

DÉCIMA
EDIÇÃO

V.6, N.1



REVISTA AVANT



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v.6, n.1

REVISTA AVANT

Volume 6, número 1 - 2022

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.



REVISTA AVANT

Coordenadora Científica

Prof^ª. D^{ra}. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe

Géssica Carolina Goulart Pinto

Subeditor-Chefe

Eloísa Loch de Souza

Corpo Editorial

Andressa Freitas Rezende
Bárbara Makarios Silva
Beatriz Nunes
Brenda Martins
Bruna Bessi Pereira
Clara Lucia Claudino dos Santos Fantini
Diogo Francisco Curcio
Eloísa Loch de Souza
Enzo Ferro Martioro
Franciele Rupolo Gomes de Oliveira
Gabriela Araldi
Gabriela Pinheiro
Géssica Carolina Goulart Pinto
Giulia Pagliosa Waltick Martins
Joana Carvalho Gutierrez
João Vitor Zamboni
Leonardo Cristovam
Luisa Bollmann
Maria Fernanda de Almeida

Nathalia de Oliveira Ottoni R.

Rafael Reis

Stefhany Sinfrônio Brito

Sandra Eloisa Pisa Bazzanella

Tiago Constantino Nunes

Vinicius Vitorino

Vitória Emilia Santiago Pastro

Viviane Borges

Conselho Científico

André Soares Oliveira – UFSC
Alexandre Moraes da Rosa – UFSC
Arno Dal Ri Júnior – 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

Capa e Projeto Gráfico

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

Diagramação e Editoração Eletrônica

Cora Destefani de Sousa

Caro(a) Leitor(a),

Após meses de trabalho e dedicação, é com grande satisfação que o Corpo Editorial da Revista Avant apresenta a décima edição da Revista Acadêmica da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Importa nesta edição comemorativa fazer um breve retrospecto da história do periódico, que teve início em 2013, quando um grupo de estudantes, percebendo a ausência do incentivo à pesquisa na graduação e a escassez de espaços nos quais os graduandos pudessem publicar, conceberam a Revista Avant, opondo-se à lógica segundo a qual a pesquisa consistente e qualificada é feita somente a partir da pós-graduação.

Assim, a Avant se estabeleceu como um periódico estudantil pioneiro ao priorizar a graduação, defendendo o aprendizado ativo e o protagonismo estudantil, estimulando o pensamento crítico, o confronto de ideias e uma percepção mais apurada da realidade que nos cerca, numa tentativa de intervir ativamente, rompendo barreiras e constituindo um espaço aberto para dar vazão às inquietações.

Imprescindível pensar nos problemas que assolam a universidade em razão da falta de incentivo à ciência, nos cortes de verbas na educação que engendram a visível deterioração da infraestrutura, a perda de direitos dos servidores e redução de bolsas e as políticas de assistência estudantil, de modo a ameaçar o próprio funcionamento das instituições. Tudo isso constitui uma política continuada de desmonte do ensino público e gratuito, com vistas à privatização.

Também, a pandemia de Covid-19, que assolou o mundo ceifando milhares de vidas e deixando tantas sequelas, aprofundou a crise econômica, escancarando a inabilidade e a falta de interesse do governo federal em controlar o vírus, manter e gerar empregos, e fortalecer a ciência em um momento tão crucial.

A primeira edição da Revista Avant foi publicada em 2017 e desde então o periódico passou por 6 gestões de editoras-chefe e subeditores-chefe, extremamente comprometidos com os ideais e com o corpo editorial da Revista. Ao longo dessas dez edições recebemos trabalhos de graduandos e graduados que escreveram sobre temas relativos ou tangentes ao direito, oriundos de universidades de 19 estados do Brasil. É impressionante observar a dimensão tomada pelo projeto, que, na busca pela divulgação do conhecimento científico produzido no âmbito da graduação, tem sido acompanhado por leitores nacionais e internacionais, de modo a apresentar grande potencial de avanço.

Após 2 anos de atividades remotas em decorrência do cenário pandêmico, que transformou nossa sociedade de tantas formas e impôs uma série de limitações às atividades da revista, a edição atual vem em meio à retomada das atividades estudantis presenciais num ano eleitoral com todas as suas efervescências, diante do que afirmamos categoricamente que mantém-se o comprometimento com a criticidade e a promoção da divulgação da produção cultural e científica de qualidade.

Essa busca por uma postura ativa frente à realidade nos move a abordar no evento de lançamento da presente edição “Jornalismo e democracia: o papel da mídia para além das eleições de 2022”, uma vez que discutir o papel da mídia é tarefa que se coloca na ordem do dia ante o governo negacionista que ocupa a presidência da república.

Dentre os trabalhos enviados pelos autores, avaliados por nosso corpo de pareceristas e amparados pelo corpo editorial, 30 foram aprovados, sendo 22 trabalhos acadêmicos e 8 trabalhos culturais.

Destacamos que a publicação da décima edição da Revista Avant representa, entre outras coisas, o resultado dos esforços realizados por um grupo dedicado de estudantes que, sob a coordenação atenciosa da Profa. Dra. Carolina Medeiros Bahia e das gestões que já estiveram à frente do projeto, planejaram, organizaram, ampliaram e mantiveram o periódico ao longo de todos esses anos.

O grupo, cujos esforços tornam hoje essa edição possível, é composto por 28 estudantes de direito, filosofia, história, relações internacionais e arquitetura e urbanismo da Universidade Federal de Santa Catarina, que dedicam seu tempo para que esse projeto se mantenha e cresça, levando consigo o objetivo de democratização da pesquisa científica. Desejamos, assim, a todos uma excelente leitura!

CORPO EDITORIAL DA REVISTA AVANT

SUMÁRIO

CULTURAL

POEMA/POESIA

- DIREITO (...)** 12
Maicon Melito de Souza
- AUDIÊNCIA** 13
Melissa Versari
- O SERENO NÃO É MORADA** 14
Isaias da Silva Moreira de Santana

COMUNICAÇÃO: PRÁTICA DE EXTENSÃO

- PROJETO DE EXTENSÃO “NÚCLEO DE APOIO A IMIGRANTES E REFUGIADOS” (NAIR): RELATOS SOBRE A CAPACITAÇÃO À ASSOCIAÇÃO DE IMIGRANTES DE SANTA CATARINA (AISC) OFERTADA EM 2021** 15
Patrick Suhre da Rosa

RESUMO CRÍTICO DE OBRA LITERÁRIA

- RESENHA CRÍTICA DO LIVRO “DIREITOS MÁXIMOS E DEVERES MÍNIMOS”** 21
Ruan Ricardo Bernardo Teodoro
- AS MICRO E MACROTRANSgressões CONTRA TRANSEXUAIS, A VIDA DE JOÃO W. NERY** 25
Catherine Oliveira Araujo

RESENHA DE FILME

- ASPECTOS ATUAIS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO RACISMO E A RESENHA DO FILME “GREEN BOOK: O GUIA”** 34
Filipe Santana Pitanga de Jesus
- UMA NOITE DE 12 ANOS: A IMPORTÂNCIA DAS ESTRELAS PARA DEMOCRACIA** 38
Milenny Lee Cabral Marins

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

- OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASO DA IMPORTÂNCIA DO JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DE LIMITES A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS CASOS DIFÍCEIS** 42
Rafaella Bacellar Marques
- SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS: LIMITES E POSSIBILIDADES COM A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** 61
Asafe Ribeiro de Campos
- EDUCAÇÃO FINANCEIRA COMO FORMA DE SOLUCIONAR O SUPERENDIVIDAMENTO A LONGO PRAZO COM SUBSTRATO NA LEI Nº 14.181/21** 78
Ilberto da Silva Junior



A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DO FENÔMENO DO CHAMADO “APAGÃO DAS CANETAS”

Matheus Santos Mendonça e Matheus Silva de Carvalho

99

AS IMPLICAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER PELA LEI 14.188/2021 NO QUE CONCERNE AO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Cecília Evellyn Catão Dantas

230

DO POMO DE OURO AO TRILEMA JUDICIAL: QUANDO A TRANSPARÊNCIA, A INDEPENDÊNCIA E A ACCOUNTABILITY DOS JUÍZES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PROTAGONIZAM A INEXORÁVEL ESCOLHA DE VALORES CONCORRENTES LEGADA AO HOMEM

Roberta Puccini Gontijo

120

OS IMPACTOS DAS LEIS TRABALHISTAS PANDEMICAS NO CONTEXTO LABORAL BRASILEIRO

Diogo Francisco Curcio

248

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA APLICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO APÓS A LEI Nº 13.105/15

Gabriel Almeida Silveira

265

A TEORIA DA COCULPABILIDADE NA JUSTIÇA ESTADUAL MINEIRA: UM ESTUDO EMPÍRICO-QUANTITATIVO

Milenny Lee Cabral Marins

147

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM UMA REALIDADE CONECTADA

Ana Clara Alves Rocha, Andressa Alves Menezes, Andressa Lobato Guimarães, Arthur Miguel Alves do Santos e Letícia Medeiros Vieira Sorrequia

285

A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM CONTEXTO DE CRIMES CONTRA A HONRA POR MEIO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Bruna Batista Caires, Beatriz Ferreira Figueredo e Monique Rodrigues Lemos

175

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Arthur Tomaz da Silva

309

COVID-19, DESEMPREGO E TRÁFICO DE DROGAS: AS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS DA PANDEMIA NO TRÁFICO DE DROGAS

Carolayne Kelly da Cruz Soares e Maria Eduarda Gomes de Sousa Moraes

191

TUTELA E EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Ana Clara Schuh Ibrahim

327

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS CONTRA MULHERES: SOB A ÓTICA DA ADPF 779 JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Lucas Medeiros Minatel, Eduarda Sayuri Yamauti, Natacha Paola Crusco e Maria Julia Faidiga Rodrigues

213

UBERIZAÇÃO E CLASSE TRABALHADORA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EXPLORAÇÃO POR APLICATIVO

Cassiano Hasselmann Brasil e Gustavo Silva

345

**PARA UMA ANÁLISE DO DIREITO EM J. HABERMAS:
DA ÊNFASE NA COLONIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA
PELO SISTEMA À TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E
VALIDADE** 361

Marina Leite de Moura e Souza

**SIMONE DE BEAUVOIR E O FEMINISMO
EXISTENCIALISTA: CONTRIBUIÇÕES PARA A
FILOSOFIA DO DIREITO** 387

Guilherme Baggio Costa

**SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE
DE JULGADO SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS
SÓCIOS PERANTE TERCEIROS** 403

*Amanda Holanda Martins e Lucas Gabriel Duarte
Neris*

RESUMO DE MONOGRAFIA

**O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT NA CORTE
EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL (2010-2020)** 426

Vitória Emilia Santiago Pastro

CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA

**A ANÁLISE DA ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA
SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU
REFORMA NA ADI 6.025/DF: A RELEVANCIA DA
CONCESSÃO FEDERAL DE BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS
A PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES** 428

Paula Paciullo de Oliveira

**A MUDANÇA DE PARADIGMA DO TRIBUNAL
EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DAS
EXPULSÕES COLETIVAS A PARTIR DO CASO N.D. E
N.T. V. ESPANHA: A EXPANSÃO DO CRITÉRIO DA
“CONDUTA CULPOSA” DOS MIGRANTES** 433

Vitória Emilia Santiago Pastro



CULTURAL

DIREITO (...)

