limites do Direito, consubstanciados na concepção liberal de cidadania. Assim, à medida que se consolida um processo de captura e encapsulamento da ação política pelo Estado, o sujeito político constitui-se tão somente enquanto cidadão, subordinando-se ao domínio do Estado sob o véu da ilusão jurídica de estar submetendo-se à própria vontade.

O conceito de cidadania é um dos pilares do Direito e da modernidade e está umbilicalmente ligado às diversas teorias contratualistas legitimadoras do Estado. Isso porque, sendo o homem moderno - abstração fundante da modernidade - suficiente em sua individualidade e dotado de vontade livre, a organização política desses numerosos[4] sujeitos revela-se como um acordo de vontades, um contrato social. Segundo a filosofia política fundante da modernidade, sendo cada indivíduo dotado de vontade própria e interesses individuais, compor uma comunidade política materializada pelo Estado, ou seja, abdicar de parte da liberdade inerente a cada um desses sujeitos seria o remédio amargo a ser suportado pela sociedade visando à prevenção da *guerra de todos contra todos* (FELIX, 2019, v. 29, p. 32). A atuação do Estado, por sua vez, teria o condão de amalgamar os diversos interesses individuais e expressar a *vontade geral*.

Como reflexo ideológico, tem-se a limitação de horizontes em relação às possibilidades de participação política dos sujeitos, posto que não apenas a ação política vê-se reduzida à esfera da institucionalidade estatal, mas também o Estado é considerado como manifestação garantidora da sobrevivência social, necessário em toda e qualquer forma de organização social. Pachukanis (2017, p. 146) resume a problemática da a-historicidade do modo de produção capitalista e do Estado como sua forma típica de organização política: "O pensamento burguês, para o qual os quadros da produção mercantil são quadros eternos e naturais de toda a sociedade, proclama, portanto, que o poder abstrato do Estado é um elemento de qualquer sociedade". O vínculo político estabelecido entre o sujeito e a comunidade política, portanto, é constituído pelo ideal de cidadania burguesa, reproduzindo a lógica sob a qual é concebido o sujeito de direitos.

Em sua obra clássica "Cidadania, classe social e status", Thomas Humphrey Marshall (1977) inaugurou uma corrente teórica que influenciou largamente a ideia de cidadania que ainda permeia o ideário político contemporâneo. O sociólogo inglês, na tentativa de ampliar o conceito de cidadania liberal, fundado unicamente sobre a abstração da igualdade formal, busca incluir uma perspectiva evolucionista, apontando para um processo histórico de ampliação da titularidade de direitos, divididos nas dimensões civil, política e social. O fundamento do conceito marshalliano de cidadania consiste na conquista de direitos e no cumprimento de deveres (BRITO, 2018). Ocorre que o ponto de vista de Marshall, apesar de articular historicamente a dimensão da luta de classes na formação da cidadania, limita-se

4 Numerosos, não plurais, pois a abstração moderna se vale do mito da igualdade formal entre os sujeitos.

às balizas institucionais, de forma que o horizonte de ampliação de direitos é sempre filtrado pela forma jurídica subjacente ao aparato estatal.

À vista disso, levando em consideração que a natureza do Estado está circunscrita à forma política do capital, a cidadania característica à modernidade representa uma clausura às formas de organização política dos diversos grupos sociais e, por conseguinte, a manutenção do padrão de poder capitalista marcado pela colonialidade. Em outras palavras, "o discurso da cidadania é a muralha jurídica da modernidade, o fator de legitimação da burguesia para obter o poder político" (BRITO, 2018, p. 132).

Não se trata de negação da relevância histórica das lutas sociais na construção e ampliação dos direitos conquistados até então; ao contrário, são essas dinâmicas constituídas no seio da organização social que, através da participação popular, são responsáveis pela natureza emancipatória que possibilita o apoderamento de esferas de poder pela classe trabalhadora. No entanto, se os avanços desses grupos sociais são condicionados pelas formas típicas do capitalismo - a forma jurídica e a forma política estatal -, a luta por uma cidadania alicerçada sobre as bases que nutrem a reprodução do capital significa aprofundar o padrão de poder moderno.

Assim, ainda que haja o reconhecimento formal de certo pluralismo através de uma cidadania de feitio multicultural mas ainda fundada na forma jurídica, a esterilidade do Direito se fará presente em padrões de dominação entranhados na colonialidade hierarquizante. Ou seja, ainda que os indivíduos sejam enxergados a partir de determinadas singularidades, assim como Dalí pintou sujeitos diferentes entre si na pintura descrita no início desse trabalho, a aridez do ambiente em que eles se acham tratará de obstar tentativas de transformação radical. Erigir verdadeira emancipação política significa, portanto, construir formas alternativas de sociabilidade para além das amarras da modernidade, como a que analisaremos em seguida.

4. O MURO E A FENDA: A AUTONOMIA ZAPATISTA EM GUERRA CONTRA A MODERNIDADE

O Estado moderno, aliado à democracia liberal, consubstancia uma forma de organização política que busca legitimar, sob uma ótica ético-moral, um plexo de relações sociais permeadas pela hierarquização de subjetividades e de grupos so-

ciais. Isso porque, como visto, o Estado é a forma política típica do capital, isto é, sua sustentação e reprodução só são viabilizadas através de desigualdades socioeconômicas. A sociabilidade gestada a partir da forma política estatal, marcada pela colonialidade, portanto, expressa-se por meio de relações de subordinação, de forma que as hierarquias de classe, raça e gênero culminam politicamente na clivagem governante/governado.

Esse arranjo, chamado pelo filósofo Cornelius Castoriadis (1986) de *heteronomia*, é amparado por um arcabouço simbólico, cultural e moral que conforma as diversas subjetividades subordinadas ao domínio do capital. Assim, a naturalização das hierarquias implica numa concepção de tempo histórico estática, segundo a qual as relações sociais sempre se pautaram e sempre pautar-se-ão no binômio dominação/exploração. Em decorrência disso, memórias contra-hegemônicas do passado e perspectivas de um futuro alternativo só têm lugar na modernidade como delírios e sonhos.

Não obstante, é da resistência de grupos historicamente marginalizados e oprimidos pela modernidade que surge uma oposição à aparente inexorabilidade do capital. Do estado de Chiapas, no México, ou seja, na periferia do capitalismo, uma insurgência de maioria indígena maia demonstrou a potência transformadora de formas de organização social pautadas pela construção contínua de uma autonomia anticapitalista e afastada da institucionalidade estatal. O movimento, que reivindica o legado de Emiliano Zapata[5], emerge da luta histórica dos povos indígenas contra a destruição comunitária perpetrada pelo capital, gestando uma sociabilidade descolada das formas essenciais à reprodução do capitalismo. A experiência rebelde zapatista demonstra que a modernidade não deve necessariamente ser compreendida apenas a partir da tela surrealista que vimos , mas também segundo uma metáfora particular: o muro e a fenda.

Nos termos da palavra-pensamento zapatista, o muro simboliza o padrão de poder capitalista, de solidez aparentemente inabalável. À visão do sujeito imerso na construção ideológica a-histórica que sustenta a modernidade, o muro mostra-se imenso e eterno. Contra sua rigidez, resta uma alternativa: raspá-lo incansavelmente até que se abra uma fenda. Para os zapatistas, sua luta materializa uma fenda no muro capitalista, que deve ser empreendida continuamente, posto que o muro é capaz de regenerar-se por si mesmo. Vítimas históricas do colonialismo e da colonialidade, os zapatistas têm clareza quanto às armadilhas ideológicas da

5 Líder histórico da Revolução Mexicana, originário do sul agrário do país.

modernidade, como magistralmente expressa um dos rebeldes de Chiapas, o Subcomandante Galeano (2021, p. 31):

> O zapatista, a zapatista sabe também que o muro muda a sua aparência. Às vezes, ele é como um grande espelho que reflete a imagem da destruição e da morte, como se nenhuma outra coisa fosse possível. Às vezes, o muro parece agradável, e surge uma paisagem plácida na sua superfície. Outras, é duro e cinza, como se quisesse nos convencer de sua impenetrável solidez. [...] Mas o zapaúta, a zapatista sabe que é mentira. Sabe que o muro não esteve sempre aí. Sabe como ele foi erguido. Conhece o seu funcionamento. Conhece os seus truques. E sabe também como destruí-lo. Não se preocupa com a suposta onipotência e eternidade do muro. Sabe que essas coisas são falsas. Porém o importante agora é a fenda, que ela não se feche, que ela aumente. Pois o zapatista, a zapatista sabe o que está do outro lado do muro.

Oposição radical ao muro da modernidade, a fenda zapatista edifica-se a partir da antítese daquele, visando à construção de um dos possíveis mundos além-muro. O antagonismo com o padrão de poder capitalista advém, sobretudo, da construção coletiva da *autonomia*, peça central do ideário zapatista em oposição à heteronomia moderna.

As contradições entre a concepção idealista do Estado - que o considera expressão de uma institucionalidade fundada na racionalidade humana, capaz de garantir a pacificação social - e a materialidade da ordem política manifestam-se de maneira bastante transparente na realidade histórica dos povos indígenas de Chiapas. Para essas populações, postas nos níveis mais baixos da hierarquia da colonialidade, o Estado nunca representou um garantidor da ordem e do progresso social, mas seu exato contrário: o agente responsável por espoliar, escravizar e oprimir esses grupos sociais. A cidadania moderna, por conseguinte, não representa para os zapatistas uma via emancipatória de conquista de direitos, mas uma barreira imposta pelo padrão de poder hegemônico visando ir de encontro à existência de modos de vida incompatíveis com a reprodução do capital.

Nem sempre, contudo, o zapatismo rejeitou de todo a institucionalidade como possível via de conquista de direitos. O Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) surgiu em 1983. Sua herança remete ao acúmulo militante da guerrilha das Forças de Libertação Nacional (FLN) em prol da reforma agrária, duramente reprimida pelo Estado mexicano, aliado à histórica luta indígena dos povos maias. Materializou-se, assim, um movimento capaz de mobilizar uma série de insatisfações das populações de Chiapas, gravemente afetadas pelas investidas das políticas neoliberais agressivas do fim do século XX.

O território sobre o qual surgiu o movimento, Chiapas, não só é ocupado por numerosa população indígena, como também organizava-se economicamente a partir da agricultura camponesa, organizada sob os *ejidos*, terras de propriedade estatal concedidas à posse e usufruto comunitários inalienáveis. A pressão do capital internacional sobre a região culminou numa sucessão de reformas neoliberais, traduzidas, sobretudo, na reforma constitucional de 1992, encabeçada pelo presidente Salinas de Gotari. Essa reforma alterou o artigo 27 da Constituição e desmontou o legado da Revolução Mexicana, num empreendimento de mercantilização das terras comunais, parcelando-as e titulando-as de maneira a permitir sua ocupação por grandes proprietários e empresas estrangeiras. A partir de então, a economia agrária regional passou a se pautar pela exportação de *commodities* por grandes terratenentes, e diversos projetos de mineração, energia, turismo e infraestrutura reestruturaram a ocupação dos territórios antes em domínio de indígenas e camponeses chiapanecos. Tudo isso culminou na assinatura do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), responsável por aprofundar a penetração dos interesses do capital internacional na agenda política da classe dominante mexicana.

As insatisfações populares decorrentes desse processo, no entanto, canalizadas pelo EZLN, culminaram em uma grande demonstração de força do movimento zapatista quando, em 1º de janeiro de 1994, data da assinatura oficial do NAFTA, milhares de zapatistas armados ocuparam amplas extensões de terras nas mãos de grandes proprietários e prédios públicos em diversas localidades de Chiapas. Em reação ao irrompimento público da luta zapatista, por um lado, desencadeou-se uma profusão de ocupações por parte de comunidades não zapatistas[6], por outro, o Estado respondeu militarmente, ocasionando o tensionamento do conflito com sangrentos enfrentamentos diretos, e com medidas de apaziguamento, buscando compensar as perdas dos grandes proprietários e regularizar a ocupação dos camponeses nas áreas tomadas.