*Maicon Melito de Souza**

Dispõe nosso direito objetivo,
digo o direito constitucional,
que nosso direito subjetivo
também é direito fundamental.

Para alguns é direito positivo,
para outros é direito natural,
não sendo direito facultativo,
às vezes direito supralegal.

Há quem diz ser direito aquisitivo,
porque afeta até seu direito real,
mas nem é direito comutativo,
muito menos direito individual.

Pode ser direito potestativo,
mas é direito transindividual,
lembra direito administrativo:
quero dizer o direito ambiental.

*Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF).
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9644713085694910>. E-mail: maiconmelito@adv.oabsp.org.br.

Justificativa: Trata-se de poema que busca denotar diferentes e aparentes impasses do direito ambiental enquanto direito humano e/ou direito fundamental, além de almejar demonstrar múltiplos significados de "direito" como técnica.



AUDIÊNCIA

Melissa Versari*

Meus olhos vêm através das paredes.
Balanço, pondo, me perco da lucidez.
Sobre toda a sanidade, me contesto:
Onde está a resposta certa?
Serei eu a decretar o fim de uma nova história?
Tudo bem, eu existo para o bem!
Mas não acho que me convém...
Olho pra ti com sangue nos olhos,
se oprimo a mim, a quem defendo com tanta glória?
Na corte eu escuto a força falar,
e a oposição se porta, ousa fechar.
De todos os casos que possibilitam vozes,
existem tantos outros que dessoam em acordes.
Não tire seu mérito pelos seus anos de esforço,
mas por favor, eu lhe peço,
abraçe todos aqueles que nos ouvem.

***Melissa Versari, graduanda da 7ª fase do curso de Artes Cênicas da Universidade Federal de Santa Catarina.
E-mail: melversari@hotmail.com**

Justificativa: Audiência surgiu através do olhar curioso de uma espectadora leiga que se atreveu questionar a ideologia presente em um momento de extrema pressão ética onde o indivíduo deve, de forma límpida e imparcial, seguir o 'correto' perante as informações que são apresentadas. Diante de tantas linhas de coerência que vagam janelas afora, será que aquilo que foi ditado abrange justiça? Será que o olhar pungente daquele que decreta está afinado aos seus fins? E será que o suor daquele que defende ou acusa possui, de fato, o altruísmo necessário? Aqueles que dominam o poder, abraçam aqueles que precisam? É por essa linguagem metafórica que audiência se torna uma provocação. Não sou eu em poucas linhas que vou descrevê-lo, mas sim, cada um que o lê e se permite ir além.



O SERENO NÃO É MORADA

*Isaias da Silva Moreira de Santana**

Poderia me informar onde o senhor mora?

Meu filho, minha morada é o sereno

Silêncio...

Que resposta dolorosa, que inquietude gerada, como pode?

História amarga de se escrever, difícil de se escutar, como tendo visão não vejo? Como tendo coração não sinto? Como sendo humano não me irrita com o abandono de um ancião?

O sereno não é teto, o quê escrevo? residente e domiciliado à própria sorte?
Endereço de onde jazerá à justiça cega e condenada à morte?

Talvez eu tenha despertado do sono, mas preciso acordar outros, como chegamos a isso? Como normalizamos o anormal, o imoral, o escárnio? Chamamos de morada o despir da dignidade, mas o sereno não é morada, como chamo morador de rua?

Que morada é essa onde não há casa?

Preciso registrar que não discordo da formalidade, permita-me concordar que para que haja acesso à justiça todo cidadão deveria ter um endereço e pô-lo no petítório, mas o sereno não é morada, como pode alguém que dorme ao relento confiar no dito albergue da justiça?

***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".**

Justificativa: a obra reflete o atendimento de uma pessoa indocumentada, idosa, em situação de rua, que busca a assistência jurídica das instituições nacionais destinadas ao atendimento dos vulneráveis. A história trazida no texto é o reflexo cristalino de milhares de brasileiros, e acaba conduzindo o autor e o leitor à reflexão acerca do acesso à justiça, do direito à moradia, da dignidade da pessoa humana e de todo o emolumento jurídico que muitas vezes se revela ineficaz para a parcela mais vulnerável da população. "O sereno não é morada" é a externalização escrita do trilhar de inquietações por um mundo mais justo, é a afirmação categórica de que a credibilidade do albergue da justiça é muitas vezes posta à prova quando pensamos em questões desta natureza.



PROJETO DE EXTENSÃO “NÚCLEO DE APOIO A IMIGRANTES E REFUGIADOS” (NAIR): RELATOS SOBRE A CAPACITAÇÃO À ASSOCIAÇÃO DE IMIGRANTES DE SANTA CATARINA (AISC) OFERTADA EM 2021

*Patrick Suhre da Rosa**

O objetivo desta comunicação é apresentar a comunidade acadêmica as ações de extensão promovidas no âmbito do “Eirenè: Centro de Pesquisas e Práticas Decoloniais e Pós-Coloniais aplicada às Relações Internacionais e ao Direito Internacional” vinculado aos cursos de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). A primeira parte do trabalho apresenta o Eirenè e as Ações de Extensão promovidas através do Centro. O segundo tópico tematiza a capacitação junto à Associação de Imigrantes de Santa Catarina (AISC) ofertada em julho de 2021. Por fim, busca-se demonstrar as principais causas da invisibilidade dos fluxos migratórios contemporâneos presentes no Estado de Santa Catarina e reivindica-se a participação dos grupos migrantes na formulação de políticas públicas relacionadas à imigração e ao refúgio a partir de uma análise interseccional.

O Eirenè-UFSC se consolida no Brasil como um centro de referência nos Estudos Críticos de Raça, Branquitude e Interseccionalidade no Sistema Internacional, além de afirmar e introduzir tais categorias na ontologia dos campos de Relações Internacionais, do Direito Internacional Público e como basilares das relações de poder no Sistema-Mundo (SILVA 2021). As pesquisas e práticas implementadas pelo Centro buscam reposicionar mapas e consolidar uma nova arqueologia do saber, no intuito de combater o linchamento epistemico (NASCIMENTO 2020) e oportunizar possibilidades concretas de emancipação a partir da implementação de agendas de justiça social e de direitos humanos. Tal concepção vai ao encontro das lutas por justiça cognitiva dos povos racializados como não brancos, garantindo assim, que os temas que circundam a discussão levem em consideração a complexidade das experiências e atravessamentos a partir de uma análise multidimensional.

O Núcleo de Apoio a Imigrantes e Refugiados (NAIR) é um projeto de Extensão do Eirenè que, desde 2014, realiza ações no campo da mobilidade humana

*Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2952580041672018>. E-mail: patrick_suhre@hotmail.com.



internacional. O NAIR também realiza as ações da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (CSVM) em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Migração (ACNUR). As atividades de extensão do Eirenè estão voltadas para 1) Atendimento diário a imigrantes e refugiados nas áreas de Direito Consular, Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos (acessibilidade documental, laboral, educacional e linguística); 2) Organização de eventos; 3) Implantação de banco de dados sobre a imigração na grande Florianópolis; 4) Promoção de ações concretas destinadas à integração de imigrantes e refugiados na UFSC e na região; 5) Ações de Advocacy destinadas a incitar os poderes públicos a formularem e a implementarem políticas públicas de integração e acolhimento; 6) Militância no Grupo de Trabalho de Apoio aos Imigrantes e aos Refugiados (GTI) da ALESC, e no Grupo de Apoio a Imigrantes e Refugiados da grande Florianópolis (GAIRF); 7) Efetivação de ações sociais para auxiliar imigrantes em situação de vulnerabilidade e 8) Implementação das ações previstas na Cátedra Sérgio Vieira de Mello/ACNUR/ONU (SILVA; CASTELAN 2019).

Neste sentido, através da ética dos direitos humanos, o espaço formativo oferecido à Associação de Imigrantes de Santa Catarina (AISC) abordou temas como: proteção, direitos humanos, direitos individuais e coletivos, regularização migratória e integração sociolaboral de imigrantes e refugiados no Brasil. O principal intuito da formação foi apresentar dentro do contexto da migração ferramentas que auxiliem imigrantes e refugiados a atuarem de forma direta nos processos de regularização migratória e inserção laboral. Além disso, a capacitação foi desenvolvida em julho de 2021, sob coordenação da professora Karine de Souza Silva¹, cuja prática foi orientada por uma pedagogia engajada, capaz de promover o aprendizado mútuo e autodesenvolvimento das pessoas envolvidas na ação, afirmando o compromisso com a justiça social na promoção da igualdade, entendendo-a como um valor da educação democrática capaz de consolidar um pensamento crítico de oposição às estruturas e sistemas de dominação para consolidação dos valores democráticos (HOOKS 2020).

A ação de extensão se consolida a partir da necessidade de garantir a inviolabilidade dos direitos humanos, por isso, entende-se como fundamental a articula-

¹Professora permanente dos Programas de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Relações Internacionais e em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora Produtividade em Pesquisa PQ CNPq. Doutora em Direito Internacional/UFSC. Coordenadora do “EIRENÈ- Centro de Pesquisas e práticas Decoloniais e Pós-coloniais aplicadas às Relações Internacionais e ao Direito Internacional”, da Cátedra Sérgio Vieira de Mello/ ACNUR UFSC, e do Núcleo de Estudos Críticos de Raça e Interseccionalidades nas Relações Internacionais e no Direito Internacional.

ção dos pilares de ensino, pesquisa e extensão na construção de uma universidade popular, multirracial, de qualidade e descolonizada, ou seja, uma universidade que promova uma extensão comunicadora com a sociedade, capaz de produzir encontros não hierarquizados com a alteridade, instigando assim, a construção de soluções coletivas para os desafios sociais.

A consolidação dos trabalhos edifica-se na compreensão da teoria como uma forma de intervir no mundo, uma prática que garanta a liberdade através da educação (HOOKS 2020). É nessa perspectiva que o Eirenè promoveu o Curso de Capacitação para AISC, um espaço de escuta ativa e formativa. A capacitação fez-se necessária após o fechamento do Centro de Referência de Atendimento ao Imigrante (CRAI-SC) em 2019, a ausência do Estado, bem como sua omissão na formulação de políticas públicas de integração social refletem o racismo estrutural presente na sociedade brasileira, haja vista que o estado catarinense é uma rota expressiva da migração SUL-SUL (SILVA; ROCHA; D'AVILA 2020) sendo ela composta, pelo menos, por 71% de pessoas racializadas como negras (SILVA; BORBA; DAVID 2020).

Assim, diante do contexto de hiper-vulnerabilidade e do cenário pandêmico causado pelo coronavírus SARS-COV-2, a capacitação supracitada, utilizou o sistema remoto, através de plataforma online, como possibilidade para promoção do espaço formativo. As atividades foram executadas de modo síncrono e assíncrono e a apresentação do conteúdo programático foi ministrado pelos extensionistas do Projeto NAIR/CSVM/ACNUR/ONU.

O curso teve a carga horária de 40 horas aulas e foi ministrado em sete encontros pelos pesquisadores e pesquisadoras: Isabella Pereira Nickel, Jean Samuel Rosier, Jonatan Carvalho de Borba, Raíssa Tatiéli Ferreira de Oliveira, Thalia Pasetto Biléssimo, Lucas D'Avila e Patrick Suhre da Rosa. O método avaliativo ocorreu através de formulários de revisão e fixação do conteúdo programático, para aprovação e obtenção do certificado de conclusão de curso aferiu-se 75% da frequência de cada participante em relação à carga horária estabelecida.