No entanto, ainda que iniciado a partir de um levante armado, em claro sinal de rebeldia contra a sujeição ao Estado mexicano, até o fim de 1997 o EZLN depositava na Constituição a legitimidade dos direitos indígenas pleiteados. Até então, portanto, a construção política empreendida ainda sustentava-se na concepção de cidadania domesticada pela institucionalidade estatal, ainda que houvesse claro

6 "Durante 1994 y 1995 se registraron más de 1700 tomas (zapatistas y no-zapatistas), afectando a casi 148000 hectáreas, no sólo en la zona de conflicto sino en muchas partes de Chiapas" Em: Villafuerte et al, 1999: 134 apud HAAR, van der Gemma. El movimiento zapatista de Chiapas: dimensiones de su lucha. International Institute Of Social History, Amsterdã, 2012, p. 6.

gérmen do rompimento completo com o Estado mexicano na luta armada. De forma simultânea a um processo de reorganização dos territórios reconquistados sob estruturas paralelas às do Estado pautadas pela autogestão comunitária civil, os zapatistas empreendiam uma estratégia de diálogo com as autoridades mexicanas, resultando na assinatura dos Acordos de San Andrés. Esclarece Cassio Brancaleone (2015, p. 262):

> [...] o governo e o EZLN assinaram um documento onde constavam os seguintes compromissos: o reconhecimento, como garantia constitucional, do direito de autodeterminação dos povos indígenas (especialmente levando em conta o fato de o México ser signatário da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho); a realização de reformas legais e constitucionais visando ampliar a participação e a representação política local e nacional dos povos indígenas, conformando um novo federalismo; a garantia do acesso pleno dos povos indígenas aos instrumentos jurídicos do Estado, e sua adaptação às suas especificidades culturais e seus sistemas normativos internos.

As esperanças de uma solução para o conflito, todavia, viram-se frustradas pelos fatos que sucederam a assinatura do Acordo. Foi aprovada no Parlamento uma reforma constitucional contrária ao texto e ao espírito de San Andrés, representando um patente retrocesso nos direitos indígenas ao retomar uma perspectiva assistencialista e integracionista na relação do Estado com essas populações. A traição do governo foi incrementada por uma ofensiva de grupos paramilitares contra os territórios zapatistas, de maneira que a estratégia de diálogo com a institucionalidade estatal foi derradeiramente abandonada pelo movimento. Apesar de fracassada a tentativa pela via institucional, os Acordos, retomando o conceito de autodeterminação consagrado pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, já pronunciavam, ainda que de forma bastante limitada, o que viria a ser a pedra angular da organização e da luta zapatista: a autonomia[7].

A autonomia é a resposta zapatista às investidas do capitalismo sobre o território disputado, a organização política e econômica dos grupos sociais que o ocupam e as subjetividades ali inseridas. Se no início o inimigo principal do zapatismo era o neoliberalismo e suas contrarreformas voltadas à mercantilização das mais diversas esferas da vida e de sua base material, identificada com a própria terra

7 "Los pueblos indígenas podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. Dentro del nuevo marco constitucional de autonomía se respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas en cada uno de los ámbitos y niveles en que la hagan valer...". Em: MÉXICO. Documento 2: Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, II.2. Disponível em https://comisiones.senado.gob.mx/b_COCOPA/docs/propuestasconjuntas.pdf. Acesso em: 10/10/2022.

para os chiapanecos, posteriormente a reflexão zapatista voltou-se contra capitalismo como um todo, enquanto representação histórica da destruição dos modos de vida dos povos maias. Dessa forma, para a palavra-pensamento zapatista, "[o] capitalismo produz para e devido à guerra. Seu avanço e seu desenvolvimento dependem da guerra, é ela que articula sua genealogia, é a principal linha de tensão, sua coluna vertebral" (EZLN, 2015, p. 314).

Lança-se mão, assim, do conceito de guerra total para descrever a relação histórica do capitalismo - que desde sua versão colonial pautou-se violência da "conquista", pela expropriação e reorganização do território e pela exploração da mão de obra - com os indígenas de Chiapas, populações que não apenas viam-se separadas do principal meio de produção de sua existência material, a terra, mas que também resistem à corrosão de seu modo de vida comunitário. Sendo incansável o esforço do padrão de poder capitalista, que visa à destruição e à reordenação dos territórios e das subjetividades em busca padrões homogeneizantes favoráveis a sua reprodução em escala global, também a luta zapatista - expressão flagrante de sua antítese - não constitui um objeto estático. Em realidade, ela é concebida continuamente a partir de um processo dialético de construção e reconstrução, reagindo às agressões da modernidade e organizando-se com base numa sociabilidade incompatível com as expressões típicas do capital: a forma-mercadoria, o Estado e a cidadania liberal. Os zapatistas, portanto, reivindicam uma noção de indivíduo indissociável da existência coletiva e formas de vida enraizadas em seu substrato material, isto é, a terra.

Nesse sentido, a luta zapatista baseia-se nas formas de organização herdadas da histórica resistência indígena e pautada por dois princípios básicos, presentes na Sexta Declaração da Selva Lacandona (EZLN, 2016): a defesa de uma perspectiva anticapitalista e a prática política localizada "embaixo e à esquerda". Para Brancaleone (2015, p. 108), a autonomia pode ser compreendida a partir de três dimensões:

> i) politicamente, no que diz respeito aos modos de regulação coletiva da vida em sua esfera territorial/demográfica e comunal (a escala por excelência do demos ativo) como autogoverno; ii) economicamente, naquilo que corresponde a organização coletiva da vida produtiva e do trabalho em suas mais diversas unidades funcionais (fábrica, campos, oficinas, empresas) como autogestão; e iii) psicomoralmente, no que compreende a prerrogativa e capacidade dos indivíduos de conduzir livremente seus processos de constituição identitário-subjetivo (desnecessário explicitar que nenhuma subjetivação é monádico-solipisista e se dá no vazio), e ao mesmo tempo fazer frente com responsabilidade às mais variadas formas de livre acordo e cooperação, como autorregulação. (Grifos do autor)

À vista disso, aponta-se para uma mudança radical no conteúdo atribuído ao que, na perspectiva da modernidade, entende-se por cidadania. Abandonam-se, assim, as formas de subordinação dos sujeitos à forma política estatal, seja no que diz respeito às limitações da participação eleitoral e dos partidos políticos, seja a dependência de um aparato burocrático apartado da singularidade das relações sociais comunitárias. A prática política zapatista, ao partir de baixo, subverte o paradigma homogeneizante e hierarquizante da colonialidade, que busca a hegemonia e submissão, substituindo-o pela premissa de "um mundo onde caibam muitos mundos" (EZLN, 2016).

A construção política coletiva faz-se presente em todas as instâncias da organização civil zapatista. Desde o desempenho diário de funções típicas da administração pública, como os serviços de saúde, educação e administração da justiça, até a tomada de decisões políticas, o fazer político é guiado pela ampla participação comunitária e pelo "mandar obedecendo". O eixo de sustentação da vida política nos territórios zapatistas, portanto, é a participação direta e aberta a todos nas assembleias comunitárias, responsáveis pela deliberação coletiva a respeito das diversas dimensões da vida coletiva das comunidades. Responsável pelas decisões que dizem respeito a ocupação da terra, uso dos recursos naturais e dos frutos do trabalho coletivo, organização interna da comunidade, conflitos interpessoais, ocupação de cargos públicos, dentre outras coisas, pode-se dizer que a vida social zapatista orbita ao redor da busca pelo consenso nas assembleias.

A horizontalidade das assembleias, possibilitada pela participação direta ampla, não obstante, articula-se com a atuação de autoridades, balizada pelo princípio do mandar obedecendo. O controle sobre o exercício das funções públicas e a garantia da qualidade de seu serviço, muito diferente dos mecanismos desenvolvidos pelas burocracias modernas, é assegurado pela desespecialização da atividade política. A existência de um aparato burocrático profissional, por configurar mecanismo típico dos Estados modernos, não poderia amoldar-se a uma sociabilidade anticapitalista. Em razão disso, sua ausência, representa mais uma negação do zapatismo à forma política estatal, priorizando a organização da vida coletiva em detrimento da reprodução do capital.

O mandar obedecendo, em razão disso, realiza-se por uma prática política desespecializada. Para tal intuito, a autoridade é exercida a partir de uma posição de desconhecimento, ou seja, não se requer qualquer capacidade especial para a ocupação de cargos públicos. A falta de especialização das autoridades, ou seja, a ausência de descolamento entre esses sujeitos e seus pares, quando conjugada à am-

plitude das decisões das instâncias de deliberação coletivas, faz com que o exercício dos cargos seja inevitavelmente pautado pela necessidade de consulta contínua dos "governados", efetivando o célebre mandar obedecendo. Além disso, os incumbentes, que exercem suas funções por meio de mandatos curtos, não renováveis, revogáveis a qualquer momento e não remunerados, não se afastam de suas atividades produtivas cotidianas, reforçando a coerência de suas decisões com as demandas concretas da comunidade. Destaca Jérôme Baschet (2018, pp. 114-117):

> [O] mandar obedecendo, em sua desconcertante formulação, é incompatível com o poder de Estado, que é um mecanismo de separação que priva a coletividade de sua capacidade de organização e decisão para concentrá-la em um aparelho e um grupo agindo em função de interesses próprios. [...] [É] preciso insistir na desespecialização efetiva das tarefas políticas que, em vez de serem monopolizadas por um grupo específico (quer seja a classe política, uma casta baseada no dinheiro ou personalidades que possuam um prestígio particular), devem ser objeto de uma circulação tão generalizada quanto possível [...] esse não saber torna ainda mais necessário que as autoridades saibam escutar e consultar: que os governantes não tenham mais capacidade que outros para governar favorece o exercício do mandar obedecendo e se constitui em uma das defesas mais sólidas contra o risco de se- paração entre governantes e governados.

A autogestão zapatista não resulta unicamente numa forma de organização política oriunda "de baixo e à esquerda", mas torna possível as demais dimensões da autonomia, garantindo a gerência econômica das comunidades sobre a terra, o trabalho humano e seus produtos e o surgimento de subjetividades não submissas às opressões homogeneizantes do padrão de poder capitalista. Não pretendemos aqui sacralizar a luta zapatista, pois fazê-lo implicaria negar a dinamicidade que a marca e tornar inócua uma análise que se pretende materialista. Por essa razão, sem deixar de lado as limitações inerentes de uma experiência localizada na periferia do capitalismo e sob constantes investidas do capital e de sua forma política estatal, reconhece-se, assim como os próprios rebeldes o fazem, que o combustível essencial à manutenção e expansão de sua luta é a capacidade de assimilar decisões equivocadas e a necessidade de constante transformação diante das demandas comunitárias.

A fenda, ao mobilizar a potência coletiva (BASCHÊT, 2018, p. 129) de populações historicamente expropriadas e reprimidas em benefício dos interesses do capital, proporciona o germinar de modos de vida que, se não chegam a ser verdadeiramente livres, ao menos se pautam pela busca de libertação das amarras da modernidade. Para Brancaleone (2015, p. 298, grifo do autor), "[a] impressão (...) é que o poder social comunitário, em sua versão originária, ou seja, como capacidade

criadora *(potentia),* se encontra em um movimento perpetuamente constituinte". A natureza emancipatória do zapatismo decorre do apego a seus princípios fundantes, da herança histórica da luta indígena e de uma organização que privilegia sua constante reinvenção. A rejeição à prisão traduzida pela cidadania moderna, ou seja, a construção de novos padrões de sociabilidade antagônicos às formas essenciais ao capital, portanto, demonstra a insuficiência da crítica à modernidade sob seus próprios parâmetros. Muito mais frutífero que pintar novas telas é abrir novas fendas no muro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão do papel da modernidade na conformação de um conceito de cidadania historicamente situado permitiu desvendar seu necessário atrelamento às formas essenciais à reprodução do capital e, consequentemente, a um padrão de poder marcado pela colonialidade. A crítica à clausura imposta à cidadania pela forma estatal, nesse sentido, nutre-se não por inovações institucionais dentro da moldura da forma jurídica, mas por experiências de sociabilidade disruptivas e avessas ao avanço descomedido do capital.