O conteúdo programático elegeu dois eixos como prioritários para formação: Proteção e Integração. O primeiro apresentou, de modo introdutório, o Direito Internacional Público com abordagens sobre o atual panorama das normativas migratórias internacionais e nacionais; Direitos Humanos e a Nova Lei de Migração. Apresentou-se dados gerais sobre os principais fluxos migratórios presentes atualmente no estado de Santa Catarina, recomendações de boas práticas no atendimento a imigrantes e refugiados e dicas de organização e sistematização das coletas de dados. Estimulou-se ainda, debates sobre portarias interministeriais,



Acordo Mercosul, CRNM, acolhida humanitária, noções sobre proteção dos direitos individuais e coletivos, bem como temas de acesso e procedimentos via Polícia Federal e CONARE. Por fim, elencou-se os procedimentos para solicitação de refúgio, reunião familiar, contato com/das embaixadas e os desafios e regulamentações para entrada de imigrantes no contexto pandêmico.

No eixo da integração: optou-se por tematizar aspectos como inserção laboral, elaboração de currículos e apresentação do SINE, métodos e tecnologias para cadastro de currículos em plataformas digitais, bem como ampliação das redes de apoio a imigrantes e refugiados. Ao fim, foram apresentadas orientações sobre os processos de revalidação de diplomas estrangeiros no Brasil, acesso às universidades públicas, ações afirmativas, noções de direito trabalhista e o alerta sobre o número crescente de trabalho análogo ao escravo no país.

Assim, considerando a prática de extensão exposta aqui, verifica-se que os resultados obtidos na capacitação qualifica e fornece a AISC, a possibilidade de laborar de forma independente e autônomo e realizar procedimentos de regularização migratória, solicitação de refúgio, instrumentalização e auxílio na postulação de direitos, como também, assistência na promoção de acesso à justiça, integração social e ao labor.

O cenário e as características dos novos fluxos migratórios em Santa Catarina são fundamentais para compreender a invisibilidade que a população migrante ocupa na formulação de políticas públicas, além de evidenciar o contexto de hiper-vulnerabilidade que às populações não-brancas migrantes são colocadas, expressando, ainda hoje, a dificuldade de ingresso no território brasileiro e a falta de celeridade nos processo de regularização migratória. Tal retrato demonstra também que a hospitalidade brasileira é seletiva e racista, que às normas migratórias no contexto histórico brasileiro operou com base na estratificação racial, a fim de privilegiar simbólica e materialmente populações brancas migrantes vindas do norte global (SILVA 2020). Diante desses apontamentos, o Eirenè junto à sociedade civil em conjunto com a Pastoral do Migrante, CRAI e posteriormente com a Defensoria Pública da União (DPU), desde 2014, já realizou cerca de 50 mil atendimentos a imigrantes e refugiados de 62 nacionalidades, residentes em 36 cidades de Santa Catarina (SILVA; BORBA; MULLER 2020). A extensão permanece ativa, assumindo a responsabilidade da Universidade Pública na promoção e garantia dos direitos das populações imigrantes e refugiadas, ainda que de forma paliativa e não permanente e na medida do possível, não invasiva das atribuições que são de responsabilidade do Poder Público. Neste sentido, as ações de advocacy do



Eirenè se destinam a cobrar do Estado que assuma suas funções de acolhimento em cumprimento das disposições inscritas na Lei brasileira de migrações.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que historicamente a legislação brasileira, através do colonialismo jurídico, instrumentalizou o embranquecimento do Brasil e implementou o genocídio do negro brasileiro através de uma política migratória eugenista (SILVA 2020). Atualmente temos alguns avanços na legislação brasileira no âmbito nacional com a implementação da Nova Lei de Migração nº 13.445/2017, que reconhece a migração como um direito humano (SILVA; BORBA DE SÁ 2021). No âmbito estadual também houve avanços, através da aprovação da lei nº 18.018/2020, que institui política estadual para população migrante no Estado de Santa Catarina, sendo esta a normativa fruto da militância de diversos atores do GTI/ALESC, como GAIRF e o Eirenè/CSVM.

O quadro das atuais políticas de migração permanece deficitário, pois as normativas e políticas migratórias ainda inviabilizam as categorias analíticas de raça e gênero. Assim, urge a necessidade de formular normativas e políticas públicas comprometidas com os direitos humanos a partir de uma análise interseccional dos sujeitos migrantes e torna-se fundamental a implementação de ações afirmativas que facilitem o ingresso e a permanência dos coletivos marcados racialmente, visto que, o Brasil possui uma dívida histórica com os povos da diáspora africana e deve, portanto, positivar leis utilizando a interseccionalidade e as imbricações como ferramentas de análises para formulação de políticas que resultem em justiça cognitiva e práticas de reparação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF (2017)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

HOOKS, bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

HOOKS, bell. *Ensinando o pensamento crítico: sabedoria prática*. São Paulo: Elefante, 2020. p. 47.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. 4 ed. São Paulo: Perspectiva, 2020. p. 93.



SANTA CATARINA. *Lei nº 18.018, de 09 de outubro de 2020. Institui Política Estadual para a População Migrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias no Estado de Santa Catarina*. Santa Catarina: Assembleia Legislativa de Santa Catarina. (2020). Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2020/18018_2020_lei.html. Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

SILVA, Karine de Souza. *“A mão que afaga é a mesma que apedreja”*: Direito, Imigração, e a Perpetuação do Racismo Estrutural no Brasil. *Revista Mbote*. Salvador, Bahia, v.1, n1, p. 020-041.

SILVA, Karine de Souza. *“Esse silêncio todo me atordoa”*: a surdez e a cegueira seletivas para as dinâmicas raciais na Relações Internacionais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v.58, n. 229, p. 37-55, jan-mar. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/229/ril_v58_n299_p37. Acesso em 30 de janeiro de 2022.

SILVA, Karine de Souza; ROCHA, Carolina Nunes Miranda Carasek da; D’AVILA, Lucas. *Invisibilizados na ilha do desterro: os novos fluxos de imigrantes e refugiados em Florianópolis*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, e33488, jan./abr. 2020. ISSN 1981-3694. DOI:<http://dx.doi.org/10.5902/1981369433488>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33488> Acesso em: 28 de janeiro de 2022.

SILVA, Karine (Org.); BORBA, Jonatan C. (Org.); MULLER, Juliana. (Org.). *Pessoas, travessias e encontros: dinâmicas atuais da migração sul-sul em Santa Catarina*. 1. ed. Florianópolis: Rocha/Selo Nyota, 2020. v. 1.

SILVA, Karine de Souza; CASTELAN, Daniel R. *Mil nações moldaram minha cara: o Brasil, as migrações sul-sul e a extensão em Relações Internacionais*. *Revista de Extensão*, v. 16, n 24, p. 154 - 165, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/extensio/issue/view/2997> Acesso em: 30 de janeiro de 2022.

SILVA, Karine de Souza; MULLER, J.; SILVEIRA, Henrique M. *Santa Catarina no roteiro das Diásporas: os novos imigrantes africanos em Florianópolis*. *Revista Katálysis*, v. 21, p. 281-292, 2018.

SILVA, Karine de Souza; BORBA DE SÁ, Miguel. *Do Haitianismo à nova Lei de Migração: Direito, Raça e Política Migratória Brasileira em perspectiva histórica*. *Revista nuestraAmérica*, v. 9, p. 10-35, 2021.



RESENHA CRÍTICA DO LIVRO “DIREITOS MÁXIMOS E DEVERES MÍNIMOS”

Ruan Ricardo Bernardo Teodoro*

GARSCHAGEN, Bruno. *Direitos máximos e deveres mínimos: o festival de privilégios que assola o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2021.

Bruno Garschagen é doutorando e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa (IEP-UCP) e estudante visitante da Universidade de Oxford. É escritor, comentarista, palestrante e criador do curso on-line “Para Entender a Política”.

Em sua obra *Direitos Máximos e Deveres Mínimos*, Bruno Garschagen propõe uma reflexão intrigante e necessária para o cenário brasileiro: a ideia de que talvez nem todo direito adquirido pelos indivíduos seja de fato um direito, mas sim um privilégio. Adicionalmente, a obra leva a refletir sobre o limite razoável entre a busca por direitos e a procura desenfreada por privilégios. Apresentarei os pontos teóricos mais notáveis expostos na obra, bem como uma apreciação final sobre ela. Antes de mais nada, é relevante frisar que, conforme salienta o autor, seu objetivo não é condenar a concessão de direitos a determinados grupos sociais, mas reconhecê-los, justificados ou não, pelo que de fato são, benefícios que poucos usufruem às custas de todos.

Primeiramente, destacam-se os conceitos de privilégio e direito trazidos pelo cientista político. Apoiando-se na perspectiva do Direito Natural proposta pelo economista Lawrence W. Reed, um sujeito inserido em uma sociedade possui um direito quando aquilo que lhe é concedido pela norma jurídica pode ser usufruído irrestritamente por todos a qualquer momento e da mesma maneira, como o direito à liberdade e à vida (REED, 2017). Em contrapartida, o privilégio é aquela vantagem legal, legítima ou ilegítima, concedida pelo poder político e restrita a um determinado grupo de pessoas, cuja obrigação de custeá-las recai sobre os outros, como as regalias aos servidores estatais e as proteções às minorias sociais.

*Graduando do 2º período em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0923581803226795>. E-mail: ruanricardoteodoro@gmail.com

Justificativa: *Haja visto o interesse público em torno da reivindicação de direitos fundamentais, a obra em questão trata de uma análise consciente e crítica acerca desse fenômeno, contribuindo para uma reflexão acerca do panorama social brasileiro. Seu conteúdo trata de questões práticas de legislação e política como também mais teóricos acerca de Ciência Política e Filosofia do Direito.*



Tal discussão se mostra relevante visto a retomada feita pelo autor do conceito de Direito Natural. Segundo o jurista Paulo Nader, o Direito Natural “é um Direito espontâneo, que se origina da própria natureza do homem e que é revelado pela conjugação da experiência e razão” (NADER, 2014, p. 143). Desse modo, por ser intrínseco à condição do ser humano, o Direito Natural deve forçosamente ser aquilo que não pode ser negado a outro sob o risco de negar a própria humanidade e a do outro. Logo, é a partir dessa base que os direitos institucionalizados são, ou deveriam ser, difundidos, pressupondo garantias acessíveis igualmente a todos sem que terceiros tenham a obrigação involuntária de cobrir os benefícios dos demais.

Enquanto a primeira parte da obra introduz os conceitos e temas sobre direitos, privilégios, responsabilidade e intervenção estatal, a segunda e a terceira seção demonstram casos práticos de privilégios encontrados na sociedade brasileira que são erroneamente, como defende o autor, tratados como direitos. Nesse sentido, Garschagen alerta acerca dos grupos civis e políticos que pressionam o poder legislativo em busca de benefícios particulares, a fim de justificar sua especialidade em face da ordinariedade do resto da população. Ademais, é importante notar que ao longo da obra o autor não especifica quais garantias fundamentais são necessárias a serem concedidas como privilégios.

Exemplo desses privilégios são as vantagens trabalhistas asseguradas aos servidores públicos, especialmente aos membros do alto escalão do Judiciário, Legislativo, Executivo e Ministério Público. Por esse prisma, o autor evidencia as garantias de aposentadoria compulsória dos juizes, remunerações mensais maiores que o teto salarial dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, carros particulares oficiais concedidos a ex-presidentes, entre outras regalias. Tudo isso contribui para a criação de uma casta privilegiada que ganha seus bônus a partir dos impostos de cada contribuinte do país. O “direito” dessa elite é legitimado pela lei e a discussão sobre a necessidade ou não dessas vantagens são postas de lado.

Doravante, a obra evidencia temas sensíveis à sociedade civil, apontando questões complexas como a saúde, o trabalho, a educação, entre outras. A contrário senso, o autor defende que certos benefícios comumente tomados como direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, de maneira concreta, se tornam privilégios. Como ilustração, Garschagen delimita o alcance exercido pelo direito constitucional da saúde.

Por ser uma garantia fundamental, deve ser proporcionado a todos, indiscriminadamente, sob a pena de omissão e descumprimento dos deveres estatais. Entretanto, o acesso à saúde no Brasil é uma garantia fundamental que ainda está



longe de sua plena realização, seja pela falta de profissionais de saúde, equipamentos hospitalares sucateados e extensas filas de espera para o atendimento dos pacientes.

Já que se trata de um recurso limitado e ao mesmo tempo gratuito, o acesso à saúde passa pelo fenômeno identificado como “tragédia dos comuns”, no qual quanto mais pessoas o utilizarem, mais rapidamente o recurso será exaurido (HARDIN, 1968, p.1244-1245). Logo, uma vez que todos buscam consultas e tratamentos em uma proporção maior do que o Estado pode oferecer, sua utilização se torna o motivo pelo qual as filas de espera são criadas. Em contrapartida, para lidar com os casos de saúde mais severos, os órgãos estatais da saúde selecionam as pessoas mais vulneráveis em um grupo de prioridades, as gestantes, os idosos, os deficientes, etc. Dessa maneira, quem acaba de fato usufruindo da saúde pública são essas pessoas, por um lado justificadamente, por outro lado privilegiadamente.

Outra temática suscitada pelo cientista político é a dúvida desconfortante de que, na sincera reclamação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, talvez a sociedade tenha se esquecido de que também possui deveres. Por ser cidadão de um Estado, isto é, pertencer a um corpo político, sua condição de cidadão implica direitos e deveres (DALLARI, 1988, p. 39), impondo ao Estado o dever de prover seus direitos e aos outros de respeitá-los. Assim, o contrário também é verdadeiro, pois a cidadania também fornece deveres, sendo estes o cumprimento da lei, o exercício do voto e o respeito ao direito do outro. A cidadania consiste em reconhecer que tanto o outro como a si próprio possuem titularidade jurídica. De fato, embora algumas reivindicações dos grupos sociais sejam justificadas devido à vulnerabilidade destes, por se tratarem de privilégios, há um risco de perverterem a responsabilidade dos cidadãos em geral para com seus deveres.

Na parte final do livro, a responsabilidade individual é o tema que gira em torno dos direitos máximos. Devido ao seu desbalanceamento, a busca incontinenti por mais e mais direitos se transforma em uma terceirização das responsabilidades individuais, transferindo o ônus à coletividade. Nessa esfera, as seguintes personalidades são típicas: os pais que delegam a educação dos filhos às telas eletrônicas ou exclusivamente à escola, os servidores governamentais corruptos que fazem descaso ou desviam as verbas públicas por saberem que o dinheiro não é deles e as empresas multinacionais que ignoram os danos ambientais causados pelas atividades industriais protelando os malefícios às próximas gerações. Se eles sabem que as suas ações não serão pagas por eles mesmos, visto que o Estado intervirá para sanar a consequência, sua atitude, e também a mais racional, é passar para frente a responsabilidade pelos seus atos.



Desse modo, um dos riscos da crescente concessão de direitos é a perda do senso de dever cívico do cidadão. Se o Estado zela toda a vida do indivíduo, sua educação, moradia, saúde, emprego, assim por diante, ele perde o incentivo de se preocupar com seu próprio bem-estar, uma vez que outra pessoa já está pensando por ele e cuidará dele caso cometa um erro. Portanto, identifica-se uma linha tênue que separa a luta autêntica pelos direitos de uma procura reprovável por privilégios, sendo esta última definida como a obtenção de um benefício limitado por tempo indeterminado a alguém que, agindo racionalmente, não se esforçará para garantir suas condições básicas de vida, transmitindo a responsabilidade de obtê-las a terceiros. Encontrar o equilíbrio entre estes dois expoentes é imprescindível para o Brasil e o sucesso de sua democracia.

De modo conclusivo, “Direitos Máximos e Deveres Mínimos” oferece uma nova lente sobre a realidade brasileira. O autor reflete sobre algumas associações e conceitos conhecidos como a responsabilidade, o direito e o privilégio. Mais do que nunca, conciliar um país com tantas desigualdades sociais como o Brasil com uma reivindicação justa, temporária e consciente daqueles privilégios que são verdadeiramente necessários para os grupos mais vulneráveis, cuja competência de identificá-los reside nos próprios grupos, é tornar legítima a luta e busca por esses privilégios que no ordenamento jurídico brasileiro são encarados como direitos, justificando os benefícios custeados coletivamente.

REFERÊNCIAS

DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 39.

HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. Science, 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, 13 dez. 1968. Acesso em: 18 jan. 2022. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.162.3859.1243>

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 143.

REED, Lawrence W. *Você sabe definir o que seria um direito? E um privilégio?* In Instituto Mises Brasil, 26 set. 2017. Acesso em: 18 jan. 2022. Disponível em: <https://mises.org.br/Article.aspx?id=2773>



AS MICRO E MACROTRANSGRESSÕES CONTRA TRANSEXUAIS, A VIDA DE JOÃO W. NERY

Catherine Oliveira Araujo*

NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual trinta anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. E-book.

Viagem Solitária não foi sua primeira autobiografia, mas é uma intrigante releitura de sua história de vida contada em *Erro de Pessoa*, publicado em 1984. Aquela perpassa pela superação de sua infância, adolescência e vida adulta cheias de conflitos externos e, sobretudo, internos, para chegar com uma grande alma na 3ª idade.

É preciso estabelecer parâmetros temporais. João nasceu em 1950 e sua adolescência, juventude e começo da vida adulta foram vividas durante o regime militar brasileiro, assim, sofreu intensamente as consequências dessa época, como o exílio de seu pai e punições acadêmicas. Em 1984, sua transexualidade veio a público, sendo o primeiro caso de transexualidade masculina noticiado no Brasil. Nesse contexto, passou por uma intensa e ilegal busca por avanços científicos que proporcionassem a adequação de seu corpo à sua identidade de gênero.

Pessoas intersexuais, não-binárias, dois espíritos, assexuais e agêneros sempre existiram nas mais diversas mitologias e religiões, no entanto, o conceito de transexualidade em sua estrutura moderna surgiu apenas no século XX, potencialmente com Harry Benjamin que, segundo Pierre-Henri Castel e outros estudiosos de gênero, teorizou o distúrbio de identidade de gênero. O debate acerca da transexualidade se desenvolveu durante o século XX, primordialmente entre psicanalistas e endocrinologistas, entretanto, é possível identificar o obscurantismo sobre o tema que se manifestava em João e no contexto que o envolvia.

*Graduanda da 4ª fase do curso Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET).
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7732071524982548>. E-mail: catherineoliveira1001@gmail.com.

Justificativa: *A resenha sobre o livro Viagem Solitária de João W. Nery busca relatar as experiências do primeiro caso noticiado de um homem trans no Brasil, o qual teve que encarar a ilegalidade de sua existência e o desconhecimento sobre a transexualidade em um país durante uma ditadura militar, com pouca ou nenhuma liberdade sexual e de gênero. Diante do contexto marcado pelo regime militar, pela falta de direitos e, conseqüentemente, pela lentidão do sistema legislativo e de justiça no reconhecimento e legitimação das experiências transexuais no país, somente na segunda década do século XXI, alguns dos direitos de João - que se assumiu transexual em 1984 - seriam, de fato, reconhecidos. Ainda hoje, as diversas violências vividas por pessoas trans são negligenciadas no sistema de justiça brasileiro.*



Desde criança já se entendia por menino, e, nesse contexto, é interessante perceber que, no caso de João - ou, na época, Joana (nome citado, pois o próprio autor o fez) - a identificação de gênero antecedeu a percepção corporal, embora muitos transexuais apenas se identifiquem como tais na adolescência, no auge da vida adulta ou até mesmo na velhice. *Joana*, a filha do meio, desde criança não entendia porque ou como se limitar às atividades e ações ditas para meninas, sendo repreendida em suas tentativas de se libertar e ser aquilo que entendia ser.

João, quando criança, rejeitava o jeito que o chamavam, sempre no feminino, e o jeito que o vestiam. Sempre que podia usava gravatas, pois amava, e tudo aquilo que remetia ao seu sexo feminino, repudiava. Sua grande arma durante longos e torturantes anos foi a representação, não a representação do masculino, mas do feminino, de modo que o seu travestismo se manifestava quando tentava representar aquela figura feminina que lhe impunham.

A representação se enquadrou como solução mais viável até a emancipação da casa de sua mãe, aos 22 anos, e mesmo assim foi uma sombra que teve que carregar durante muitos anos à frente. Quando era uma criança, na invenção de uma “brincadeira” com sua irmã mais nova, encontrou a liberdade mínima de externar o seu verdadeiro eu: naquele mundo criado *Joana* era Zeca.

A adolescência se mostrou ainda mais conflitante em razão da rejeição e da invisibilidade de seus desejos de ser visto como um menino. Esse período coincidiu exatamente com a tomada dos militares no poder, no qual João se deparava com uma repressão imensa da liberdade. Além disso, sequer sabia o que era *transsexualismo* ou *distúrbio de identidade de gênero*, sabia pouco sobre homossexualidade e, ainda que enquadrado continuamente como uma mulher lésbica, não se identificava como tal. Esse período foi marcado pelas mutações do seu corpo, isto é, principalmente o aumento dos seios e a “monstruação”, como chamava.

Nitidamente, essa relação conflitante com sua imagem não foi exclusividade de João. Gabriel Meinberg narrou um pouco de sua história para a repórter Carol Kappa, da Revista Veja, e elucidou, mais uma vez, a importância da representatividade para a identificação e reconhecimento de si mesmo. Sobre seus conflitos internos ele conta

Estudei em colégio católico e, antes de dormir, rezava a Deus para acordar menino. Quando abria os olhos e percebia que nada havia mudado, aquele sentimento de agústia me invadia [...] Na adolescência, tinha seios grandes, e aquilo me atrapalhava muito, porque adorava jogar handebol e futsal. Fiz uma cirurgia de redução de mamas e achei que isso resolveria meus problemas, mas logo vi que nada havia mudado. A agústia só crescia. (MEINBERG, 2020)



Gabriel foi adolescente no começo deste século e, ainda que na mesma época João Nery já se encontrasse no início de sua velhice, diz

Quando fiquei com uma menina pela primeira vez achei bem interessante, mas nunca me senti lésbica, soava errado. Comecei a buscar conteúdo LGBT no YouTube, até que um dia topei com um vídeo chamado Como Me Descobri um Homem Trans, em que um canadense relatava sua infância e o processo de mudança de sexo. Depois de assistir ao filme, tudo fez sentido: 'Cara, sou eu'. (MEINBERG, 2020).