Assim, malgrado o panorama homogeneizante de reordenamento da totalidade dos territórios e das subjetividades, visando sua adequação à reprodução do capital, esse processo não se dá na ausência de resistências. Isso porque, tendo a violência por princípio, as ofensivas do capital chocam-se com um sem-número de existências sociais que não se pautam pela expansão da forma-mercadoria.

A imagem surrealista do homem novo e seu ovo, portanto, já não é mais suficiente para uma crítica radical ao sujeito moderno, atravessado pela forma jurídica. É importante ressaltar que não se está a desqualificar a importância histórica da luta coletiva por direitos, também travada nos campos da institucionalidade, mas sim reafirmando que seu potencial emancipatório resulta do empreendimento coletivo que se origina na própria comunidade.

A gestação da autonomia zapatista, por outro lado, só se fez possível com o abandono das tentativas de reformar o muro e o início de um movimento de constante raspagem. A fenda que nos lega o zapatismo, assim, permite assimilar os reais contornos e limites históricos da cidadania imposta pelo padrão de poder capitalista e enxergar horizontes de transformações concretas para além das abstrações da forma-mercadoria e do Estado; em resumo, a fenda aponta para a possibilidade de construção de novos padrões emancipatórios de sociabilidade.

REFERÊNCIAS

BASCHET, Jérôme. *A experiência zapatista*. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 114-117.

BRANCALEONE, Cassio. *Teoria social, democracia e autonomia*: uma interpretação da experiência de autogoverno zapatista. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2015.

BRITO, Rose Dayanne Santos de. A crítica de Marx ao conceito de cidadania. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. esp., n. 39, p. 129-140, dez. 2018.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

COSTA, Alexandre. Cartografia da racionalidade moderna. Em: MILOVIC, Miroslav; SPRANDEL, Maia; COSTA, Alexandre.; NASCIMENTO, Wanderson (orgs.). *Sociedade e Diferença.* Brasília: Casa das Musas, 2005.

DESCARTES, René. *Discurso do método.* Brasília: UnB, 1985.

EXÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERTAÇÃO NACIONAL. *El pensamiento crítico frente a la Hidra Capitalista:* Participación de la Comisión Sexta del EZLN. México, 2015.

_____. *Seis Declaraciones de la Selva Lacandona y otros documentos. M*éxico/, DF: Ediciones y Gráficos Eón, 2016.

FELIX, Paulo Roberto. Cidadania e capitalismo: uma análise a partir da crítica marxista do direito. *Revista Praia Vermelha,* v. 29, n.1, p. 13-38, 2019.

HAAR, van der Gemma. El movimiento zapatista de Chiapas: dimensiones de su lucha. *International Institute Of Social History,* Amsterdã, p. 1-24, 2012.

KELSEN, Hans. *General theory of norms.* New York: Clarendon Press; Oxford: Oxford University Press, 1990.

MARSHALL, Tomas Humphrey, A. *Cidadania, classe social e status*. Tradução Merton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MÉXICO. *Documento 2:* Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, II.2. Disponível em https://comisiones.senado.gob.mx/b_COCOPA/docs/propuestasconjuntas.pdf. Acesso em: 10/10/2022.

OIT. *Convenção nº 169*. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm. Acesso em: 10/10/2022.

PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

QUIJANO, Aníbal. *Cuestiones y horizontes:* de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014.

RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. *Inflexión decolonial:* fuentes, conceptos y cuestionamientos. Popayán: Editorial Universidad del Cauca, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVEIRA, Renata Ferreira da; C MARA, Marcelo Argenta. A autonomia frente à hidra capitalista: aportes da experiência zapatista. GEOgraphia, v. 20, n. 42, 2018, jan/abr, p. 77-88.

SUBCOMANDANTE INSURGENTE GALEANO. Contra a hidra capitalista. São Paulo: n-1 edições, 2021.

ASPECTOS CRÍTICOS SOBRE A VALIDADE CONSTITUCIONAL DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

*Flávia de Souza Pompermayer**

O presente trabalho tem como objetivo abordar, criticamente, bem como enriquecer uma das grandes discussões na seara jurídico-criminal – permeada de divergências doutrinárias – nos foros pátrios, a qual trata da possibilidade de redução da pena provisória abaixo do mínimo legal. A análise deste trabalho foi realizada até abril de 2023, de forma que as informações trazidas no presente estudo já se encontram atualizadas.

O debate sobre a validade constitucional da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) leva em consideração os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade, os quais devem, necessariamente, nortear as decisões judiciais em matéria penal. Embora a referida Súmula ainda esteja em vigor, não há que cogitar ofensa à legalidade na redução da pena provisória aquém do mínimo legal, haja vista a sua aplicação se dar em favor do réu, de maneira consoante aos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 (CF/88)[1].

Com bastante frequência, tem-se observado que determinados critérios utilizados pelos magistrados em decisões judiciais, sobretudo em matéria penal, não se amoldam à realidade hodierna. Tais decisões não apenas não se coadunam com o contexto atual de avanços constitucionais ensejados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), como também enfraquecem, em metodologias de aplicação prática, a ampliação dos direitos e garantias fundamentais, fato este que não se harmoniza com as prerrogativas de um Estado Democrático de Direito.

*Graduanda da 5ª fase do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/6942105020823697. Endereço eletrônico: flaviapomper018@gmail.com.

1 Paulo César Busato, a partir da análise dos limites dogmáticos traçados para determinação da pena-base e da pena provisória, apresenta duas significativas conclusões: "1) não é permitida ao juiz uma discricionariedade plena no que tange à fixação das penas, e 2) existem limites impostos para a pena-base tanto no que se refere a um mínimo de reprovabilidade da conduta quanto ao seu máximo". É de se observar, porém, que os limites não são taxativos, sobretudo em razão da sua natureza, sendo possível afirmar que apenas os relativos à quantidade máxima são absolutos, em razão dos princípios gerais de interpretação jurídico-penal (in bonam partem), pois fixam tetos de punibilidade (CARVALHO, 2017, p. 176).

O Estado Democrático de Direito, ao se utilizar do seu *ius puniendi*, somente o faz nos limites legais previamente estabelecidos. Nessa perspectiva, um processo penal harmonizado com as prerrogativas da Lei Maior não faz uso do poder punitivo de forma irrestrita e arbitrária, cerceando as garantias individuais. Isso se deve ao princípio constitucional da individualização da pena, o qual assegura o caráter personalíssimo e proporcional desta em relação ao delito praticado[2].

Pode-se dizer que as súmulas, orientações advindas de um conjunto de decisões reiteradas em um mesmo entendimento jurisprudencial em forma de enunciados, são fundamentais no que tange à aplicação unificada de normas constitucionais e infraconstitucionais. A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se fundou com objetivo de pacificar as constantes controvérsias em relação à possibilidade de incidência de circunstâncias atenuantes em cima de uma pena-base já fixada no mínimo legal.

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dispõe que "na segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade, não é permitida a utilização de circunstância judicial que implique em redução da pena abaixo do mínimo legal". Essa regra foi estabelecida com base no entendimento de que, na primeira etapa da aplicação da pena, o magistrado já levou em consideração as circunstâncias judiciais e pessoais do acusado, bem como a gravidade do crime cometido, de forma que, fixando uma pena abaixo do mínimo legal, o juiz estaria violando o princípio da legalidade e desprezando a gravidade do delito. Entretanto, esse enunciado vinculante tem sido alvo de inúmeras críticas por parte dos principais juristas em razão de suas possíveis consequências negativas para o sistema de justiça criminal brasileiro.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz[3] convocou uma audiência pública para 17 de maio de 2023 para ouvir entidades e especialistas interessados em discutir a possibilidade de revisão da Súmula 231. Nessa

2 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: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (BRASIL, 1988, art. 5º, XLVI).

3 Superior Tribunal de Justiça. Audiência Pública. Brasília: DF, 24.03.2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24032023-Terceira-Secao-vairediscutir-possibilidade-de-pena-abaixo-do-minimo-legal--relator-convoca-audiencia-publica.aspx Acesso em: 25 abr. 2023.

audiência, irão participar: a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral da República, os profissionais do Direito interessados e outras entidades dedicadas à defesa de acusados (Superior Tribunal de Justiça, 2023)[4]. Conforme o entendimento do Ministro, é preciso manter a segurança jurídica das decisões, a isonomia e a proteção da confiança no Poder Judiciário, a fim de evitar decisões discrepantes sobre um mesmo assunto, e garantir um ordenamento jurídico harmônico e previsível em todas as instâncias (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

Schietti afirma que as mudanças no corpo científico do Direito Penal têm introduzido novos institutos relacionados a uma criminalidade mais complexa, permitindo, dentre outros benefícios, o perdão judicial do réu em decorrência de colaboração premiada, o acordo de não persecução penal. Tais fatores foram fundamentais para ensejar a audiência pública, com o objetivo de debater o referido tema dentro de um espaço de reflexão com a comunidade jurídica. Com isso, será possível verificar se a Súmula n°. 231 do STJ está em consonância com o atual sistema penal e jurídico brasileiro (Superior Tribunal de Justiça, 2023).

Nesta perspectiva, o debate acerca da importância de revisão da referida Súmula se mostra bastante atual, haja vista que a sua aplicabilidade ainda vige em diversos julgados dos Tribunais Superiores e suas respectivas Turmas Recursais, bem como em Tribunais de 1ª instância. Além disso, a sociedade está em constante desenvolvimento, de modo que o Direito não pode ficar estanque e indiferente aos conflitos de uma socialização cada vez mais complexa e influenciada pelas mudanças trazidas pela globalização.

Uma crítica à referida súmula é que ela pode impedir a individualização da pena, que é um dos pilares do sistema de justiça penal. Conforme explica Zaffaroni (2003, p. 498), a individualização da pena significa que "cada pena deve ser proporcional à gravidade do delito e à responsabilidade pessoal do autor". Assim, a imposição de uma pena abaixo do mínimo legal pode ser necessária em alguns casos, especialmente quando o acusado possui circunstâncias pessoais atenuantes.

Sabe-se que a individualização da pena é um dos pilares mais importantes do sistema de justiça penal, pois busca garantir que cada pena seja proporcional à gravidade do delito e à responsabilidade pessoal do agente (Zaffaroni, 2003). Conforme explica o professor Salo de Carvalho (2019, p. 117), um dos mais renomados

4 Superior Tribunal de Justiça. Audiência Pública. Brasília: DF, 24.03.2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24032023-Terceira-Secao-vairediscutir possibilidade-de-pena-abaixo-do-minimo-legal--relator-convoca-audiencia-publica.aspx Acesso em: 25 abr. 2023.

juristas brasileiros, “a individualização da pena é o cerne da dosimetria penal, pois é por meio dela que se busca personalizar a sanção ao caso concreto, respeitando as peculiaridades do delito e do autor”.

Nesse sentido, constata-se que a individualização da pena é um princípio fundamental do direito penal, que consiste em estabelecer a punição de acordo com as circunstâncias do crime e do criminoso. Como afirma Guilherme de Souza Nucci, "o princípio da individualização da pena tem como finalidade a adequação da sanção penal à pessoa do condenado e ao delito praticado" (NUCCI, 2020, p. 896).

Dados os argumentos expostos, a Súmula 231 do STJ também desconsidera o direito de defesa do réu, uma vez que impõe uma sanção mínima que pode não levar em consideração todas as circunstâncias favoráveis ao réu. Como explica o professor Luiz Flávio Gomes (2004, p. 129), “a individualização da pena é uma das fases mais importantes do processo penal, na qual o juiz deve levar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, inclusive aquelas favoráveis ao réu, para definir a pena a ser aplicada”. Por isso, a Súmula 231 do STJ desrespeita a possibilidade de aplicação dessas circunstâncias favoráveis e pode acabar impondo uma sanção excessiva, violando, portanto, o direito de defesa do acusado.