O conflito entre João e seu corpo fez parte de toda sua vida, de forma que o autor narra diversos episódios de crises profundas em que questionava a inadequação de seu sexo, como o fato de possuir seios femininos. Seios grandes fazem com que boa parte dos trans homens tenham má postura de modo que os disfarce mais. Algumas vezes na tentativa de ocultar seus seios amarrou grandes faixas que não ofertavam grandes resultados e traziam desconforto, tendo em vista que naquela época não havia todos os recursos existentes hoje. Atualmente para esta função existem os *binders*, os quais são encontrados com facilidade e das mais variadas formas, havendo dicas de cuidados, por exemplo, não utilizar durante todo o dia, e modos de utilização para que haja efetividade e conforto.

A adolescência naturalmente é um período que envolve a descoberta de novos amores e mais uma área em que um homem trans possui mais obstáculos que um homem ou mulher cis. João quando ainda performava a feminilidade imposta à *Joana*, tentou realizá-la fielmente e investiu na possibilidade de se relacionar com outros homens, sem sucesso. Em sua juventude se relacionou com algumas mulheres. O grande dilema para João era como essas mulheres com quem se relacionava o enchergavam, se o viam como uma mulher, não podia suportar. Em suas diversas relações obteve muitas surpresas, em relacionamentos de anos teve a revelação de que sua parceira realmente gostava de mulheres, outra que queria um "homem de verdade" e outras experiências horríveis.

Durante muitos anos viveu como uma pessoa ambígua, de dois gêneros. Aos 19 anos entrou na faculdade de psicologia e ali teve contato com alguns debates sobre sexualidade e a descobriu como algo variado. Juntamente com o contato com esse ambiente mais aberto da universidade, na década de 70, "a moda agora permitia a maneira unissex de se vestir, o que foi um grande alívio. Pouco a pouco fui tornando minha figura mais ambígua, embora isso ainda incomodasse muita gente" (NERY, 2011). Aos 22 foi possível ir morar com sua mulher, Mercedes. Esse ambiente possibilitou uma maior modificação de seu corpo, e nele adquiriu algumas características masculinas, a ponto de em alguns ambientes ser lido como



homem, apesar de que próximo de conhecidos, permanecia performando *Joana*.

Um dia, por acaso ao sair de casa esqueci a bolsa a tiracolo. Fiquei surpreso ao constatar que ninguém na rua me olhava! Deduzi que, se me aperfeiçoasse mais nos caracteres masculinos, passaria completamente despercebido. Obtive, assim, vantagens na esfera social. Uma liberdade que nunca antes havia desfrutado. Podíamos caminhar abraçados e até nos beijar em plena rua. Finalmente vivenciava, no nível da realidade, meu verdadeiro gênero. (NERY, 2011)

Nesta etapa de sua vida tornou-se taxista e responsável por manter a si próprio e sua mulher. O medo de ser descoberto era constante, a qualquer momento podia ser descoberto e violentado. Apesar de possuir algumas características masculinas e ser lido, na maioria das vezes, como tal, seu medo era em algum momento alguém perceber a falta de volume em suas calças ou a voz fina, caso esquecesse de engrossá-la.

Após um longo tempo sobrevivendo com o mínimo que o emprego de taxista oferecia, uma amiga conseguiu um emprego de professor na universidade, local em que pode desenvolver-se bastante. Apesar de causar desconforto a alguns professores, os alunos gostavam bastante de João. No entanto, ainda tinha que se apresentar no feminino, pois todas as suas documentações eram de Joana, exceto uma carteirinha de estudante que conseguiu.

O primeiro contato de João com a transexualidade só ocorreu em 1975, na Europa especificamente, em Paris. Em suas palavras

viajar por países diferentes e mais desenvolvidos que o meu, que há 11 anos estava submetido a uma ditadura militar que ainda duraria mais dez, me deu uma visão mais ampla do mundo. Pude vivenciar a liberdade de expressão em sociedades mais democráticas e organizadas. (NERY, 2011)

Somente em outro país, outro continente, João teve a oportunidade de entender que o que ocorria com ele não era exclusividade e, muito menos, uma doença psicológica. Toda a disforia que vivera até então saiu do campo da loucura. Para além do contato com a transexualidade, encarou a felicidade da existência de cirurgias. Ainda que a maioria dos testes, estudos e práticas cirúrgicas conhecidas até aquele ano fossem em transfemininas, uma esperança surgiu e a conversa de João consigo mesmo há anos de não desistir fazia sentido. Perseverança foi a arma de João.

Uma amiga e psicóloga especializada nos estudos sobre sexologia no exterior contactou João, já aos 26 anos, sobre a possibilidade de uma cirurgia. O início de suas diversas cirurgias se deu com o contato de um endocrinologista, do qual



resultou que “quanto à análise hormonal, ocorreu o já esperado pela equipe: uma taxa elevada de testosterona no sangue, pois meu psiquismo estava interferindo diretamente no sistema endócrino” (NERY, 2011). Foi por meio do Doutor Porto, endocrinologista, que conheceu o cirurgião plástico Roberto Farina.

Ainda que tomado pela felicidade de conhecer Farina e este assumir o risco de enfrentar a ilegalidade do processo, João externa a consciência da posição de cobaia, o que hoje é nítido: não apenas João era cobaia de experimentos, mas desde a sua classificação, homens e mulheres trans foram tratados como mero experimentalismo das ciências e das leis, seja na cirurgia ou na definição de patologia, seja estabelecendo se é definitivamente trans ou na decisão da legalidade de sua existência.

Enquanto esperávamos a saída do ônibus, enxerguei então o absurdo de toda a situação: estava completamente na mão dos outros. O problema era meu; quem sofria e sabia do que se passava dentro de mim era eu. No entanto, era uma equipe multidisciplinar “especializada” que decidiria o que eu era, como me sentia, qual a melhor solução para a minha vida. Sem qualquer liberdade de escolha e ainda dando graças a Deus por existir uma saída! (NERY, 2011).

O psiquiatra da equipe de Dr. Porto se mostrou como uma grande surpresa. Após meses de terapia exigidos pelos médicos para definir se o caso de João era um exemplo legítimo de transexualidade e assim dar prosseguimento nas cirurgias, o Dr. Felipe proferiu palavras duras a ele

- Afinal, você vai escrever ou não que sou transexual?
- Isso não poderei fazer, porque ainda tenho dúvidas se a transexualidade existe realmente e até que ponto difere da homo. [...]
- Olha, se quiser, posso dizer que você é homossexual... Mas trans é impossível! (NERY, 2011)

Com a indicação de Farina, João conseguiu outro psiquiatra e um laudo.

Na década de 70 era imoral ser homossexual. A transexualidade não era nem entendida, ainda menos permitida. Todos aqueles envolvidos nos processos cirúrgicos de João Nery e tantos outros, estavam infringindo a lei e correndo graves riscos por estar no epicentro de uma ditadura militar que já durava uma década. Farina já havia operado uma mulher trans, caso pelo qual foi julgado.

Em 1976, Roberto Farina foi denunciado pelo Ministério Público de São Paulo por lesão gravíssima à vítima Waldirene, mesmo que esta tenha confirmado seu consentimento. De acordo com Amanda Rossi, em 2020, para a BBC Brasil, du-



rante o julgamento “os órgãos masculinos retirados na operação foram tidos como um ‘bem físico’ *tutelado pelo Estado*, ‘inalienável e irrenunciável’”. Também, como escreve Rossi (2020), prossegue o Procurador Luiz de Mello Kujawski em pedido de instauração de inquérito policial

“Não há nem pode haver, com essas operações, qualquer mudança de sexo. O que consegue é a criação de eunucos estilizados, para melhor aprazimento de suas lastimáveis perversões sexuais e, também, dos devassos que neles se satisfazem. Tais indivíduos, portanto, não são transformados em mulheres, e sim em verdadeiros monstros”.

Até 1976 Farina já havia realizado dezenas de cirurgias de redesignação sexual, dentre elas Waldirene e João. Farina foi descoberto pela ligação de uma palestra em que assumiu estar fazendo esse tipo de cirurgia e a tentativa de Waldirene mudar o nome em seu registro civil. Durante o processo, a comunidade médica internacional se moveu em prol de Roberto. Conforme a referida matéria da BBC, uma das cartas enviadas era de John Money, cirurgião plástico da Escola de Medicina da Universidade Johns Hopkins, o qual relatou que “seria um erro das autoridades judiciais no Brasil de processar o Dr. Farina por seguir um procedimento médico e cirúrgico internacionalmente respeitado e aceito”. Entretanto, o juiz do caso condenou o médico a dois anos de pena por lesão corporal gravíssima.

Após a decisão o Ministério Público recorreu, pedindo o aumento da pena, com argumentos cruéis e falsos sobre Waldirene e a contribuição para a prostituição por parte de Farina. No entanto, em 1979, o cirurgião foi absolvido pelos desembargadores.

A tentativa de mudança de nome entrou para a lista de derrotas travadas contra a justiça, não apenas para Waldirene, mas também para João. Joana, formada em psicologia e com pós-graduação, João, sem qualquer registro. Waldir, formado em contabilidade, Waldirene, manicure.

Waldirene entrou na Justiça na tentativa de alterar seu nome, o que só se realizou aos seus 65 anos, em 2010. João, para conseguir seus documentos, deixou uma vida inteira para atrás e com ela *Joana*.

- É maior de 18?
- Sou – respondi, fazendo um esforço para a voz não falhar.
- Nunca foi registrado?



Selma resolveu me socorrer. Antes que me traísse, tomou a palavra: – Não. Nunca foi registrado. Mas agora está precisando tirar os documentos para fazer o serviço militar. [...]

– Nome?

– João Walter Nery. (NERY, 2011)

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.955/10, em 1997 criou-se a primeira legislação médica em direção a uma possível legalização da cirurgia de redesignação sexual. A Resolução CFM no 1.482/97 possui a seguinte redação “1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de *transexualismo*”.

O novo texto da Resolução CFM nº 1.955/10 é o seguinte:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

Somente em 2009, pela Portaria nº 1.820, no art. 4º, I, o uso do nome social foi garantido em prontuários médicos, sob a redação:

I - identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas.

A Portaria nº 457, de 19 de agosto de 2008, regulamentou a realização da cirurgia de redesignação sexual pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e, em 2018, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4. 275, o Supremo Tribunal Federal permitiu a mudança de nome no registro civil sem a necessidade da realização de cirurgia ou decisão judicial.

A partir desses dados, é possível perceber a demora para que a legislação e o direito definissem e garantissem os direitos de pessoas trans. Caso João espe-



rasse a cirurgia e a correção de seu nome serem legalizadas, arriscaria deixar concretizar uma das maiores ansiedades que acomete a vivência das pessoas trans: morrer sem nunca expressar a plenitude de sua identidade e tê-la reconhecida.

O reconhecimento desses direitos não garante que serão cumpridos em sua totalidade ou de modo mais fácil. Na verdade, para que estes sejam colocados em prática, é exigido muita luta e constrangimentos que poderiam ser evitados por meio do preparo de funcionários de cartórios, médicos e recepcionistas de clínicas médicas, por exemplo.

A violência contra corpos trans é diária, seja por órgãos públicos ou por civis. São microtransgressões que ao longo da vida se tornam feridas imensas, além do abandono e negligência.

Mesmo com toda a baixa probabilidade de sobrevivência e de destaque, João Walter Nery foi uma dessas pessoas que resistiram contra todas as estatísticas, sobreviveram e conseguiram se destacar no Brasil, o país mais violento contra a população LGBT e, principalmente, contra transexuais e travestis.