Além disso, a Súmula 231 pode violar o princípio da proporcionalidade, que exige que a pena imposta seja adequada e necessária para a finalidade da punição. De acordo com Canotilho (2003, p. 1041), a proporcionalidade "exige uma relação de adequação entre a pena e a gravidade do ilícito cometido, bem como uma relação de necessidade entre a pena e a finalidade da punição". Assim, a imposição de uma pena abaixo do mínimo legal pode ser, inclusive, adequada e necessária em alguns casos, sobretudo quando o acusado possui diversas circunstâncias pessoais e subjetivas atenuantes.

Ademais, é imperativo pontuar que a aplicação incondicional do mínimo legal implica em uma restrição excessiva ao direito de liberdade do acusado, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. Em outras palavras, fixar a pena sempre no mínimo legal pode levar à imposição de sanções desproporcionais à gravidade do crime, violando o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental à individualização da pena.

A Súmula 231 do STJ pode resultar em penalidades desproporcionais e injustas, ferindo também os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Ao impedir a utilização de circunstância judicial que implique em redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda etapa da aplicação, a atuação do juiz pode

conduzir a um resultado que não leve em consideração todas as particularidades do caso concreto, resultando, pois, em uma pena excessiva e pouco razoável.

A referida Súmula também incorre em violações ao princípio da legalidade, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que impõe que todas as ações do Estado estejam submetidas à lei. Esse princípio significa que somente aquilo que é expressamente permitido pela lei pode ser realizado pelo Estado, ao passo que tudo aquilo que não estiver previsto em lei é proibido. Como ensina o jurista Alexandre de Moraes (2021, p. 56), "a legalidade impõe ao Estado e a seus agentes, em todas as esferas, que só façam aquilo que a lei permite e, do mesmo modo, só impeçam e restrinjam a liberdade das pessoas nos estritos termos em que a lei autoriza".

A Súmula 231 fere a legalidade constitucional na medida em que impede a utilização de circunstância judicial que implique em redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda etapa da aplicação, sem que haja nenhuma proibição normativa expressa ou tácita. Isso significa que tal súmula apenas faria sentido – do ponto de vista legislativo – se existisse lei estabelecendo um mínimo legal de pena na segunda etapa da dosimetria da pena, o que não se verifica no aparato normativo brasileiro. À luz das lições de Cezar Bitencourt (2020, p. 586), "a fixação da pena abaixo do mínimo legal não representa, por si só, afronta ao princípio da legalidade ou da separação dos poderes, desde que haja fundamentação adequada e razoável".

Outrossim, a Súmula 231 pode ser considerada inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena, vedadas a liberdade provisória e a fiança nos casos de crimes hediondos. Ora, se a lei pode regular a individualização da pena, não é razoável que haja um conjunto de decisões judiciais que limitem a atuação do juiz na segunda fase da dosimetria da pena, no que tange à diminuição da pena para beneficiar o réu em virtude da preponderância de circunstâncias minorantes e ausência de agravantes, por exemplo.

Em virtude do exposto, conclui-se que a Súmula 231 do STJ pode ser objeto de críticas, especialmente em relação à violação dos princípios da individualização da pena, da razoabilidade e da proporcionalidade. Com isso, a inconstitucionalidade da súmula analisada pode ser dada como certa, posto que a própria Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que a lei regulará a individualização da pena. Nesse sentido, tal Súmula do STJ pode estar extrapolando os limites da

interpretação jurídica – a qual deve ser restritiva em matéria penal - ao limitar, significativamente, a atuação do magistrado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 32.344/P*R. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 06/04/1993. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 5, n. 17, p. 227-264, mar. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revistasumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.* ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. *Critérios para cálculo da pena-base:* "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 106, n. 978. p. 173-188, abril de 2017.

CARVALHO, Salo de (Coord.). *Dos Critérios de Aplicação da Pena no Brasil:* Análise Doutrinária e Jurisprudencial da Conveniência da Determinação da Pena Mínima. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Série Pensando o Direito - Pena Mínima, n. 02, ano 2009. Disponível em: http://participacao.mj.gov.br. Acesso em: 16 dez. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. *Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo legal:* é possível? Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Publicado em: 18 abr. 2004. Disponível em: http://lfg.com.br. Acesso em: 30 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA 13ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DE CURITIBA (PR), E ANULAÇÃO DAS AÇÕES PENAIS CONTRA O PRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

*Kamilla Rodrigues da Silva**

Com fundamento no art. 192, caput, do Regimento Interno - Supremo Tribunal Federal - RISTF[1] e no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, no dia 08 de março de 2021 em julgamento do HC 193726/ PR, o Ministro Relator Edson Fachin, por decisão monocrática, concedeu a ordem de habeas corpus para declarar a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processo e julgamento das quatro ações penais sendo elas: Ações Penais - nº. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (Sítio de Atibaia), 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (Sede do Instituto Lula) e 5044305 83.2020.4.04.7000/PR (Doações ao Instituto Lula), que tramitavam na respectiva Vara, contra o atual presidente, Luiz Inácio Lula Da Silva.

Nessa esfera, entende-se por competência, a responsabilidade e legitimidade de um órgão judicial de exercer a sua jurisdição, reconhecida como um princípio do Processo Penal, que reflete em direito para cidadão e poder-dever para o Estado, em que, caso desrespeitado, pode ensejar em nulidade absoluta do processo

**Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília – UNB/DF.
Currículo Lattes:https://lattes.cnpq.br/4307714037984247., e-mail: 200021443@aluno.unb.br.**

1 Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.

§ 1º Não se verificando a hipótese do caput, instruído o processo e ouvido o Procurador-Geral em dois (2) dias, o Relator apresentará o feito em mesa para julgamento na primeira sessão da Turma ou do Plenário, observando-se, quanto à votação, o disposto nos arts. 146, § único, e 150, § 3º.

§ 2º Não apresentado o processo na primeira sessão, o impetrante poderá requerer seja cientificado pelo Gabinete, por qualquer via, da data do julgamento. (Incluído pela Emenda Regimental n. 30, de 29 de maio de 2009)

§ 3º Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente.

(art. 564, I e art. 567, CPP, 1941)[2], e com isso, o processo recuaria ao seu estado inicial, isto significa, recebimento da denúncia ou queixa crime (BRASIL,1941). Outro direito profícuo ao caso, é o instituído pelo princípio-garantia do Juízo Natural, previsto no art. 5º, LIII, CF (Constituição Federal), *in verbis*, "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (BRASIL,1988).