A história de João é apenas uma dentre milhões que não são conhecidas e talvez nunca serão, mas que devem ser admiradas pela força de sua existência, conjuntamente com a memória daqueles que não sobreviveram, que foram humilhados, mortos e desprezados se torne a força e resistência de homens e mulheres trans e cisgêneros.

João W. Nery morreu dia 26 de outubro de 2018, aos 68 anos, sendo orgulhosamente pai, escritor e deixando um legado incrível e inspirando outros homens trans.

REFERÊNCIAS



CASTEL, Pierre-Henri. *Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995)*. Revista brasileira de história. v. 21. n. 41. 2001. p. 77-111. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-01882001000200005>. Acesso em: 26 de jan. de 2022.

KAISER, Millos. *Corpo estranho*. Trip. ed. 184. 15 de dez. de 2009. Disponível em: <https://revistatrip.uol.com.br/trip/corpo-estranho>. Acesso em: 26 de jan. de 2022.

MEINBERG, Gabriel. *Homem trans relembra processo de mudança de sexo: ‘Sensação de liberdade’*. Entrevista concedida a Carol Zappa. VEJA Rio. Beira-mar. 9 de mar. de 2020. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/beira-mar/depoimento-homem-trans-liberdade/>. Acesso em: 27 de jan. de 2022.

MOREIRA, Euza Aparecida da Silva; MARCOS, Cristina Moreira. *Breve percurso histórico acerca da transexualidade*. Psicologia em revista. v. 25. n. 2. Belo Horizonte. ago. 2019. p. 593-609. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/per/v25n2/v25n2a13.pdf>. Acesso em: 26 de jan de 2022.

ROSSI, AMANDA. *‘Monstro, prostituta, bichinha’: como a Justiça condenou a 1ª cirurgia de mudança de sexo do Brasil*. BBC Brasil. A história de Waldirene. Núcleo de Estudos, Pesquisa, Extensão e Assistência à Pessoas Trans Professor Roberto Farina. UNIFESP. São Paulo. 18 de maio de 2020. Disponível em: <https://nucleotrans.unifesp.br/producao-de-conhecimento/materias-jornalisticas/a-historia-waldirene>. Acesso em 29 de jan. de 2022.



ASPECTOS ATUAIS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO RACISMO E A RESENHA DO FILME “GREEN BOOK: O GUIA”

Filipe Santana Pitanga de Jesus*

O longa-metragem “Green Book: O Guia”, dirigido por Peter Farrelly e com o roteiro escrito por Nick Vallelongo, trata-se de um filme de comédia dramática norte-americano que ilustra a história curiosa, mas também muito reflexiva, do pianista Don Shirley (representado pelo ator Mahershala Ali) e do segurança Tony Vallelonga (retratado por Vigo Mortensen), os quais, durante todo o enredo, são acometidos pela necessidade de entender e (de certa forma) quebrar paradigmas presentes no âmbito estadunidense, no que tange ao racismo presente no período do *Jim Crow*.

Inicialmente, cumpre abarcar que o período intitulado de *Jim Crow* consistiu em uma época em que foi elaborado e sancionado um conjunto de leis (racistas, diga-se) pelo legislativo dos Estados Unidos no período pós-escravidão, que versava acerca de novas formas de segregação entre indivíduos brancos e negros, com uma roupagem um tanto diferente da que havia sido utilizada no passado escravocrata. O cunho racista, obviamente, colocava os negros em posição de inferioridade junto aos indivíduos brancos. Nesse sentido, a segregação institucionalizada e a discriminação pela cor da pele presentes na mesma foram promovidas através dessa legislação, em decorrência do fim do mencionado período da escravização (HERNANDEZ; 2017).

Passando para a análise da obra aqui abordada, inclusive, ganhadora de 5 *Óscars*¹, a mesma traz consigo, inicialmente, através do seu teor crítico, o percurso de Tony Vallelonga - um segurança branco que tomava conta de um espaço festivo em Nova York. Ocorre que, após alguns percalços, o espaço precisou passar por reformas e, em decorrência disso, o protagonista se viu desempregado, mesmo

¹ Dentre os vários prêmios, “Green Book: O Guia” ganhou: i) *Oscar de Melhor Filme*; ii) *Melhor Ator Coadjuvante*; iii) *Melhor Roteiro Original*; iv) *Melhor Ator*; v) *Melhor Montagem*.

*Graduando do curso de Direito da Universidade de Feira de Santana;
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 *Green Book: O Guia*, fazendo um paralelo acerca da problemática social do racismo presente nas estruturas sociais no contexto estadunidense tanto no passado do *Jim Crow*, quanto no âmbito atual. Para tanto, além do breve relato apresentado no filme, tem-se uma breve discussão acerca dos debates e das reflexões apresentadas.

precisando sustentar a sua família. Foi quando conheceu, através de uma entrevista, o pianista clássico Don Shirley.

Este era, em suma, um dos maiores pianistas do mundo, requintado e de procedência/aparência rica. De pronto, um paradoxo ilustrado na obra, tendo em vista que, no período, o número de negros ricos naquele país era escasso – ou quase inexistente. Ainda mais no período do *Jim Crow*. Acontece que Vallenga, como a tendência branca do período, possuía pensamentos racistas, mas decidiu aceitar o trabalho com Don Shirley, tendo em vista a alta necessidade do dinheiro para manter a sua família.

O emprego basicamente consistia em acompanhar, levar e proteger o músico em sua turnê pelo sul dos Estados Unidos. Esse fator tornava a relação trabalhista um tanto complexa, tendo em vista as séries de linchamentos contra os negros no sul dos Estados Unidos, devido ao já mencionado *Jim Crow* e aos atos discriminatórios que pregavam a supremacia branca no país (mencione-se que foi, justamente, nesse período que surgiu o grupo racista *Ku-Klux-Klan*). O sul estadunidense, caracterizado pelo contexto escravista, infligia, sobretudo, uma série de perigos aos indivíduos negros que se portassem como pessoas brancas e com características não submissas ou inferiores, fora que os aspectos segregacionistas faziam com que os brancos do sul linchassem os negros que se fizessem presentes nos ambientes considerados como exclusivos aos brancos.

Entretanto, é importante mencionar que o teor mais impactante da obra não está no fato do seu enredo apenas, e sim, na quebra de paradigmas provocado pelo contraponto de hábitos presentes tanto no comportamento de Tony Vallenga, quanto de Don Shirley. Aspectos estes que podem ser contextualizados até com a atualidade, presentes tanto na realidade estrutural quanto estruturante. Afinal, a sociedade, durante muito tempo, foi (e, infelizmente, ainda é) educada para adjetivar indivíduos brancos como portadores de modos educados, requintados, que se fazem presentes nos lugares de luxo e ocupando os espaços de poder, enquanto aos indivíduos negros sobram os espaços subalternos, com pouca educação e, como decorrência direta, até mesmo meios de criminalidade. À luz do entendimento de Silvio de Almeida:

A perspectiva liberal tem se mostrado insuficiente para a compreensão do racismo enquanto prática social concreta que, para além dos aspectos morais e culturais, manifesta-se nos planos da economia e da política. O racismo estrutura relações de poder, de tal sorte que sua inteligibilidade histórica passa por uma investigação sobre os liames existentes entre a discriminação racial e a reprodução da vida social (p. 747, 2017).



Nesse contexto, o “Green Book: O Guia” traz um paradoxo, demonstrando o desconforto em ver um indivíduo negro ocupando espaço de poder em uma situação completamente adversa como no período pelo qual passava os Estados Unidos. Contudo, cumpre ressaltar que esse desconforto não é causado pelo fato de Don Shirley ocupar aquele espaço, mas sim, pela reflexão acerca de que aquele caso é isolado/escasso. Afinal, o racismo é tão presente na sociedade (ou nas sociedades) que acaba por tornar incomum essa ocorrência e isso pode (tem) de ser o ponto de partida para a mudança nas estruturas sociais.

Apesar disso, o filme ainda retrata cenas tristes (mas, reais) que ocorreram com Don Shirley. Por vezes, devido a sua cor, foi vítima de alguns espancamentos (quando Vallelonga não estava presente), foi impedido de frequentar ou de se servir nos espaços em que era, inclusive, a atração principal enquanto músico (simplesmente pelo fato de ser negro e as leis do *Jim Crow* o proibirem), bem como possuir os piores camarins, em alguns dos vários espaços que percorreu. Esses fatos representam bem a época e ilustram um pouco do que era a realidade nos Estados Unidos do período, além de reforçarem a ideia de que, mesmo ultrapassada a escravidão, esta tomou uma nova face com a legislação criada a época (ALEXANDER, 2018).

Em conclusão, o filme revela-se importante para compreender um pouco da estrutura estadunidense no período do *Jim Crow*, bem como demonstra um pouco do que foi/é a realidade dos Estados Unidos no que tange à problemática do racismo. Nesse aspecto, *Green Book: O Guia* é um filme 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 à obra -, mas também por ser um filme que incita a discussão e o debate acerca do racismo, bem como traz à tona realidades que, mesmo ocorridas no passado, ganham novas formas no contexto atual, não só nos EUA, mas também em sociedades que possuíram a escravidão de pessoas negras no passado e que, em decorrência disso, têm reflexos estruturais e estruturantes até hoje.



REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Estado, direito e análise materialista do racismo*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pyn40G76kBI>. Acesso em 20 jul.2017 CERQUEIRA, Daniel; e outros. *Atlas da violência 2017*. Ipea e FBSP: Rio de Janeiro, 2017.

HERNÁNDEZ, T.K. A inocência racial e o direito costumeiro de regulação racial. In: *Subordinação racial no Brasil e na América Latina: o papel do Estado, o Direito Costumeiro e a Nova Resposta dos Direitos Civis* [online]. Translated by Arivaldo Santos de Souza and Luciana Carvalho Fonseca. Salvador: EDUFBA, 2017, pp. 15-30. ISBN: 978-85-232-2015-0.



UMA NOITE DE 12 ANOS: A IMPORTÂNCIA DAS ESTRELAS PARA DEMOCRACIA

Milenny Lee Cabral Marins*

"La noche de 12 años". Direção: Alvaro Brechner. Produção: Mariela Besuievsky. Intérprete: Antonio de la Torre, Chino Darín, Alfonso Tort. Roteiro: Alvaro Brechner. Uruguai, 2018.

Um filme para além da "história de Mujica" e não sobre o seu famoso fusca azul-celeste 1987, Uma Noite de 12 anos é uma imersão necessária em um período democrático tão sombrio. Lançado no Festival de Veneza, em 1º de setembro de 2018, escrito e dirigido pelo uruguaio Alvaro Brechner, narra sobre o longo período de cárcere de José "Pepe" Mujica, Mauricio Rosencof e Eleuterio Fernández Huidobro – El Ñato.

Guerrilheiros do Movimento de Liberação Nacional – Tupamaros (1963-1972), grupo armado que usava de assaltos a bancos, às lojas de armas e sequestros de políticos para o combate à elite política instituída pelos partidos Blanco e Colorado, foram presos após a derrocada do movimento e início da ditadura civil-militar do Uruguai, em 1973.

O longa-metragem inicia com a transferência, dentre muitas, do estabelecimento de isolamento, dificultando a informação de seus paradeiros. Parecido com um quartel general, no local, lhes é informado que não são presos comuns, mas reféns do Estado. São privados daquilo que nos diferencia de outros animais: a comunicação. Então, foram notificados que estavam proibidos de falar entre eles, e até mesmo com os militares que os torturavam.