Por oportuno, importa-se elucidar que, para designar competência se faz necessário perscrutar qual a justiça qualificada para julgamento do caso – Justiça Militar, Justiça Eleitoral, Justiça Comum, Juizados Especiais Criminais e considerar ainda, os casos originários do STF, STJ e Tribunais Superiores. Com efeito, inclusive, concerne à observância do lugar da infração, o domicílio ou residência do réu, a natureza da infração, a distribuição, a conexão ou continência, e a prevenção ou prerrogativa de função (art. 69, CPP) (BRASIL,1941).

Por esse viés, cumpre conceituar esses institutos, para assim estabelecer uma melhor compreensão do caso e para elevação de consciência das formalidades ora avaliadas. Assim sendo, no que tange a conexão ou continência, são institutos processuais fruídos para acoplar processos, havendo economia processual, em que através de apenas um, as provas e testemunhas serão usadas para o conjunto de processos em que terá sentenças para os demais corréus envolvidos em delitos correlacionados, surgindo a necessidade de se apreciar o art. 78 do Código de Processo Penal, e os casos de cisão obrigatória sob o risco de inobservância ensejar a nulidade absoluta por incompetência do juízo (art. 564, I e 567, CPP, 1941).

Quanto a conexão, em particular, se trata de uma causa que reúne crimes, indispensável ser superior a um obrigatoriamente, para que um juízo o julgue nos requisitos do art. 76 do CPP[3]. Segundo LOPES JR (2020), doutor em direito processual penal, o que importa na conexão é relação probatória, em que uma mesma prova pode servir para o esclarecimento de ambos os crimes. Em contrapartida, considera-se cisão processual, aquela exceção da conexão e continência, e por essa razão deve-se analisar os casos de cisão obrigatória e facultativa. A cisão

2 Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
I - Por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;
[...] Art. 567. A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

3 Art. 76. A competência será determinada pela conexão: [...] III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

obrigatória está exposta no art. 79 do CPP[4], e outras observações pertinente nas súmulas 704 do STF, 122 e 234 do STF, e no caso facultativo expressa-se no art. 80 do CPP[5] (MORAIS DA ROSA,2020).

Nesse sentido, o ponto de partida para definição de parâmetros à determinação da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, por força da conexão, foi o julgamento de questão de ordem suscitada pelo eminente Ministro Dias Toffoli nos autos da Questão De Ordem No Inquérito - INQ 4.130[6] (suposta prática de ilícitos no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), realizado em 23.9.2015, gozando assim de embasamento do motivo probatório (Art. 76, III, CPP).

No entanto, no que se infere da narrativa e circunstâncias fáticas, a alteração da competência da autoridade judicial enseja-se principalmente pelo intelecto da falta de correlação de crimes bem como elucida-se o Habeas Corpus 193726/ PR, *in verbis:*

> Não há correlação entre os desvios praticados na Petrobras e o costeio da construção do edifício ou das reformas realizadas no tal triplex, em tese, feitas em benefício e recebidas pelo Paciente; nem tampouco, vínculo inerente às imputações julgadas improcedentes (BRASIL, 2022, págs. 24-25).

Constata-se, por tais razões, o embasamento da defesa na carência de conexão entre os fatos da Operação Lava-Jato e os crimes relacionados ao atual presidente, como reconhece o ilustre ministro relator do caso. Perante conjuntura fática, é interessante esclarecer que, na época, não havia foro privilegiado por função para eventual cisão do processo. A vista disso, LOPES JR vai além, admitindo que, quando reconhecida a incompetência absoluta do julgador, há que se renovar todos os atos processuais e, dependendo do caso, até mesmo a acusação (LOPES, 2020).

4 Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:

I - no concurso entre a jurisdição comum e a militar;

II - no concurso entre a jurisdição comum e a do juízo de menores.

§ 1° Cessará, em qualquer caso, a unidade do processo, se, em relação a algum corréu, sobrevier o caso previsto no art. 152.

§ 2° A unidade do processo não importará a do julgamento, se houver corréu foragido que não possa ser julgado à revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461.

5 Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

6 O mecanismo da "questão de ordem" serve para suscitar questões de direito, principalmente quando o advogado se depara com alguma ilegalidade. Questão De Ordem No Inquérito - INQ 4.130.

Contudo, uma vez demonstrado que as provas, expostas no processo, não teriam relação probatória entre o ocorrido que vitimizou a empresa Petrobras e o paciente do Habeas Corpus, deve ser declarada a Incompetência do Juiz e a nulidade de todo o processo. Por isso, tal decisão foi importante para garantir a imparcialidade do processo judicial. A competência territorial das varas é fundamental para garantir que cada caso seja julgado por uma corte adequada e imparcial, o que é fundamental para assegurar a justiça e a igualdade perante a lei.

Além disso, a decisão do Ministro Fachin fortaleceu a independência do poder judiciário e demonstrou que as decisões judiciais são baseadas em regras e princípios processuais, e não em questões políticas ou pessoais. Isso é fundamental para manter a confiança da população na justiça e para garantir que todos os indivíduos sejam julgados de forma imparcial e justa. Portanto, irrepreensível é a decisão proferida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, pois, além de construída atendendo aos conceitos jurídicos apreciados, ao declarar a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba, é sublime reconhecendo que mesmo no enquadramento da macrocorrupção política, tão importante quanto ser imparcial é ser apartidário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo penal.* Disponível em: http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno* [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: RISTF.pdf. Acesso em: 02 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus nº 193.726*, Doc.1, fls. 24-25. Órgão julgador: Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6043118. Acesso em: 09 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão De Ordem No Inquérito* - INQ 4.130, rel. Min. Dias Toffoli, 2016. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4852360. Acesso em: 25 fev. 2023.

LOPES JR, Aury, *Direito Processual Penal*, 17ª edição, 2020, pág. 345 e 346, ed. Saraiva, São Paulo.

MORAIS DA ROSA, Alexandre, *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, 6ª edição, pág. 572 e 573, ed. EMais, Florianópolis, 2020.



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

www.revistaavant.paginas.ufsc.br
revistaavant.ufsc@gmail.com