Em celas separadas, porém vizinhas, Rosencof e El Ñato permaneceram no mesmo cativeiro. Os militantes desenvolveram um código de comunicação por meio de batidas, algo semelhante ao Código Morse, o que permitiu que tivessem contato humano, embora mínimo, como um peculiar jogo de xadrez ou a troca das poucas notícias que tinham acesso. Tal "sorte" não teve Pepe Mujica, pois esse

*Graduanda da 9ª fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2520654882576127>. E-mail: milennymarins@hotmail.com.

Justificativa: A obra permite ao telespectador a experiência de imergir em um cenário onde não está presente o Estado Democrático de Direito. Assim, as vivências de constantes violações aos direitos humanos ensejam a reflexão sobre o período das ditaduras civil-militares latino-americanas.

ficou sete anos em uma solitária completamente isolado, em um espaço que se assemelha a um silo.

Após anos sob completo isolamento, depois obter a possível localização do filho, a mãe de Pepe Mujica, Lucy Cordano, tenta o visitar. Mas depois de horas de “verificação de documentação”, o militar que a atendeu diz que a única informação que poderia lhe dar é que, ironicamente, não tem nenhuma informação. E, nesse momento, é possível notar que o regime militar uruguaio, como o brasileiro, se vestia da burocracia para camuflar as graves violações aos prisioneiros políticos.

Nessa mesma percepção, no fim dos anos 1970, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha visitou o estabelecimento que os três estavam reclusos, agora assemelhado a um presídio. Destaca-se que a Cruz Vermelha é reconhecida pela comunidade internacional como sujeito de direito internacional (ACCIOLY, SILVA, 2015, p. 239), embora existissem divergências sobre a natureza jurídica da sua atuação (VARELLA, 2009, p. 29). Dessa maneira, as suas considerações tem grande relevância no cenário internacional. Além disso, existem proteções e respaldo de suas atividades nas quatro Convenções de Genebra de 1949, convenções as quais a República Oriental do Uruguai assinou.

O objetivo do Comitê era verificar as condições de cárcere dos presos políticos, além de apurar se o governo uruguaio estaria respeitando os pactos e tratados de direitos humanos, que naquele momento, já eram instrumentos importantes. No entanto, transitoriamente, lhes foram concedidos colchões, jornais, luzes, máquinas de escrever, alimentação e entre outras “regalias”. Por consequência, não foi possível constatar nenhuma violação aparente.

Diante da perspectiva crítica, o roteiro permite ao telespectador uma agonizante imersão à diversas torturas físicas e psicológicas sofridas pelos três prisioneiros. A exemplo disso, além da privação à fala, foi pintado à metade das celas de Rosencof e El Ñato, uma faixa contínua com os dizeres *provido pasar*, cabendo a interpretação de que o Estado teria tamanho poder sobre eles, que mesmo naquela minúscula cela, sem demonstração alguma de reação, teria pleno controle sobre os prisioneiros.

O filme de Brechner é uma envolvente oportunidade de conhecer os desdobramentos da Operação Condor nos Estados Latino-Americanos, cujos governos eram autoritários. Sob a vigência da “ameaça vermelha”, discurso inflamado criado durante a Guerra Fria, os Estados Unidos da América financiaram a operação com o objetivo de controlar, sobretudo, a Argentina, o Uruguai, o Chile, o Paraguai, a Bolívia e o Brasil, mediante os seus governos militarizados.



Esse controle se concretizava, também, na perseguição dos movimentos de extrema esquerda, sobretudo a luta armada, como os próprios Tupamaros, a Organização Latino-Americana de Solidariedade (OLAS) e o movimento brasileiro Ação Libertária Nacional (ALN). Com efeito, essa interferência na soberania desses países, com o financiamento da operação e a significativa imposição da ideologia conveniente, é algo claro que não se pode repetir. Isso posto, a história de tortura dos três prisioneiros é uma oportunidade de ilustrar a frase, embora clichê e de autoria não conhecida, mas que condiz com a real necessidade de o povo latino-americano conhecer pormenores dos seus extintos regimes militares: o povo que não conhece a sua história está condenado a repeti-la.

Colocando fim na análise dessa brilhante obra, a ditadura civil-militar do Uruguai violou, por diversas vezes, as circunstâncias mínimas de sobrevivência de seus prisioneiros políticos, a exemplo do cerceamento de condições básicas, como a alimentação, a comunicação, o sono, a leitura, assim como, o que muito sensibiliza, a privação da luz do sol, do reflexo da lua e do brilho das estrelas. Diante disso, a democracia, que respeita os direitos humanos e proporciona essas mínimas condições, não permitirá a privação do brilho das estrelas, mesmo que perante à pior violação do bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. [S.l: s.n.], 2015.

La noche de 12 años. Direção: Alvaro Brechner. Produção: Mariela Besuievsky. Intérprete: Antonio de la Torre, Chino Darín, Alfonso Tort. Roteiro: Alvaro Brechner. Uruguai, 2018. Disponível em: www.netflix.com. Acesso em: 25 ago. 2021.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.





ACADÊMICA

OS LIMITES DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DE CASO DA IMPORTÂNCIA DO JUDICIÁRIO NA DEFINIÇÃO DE LIMITES A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS CASOS DIFÍCEIS

*LIMITS OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION:
CASE ANALYSIS OF THE IMPORTANCE OF THE JUDICIARY IN
DEFINING LIMITS BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES
AND THE HARD CASES*

*Rafaella Bacellar Marques**

Resumo: A forma de se expressar constitui necessidade básica do ser humana. Entretanto, na esfera jurídica, cabe a limitação do direito de expressão? Se sim, quais são esses limites? A hipótese aqui levantada é a de que a Constituição dita os limites de todos os direitos, entre eles, o da liberdade de expressão, mas mesmo diante dos princípios constitucionais, ainda há certa dificuldade prática da aplicação. Com efeito, o presente trabalho, por meio do método da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, visa analisar a construção dos limites do direito fundamental da liberdade de expressão, previsto na Constituição de 1988 (art. 5º), de forma a investigar sua origem e conceito, analisar aquilo previsto na legislação e na Constituição, além de examinar dois casos concretos (caso do discurso do ódio e o sharenting) em que há o conflito do direito da liberdade de expressão e outros direitos constitucionais. Demonstrando, a partir disso, como a interpretação dos tribunais superiores vem se pautando pelos valores consagrados pelo ordenamento, a exemplo da dignidade humana.

Palavras-Chave: Redes Sociais, Limites, Liberdade De Expressão, Judiciário, STF.

*Graduanda do 6º semestre do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0827265474139642>. E-mail: rafaellabacellar@gmail.com;



Abstract: The way of expressing oneself is a basic human need. However, in the legal sphere, is it possible to limit the right of expression? If yes, what are these limits? The hypothesis raised here is that the Constitution dictates the limits of all rights, including freedom of expression, but even in the face of constitutional principles, there is still some practical difficulty in applying such limits. In fact, the present work, through the method of bibliographic research and jurisprudential analysis, aims to analyze the construction of the limits of the fundamental right of freedom of expression, provided for in the 1988 Constitution (art. 5), in order to investigate its origin and concept, analyze what is provided for in the legislation and in the Constitution, in addition to examining two concrete cases (the case of hate speech and sharenting) in which there is a conflict between the right to freedom of expression and other constitutional rights. Demonstrating, from this, how the interpretation of the higher courts has been guided by the values enshrined by the legal system, such as human dignity.

Keywords: Social Medias, Limits, Freedom of Speech, Judiciary, STF.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como problema os limites da liberdade de expressão e a sua forma de definição. Trata-se de análise acerca da hipótese de que os princípios constitucionais limitam esse direito como qualquer outro, por meio da metodologia da análise de casos, visasse investigar quais as principais dificuldades práticas na definição dos limites da liberdade de expressão, mas com a finalidade última de demonstrar que na maioria dos casos analisados, os Tribunais tem entendido que a Constituição e a interpretação principiológica são a principal fonte de limitação deste direito. De modo a se demonstrar o erro cometido pelo senso comum ao acreditar que a Internet “é uma terra sem lei”. Para isso analisemos o direito em questão e sua origem.

O direito fundamental da liberdade de expressão está intimamente ligado à concepção de autodeterminação do ser humano, o seu direito de desenvolver o estilo de vida que desejar, sendo essa a ideia que fundamenta o sistema democrático. A ideia de autogoverno se refere ao poder de o indivíduo decidir acerca das escolhas tomadas na vida em sociedade, de expressar o seu desejo. Mas além de remeter a essa concepção democrática, de exercício do poder de decisão da maioria, o direito fundamental da liberdade de expressão também se liga à noção de que mesmo diante de uma maioria homogênea, deve ser possível ao indivíduo expor a sua opinião, sendo essa crítica destoante ou favorável, dado que o pluralismo é elemento essencial da democracia moderna.



Nesse diapasão, do conceito de dignidade humana, valor fundante do sistema de direito brasileiro, derivam dois elementos essenciais: a liberdade e a igualdade, e a partir deles é que se ramificam os vários outros direitos, como a liberdade de expressão (BRANCO; MENDES, 2021). É essa a lógica dos direitos e garantias individuais, previstos no título II da Constituição Federal.

A liberdade de expressão constitui direito de sentido amplo, dado que pode se referir a toda opinião, comentário, manifestação sobre qualquer assunto ou pessoa, mesmo que não corresponda a tema de interesse público (BRANCO; MENDES, 2021). Isso não implica dizer que se trata de direito absoluto, da mesma forma que todas as normas do direito, está sujeito aos limites da colisão de princípios e à análise atenta do caso prático.

A grande dificuldade acerca desse tema corresponde justamente à delimitação daqueles que são os limites desse direito, visto que não somente as regras expressas fazem o controle dessa liberdade, mas a própria interpretação sistemática da Constituição definirá que em casos específicos, mesmo diante de regra não expressa, esse direito deverá ser limitado, em virtude da colisão com outros princípios constitucionais, aí recai o protagonismo do judiciário e sobretudo da Corte Constitucional na definição desses que são chamados de casos difíceis.

Neste contexto, a análise de caso concentra-se na análise de dois casos, caso clássico julgado pela Suprema Corte (discurso de ódio) e um potencial caso de julgamento pelo STF em um futuro (sharenting), com temas polêmicos que envolvem o direito da liberdade de expressão. A posição institucional do Supremo Tribunal Federal é relevante na medida em que deve orientar não somente a forma como os demais tribunais e juízes devem lidar com a liberdade de expressão, mas também a forma como se deve interpretar o restante da Constituição diante da ampliação desse direito na sociedade atual.

Como limitar o espaço livre do cidadão no que se refere a comentários em suas redes sociais? Como regular o que figuras públicas devem expor no Twitter ou no Instagram? Qual o limite da atuação do judiciário diante dos agentes privados detentores dos direitos sobre esses aplicativos? Ressalta-se a dificuldade de previsão das diversas possibilidades de acontecimentos pelo legislador, de maneira que quando se fala em liberdade de expressão, pressupõe-se a análise de cada caso a fim de se verificar se há ou não abuso desse direito previsto constitucionalmente. Isso requer do sistema judiciário o paradoxo, previsto por Luhmann em seu livro *Sociologia do direito* (LUHMANN, 1983), o direito como sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto para a sociedade.



Em vista disso, o presente trabalho, por meio do método dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, propõe-se a analisar certos casos polêmicos objeto de julgamento: a exemplo do famoso caso do discurso de ódio, julgado pela Suprema Corte, paradigmático na caracterização do que é liberdade de expressão e o que é abuso de direito, a fim de situar o leitor na principal problemática do STF acerca desse direito. Consta ainda caso do fenômeno Sharenting, ainda não julgado por um Tribunal Superior, mas que a partir da análise do Egrégio Tribunal do Estado de São Paulo, consta como forte possibilidade de ser julgado pela Suprema Corte num futuro próximo, tendo em vista que abre muitas questões importantes no que tange a balizar os princípios constitucionais com a liberdade de expressão.

Com efeito, dividiu-se o artigo em 4 tópicos: *item 1* traz a introdução do tema de pesquisa; sendo que no *item 2*, procede-se à compreensão da origem do direito da liberdade de expressão, de forma a compreender o conceito que se definiu em torno de liberdade no decorrer do tempo. Posteriormente, no *item 2.1* cabe a análise do legislador acerca desse direito, tanto a previsão constitucional quanto o que consta nas leis. Tudo isso, a fim de fornecer o substrato necessário para o entendimento de como vem se dando a criação de normas pelos ministros do STF no exercício da interpretação, tratado no *item 2.2*, de forma a definir perante os demais tribunais o que se entende por liberdade de expressão, procedendo-se à análise dos dois casos escolhidos e suas conclusões, no *item 3*, e por fim, às considerações finais. Nessa etapa, pretende-se confirmar ou não a hipótese de que a liberdade de expressão é limitada pelos princípios constitucionais, mesmo que ocorram dificuldades práticas quanto a isso, de acordo com as análises dos casos concretos.

Ressalta-se o caráter recente dessas discussões, além do caráter arbitrário na escolha das decisões (caso analisado pelo STF e potencial caso para análise de Tribunal Superior) e, portanto, a impossibilidade de esgotar o tema na presente pesquisa. Diante da expansão das redes sociais e do senso comum de que a internet é uma “terra sem lei”, cabe demonstrar a importância do estudo do verdadeiro e legítimo significado do direito da liberdade de expressão, que em momento algum, abrange a violência e consequentemente a violação a outros direitos.



2. ORIGEM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE ABUSO DE DIREITO

A liberdade de expressão corresponde ao que alguns estudiosos denominam direito de primeira geração, sua origem remete ao paradigma do Estado Liberal, no qual se tem a noção de liberdade como uma barreira de proteção do cidadão contra atuação do Estado. Direito de índole defensiva, trata-se de direito a uma abstenção por parte do Estado de uma conduta que limite a liberdade individual (BRANCO; MENDES, 2021), assim menos interferência implica em liberdade, em aspecto negativo, pois amplia o nível de autodeterminação.

O grande problema do paradigma liberal é que se acredita que a mera formalização de direitos é capaz de garantir a sua realização, o que se revelou como a falha do positivismo. Dentro desse contexto, é que a ideia de abuso de direito se torna inconcebível, pois para os estudiosos da época, não haveria como a lei ao mesmo tempo prever um direito e tentar limitá-lo, pelo sistema de regras, vigora a lógica do “tudo ou nada” e por isso, ou a regra é contrária ao sistema, ou ela é válida.

Nesse sentido, a liberdade de expressão sob a lógica do paradigma liberal é tão abrangente que alcança até a manifestação de violência e do discurso de ódio, dado que a noção de abuso é ilógica. Com efeito, foi a evolução do constitucionalismo e o surgimento da filosofia da linguagem, a partir da aplicação dos princípios, que permitiram o correto funcionamento dos direitos fundamentais na atualidade.

O artigo 187 do Código Civil é expressão clara da nova sistemática que se estabelece pela interpretação principiológica “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” Desse modo, mesmo que a partir de normas não expressas, esses direitos fundamentais devem ser limitados, a fim de que se garanta a realização do valor moral que fundamenta o sistema de direito: a dignidade da pessoa humana.

Em vista disso, o Estado passa a ter legitimidade para limitar na medida do necessário os direitos individuais, da forma mínima possível, isto é, com o menor custo para o indivíduo, apenas o suficiente para coibir o abuso, de maneira a não prejudicar o sistema democrático, dado que a liberdade de expressão, na opinião crítica, funciona como ato de controle do poder político.

A sociabilidade, característica essencial ao ser humano, pressupõe o direito de se comunicar livremente, contudo esse direito não abrange a violência, exemplo disso são os crimes contra a honra: calúnia, difamação e injúria, previstos pelo Có-



digo Penal (art. 138, art. 139 e art. 140, respectivamente), que não figuram como lícitos, mas como contrários ao direito na medida em que se chocam com os valores defendidos constitucionalmente. “Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 280).

A partir disso, o direito à honra, à imagem, à privacidade, entre outros, todos eles podem servir como limites não expressos em legislação, mas que diante do caso concreto, podem passar a reger determinada situação.

Tratam-se de hipóteses que não poderiam ser previstas de antemão de forma específica pelo legislador, pois isso implicaria em ônus ao indivíduo de ter sua liberdade demasiadamente limitada, como o que ocorre nos casos de censura. A não previsão de situações específicas de aplicação prática não significa dizer que os casos de abusos de direito não serão puníveis civilmente, a partir, por exemplo, de indenizações pagas por danos morais, e a nível criminal.

2.1 DA PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Estabelecido o conceito da liberdade de expressão, cabe analisar as principais previsões acerca desse direito. A previsão da livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5, IV, da Constituição), assim como o inciso XIV do mesmo artigo, que prevê o acesso à informação, tem por pressuposto a defesa a esse direito de liberdade de expressão, em seu aspecto negativo, de não interferência do Estado, e em seu aspecto positivo ou material, de que para o exercício pleno desse direito é necessário que o indivíduo tenha a garantia de um mínimo de acesso à informação, para a formação de uma vontade livre.

O inciso IX, do art. 5 da Constituição, também faz referência à livre “expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura e licença”. Pode-se deste inciso inferir que as comunicações não verbais também são abrangidas pela proteção constitucional.

Sobre isso vale observar os casos de símbolos nazistas que eventualmente podem ser representados em vídeos ou fotos, e que em determinados contextos, podem sim sofrer limitações, sendo vedada a propagação da violência.

Ademais, o art. 220 da Constituição, no capítulo da comunicação social, tende a especificar a maneira como essa liberdade de expressão deve ser garantida, esta-



belece-se que é vedada a censura, e pode-se concluir que “incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações, de crítica, que podem assumir modalidade não verbal (comportamental, musical, por imagem etc.)” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 271).

Não cabe ao Estado determinar a validade ou não de uma opinião ou manifestação, mas o juízo deve ser feito pelo próprio público a que essas manifestações se dirigem (BRANCO; MENDES, 2021). A pretensão da liberdade de expressão é justamente que o Estado não exerça censura, mas que haja livre manifestação de pensamento, uma vez que “diferenciar entre uma opinião valiosa ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de democracia livre e plural” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 272).

A censura “significa ação inibitória realizada pelo Poderes públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 273). Nesse contexto, é prática típica de regimes autoritários ou totalitários, nos quais há queima de livros (como no regime nazista) e censura quanto aos artistas (como a realizada contra a Música Popular Brasileira durante a ditadura militar) e que tem por fim impedir a circulação de ideias e barrar possível oposição quanto ao regime estabelecido.

Infere-se que as minorias, geralmente os rebeldes ou aqueles que são perseguidos pelo Estado, tendem a ter constantemente sua liberdade de expressão violada, dado que as suas mensagens só podem ser divulgadas se aprovadas pelos agentes estatais. Mas não somente isso, o controle da imprensa e das comunicações de massa também é um dos passos fundamentais para o sucesso de um regime não democrático, sendo a mídia utilizada diretamente como instrumento de manipulação e não de informação, o que também viola a livre manifestação de opinião.

Somado a isso, outro dispositivo que pode se relacionar a esse direito fundamental refere-se ao art. 111 do CC, “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”, logo por uma opção do legislador, não se extrai uma obrigação para o titular do direito de expressar o seu pensamento, contudo o seu silêncio já implica em uma manifestação no sentido de consentimento (BRANCO; MENDES, 2021).

2.2 O PAPEL DA CORTE

Cabe analisar o papel do juiz, uma vez que como se concluiu com o fracasso do positivismo, a interpretação judicial também cria normas, na medida em que torna concreto aquilo só previsto de maneira abstrata. Nesse sentido, afirma Dworkin,



descrito por Vera Chueiri e José Macedo (2018, p. 5), “o Poder judiciário possui um papel central como instituição protagonista na proteção dos ideais de integridade e de justiça como equidade em uma democracia constitucional.” Configura-se um ordenamento principiológico, em que a tensão produtiva entre princípios opostos, faz com que a partir da concorrência desses, o juiz possa buscar aquele que seria o mais adequado a cada caso, o que deve sobressair em face dos outros, para que se chegue na decisão correta (DWORKIN, 2002).

Logo, a interpretação do sistema de justiça deve ser uma interpretação sistemática, de maneira a sempre considerar os princípios orientadores, que resguardam os valores fundamentais daquela democracia. Portanto, no que Dworkin afirma ser uma democracia de parceria, os juízes devem se pautar pela igualdade de forma que esta não exclua, mas promova a liberdade (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

O raciocínio preponderante, contudo, diferente do que propugnava o positivismo, já não é mais o subsuntivo, que pouco a pouco cede espaço à ponderação de princípios, onde o espaço da discricionariedade é muito maior, especialmente em um contexto de escassez de recursos no qual é comum ter-se que escolher um entre dois direitos fundamentais (BARBOSA, 2019, p.8).

Nos casos em que a suposta liberdade de expressão seja instrumento de propagação da violência, do discurso de ódio, ou seja utilizada de má-fé, não se trata do exercício de um direito, mas de um abuso, na medida em que infringe a liberdade de outrem. Nessas hipóteses, mesmo diante da ausência de regras, Dworkin afirma a necessidade da aplicação da tese da resposta correta, segundo a qual deve-se julgar a partir dos princípios que forneçam os melhores argumentos para uma decisão, sendo função desse juiz a proteção dos direitos constitucionais, sobretudo das minorias que por vezes não são escutadas por seus representantes (CHUEIRI; MACEDO, 2018).

Portanto, ainda que a estabilidade política seja importante, o Judiciário é responsável por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais, muitas vezes, serão trunfos contra a maioria, a despeito das possíveis reações contrárias à decisão. Em outras palavras, para o juiz dworkiniano, este não pode se guiar por receios de reações violentas (*backlash*) e ultrajantes, pelo contrário, deve justamente reafirmar o compromisso da comunidade com a justiça e o igual respeito a cada cidadão (CHUEIRI; MACEDO, 2018, p. 9).

A análise de alguns casos práticos na presente pesquisa é capaz de exemplificar a importância dos juízes e demonstra que a interpretação do judiciário, sobretudo da figura do Supremo Tribunal Federal (STF), foi fundamental para a definição do que seria alcançado pelo direito da liberdade de expressão e aquilo que pode-



ria infringir os demais direitos garantidos pela Constituição. Nesse sentido, com o objetivo de verificar o posicionamento adotado pela Corte, trazem-se dois temas fundamentais: o caso mais conhecido do STF relacionado ao direito à liberdade de expressão, o discurso de ódio e o negacionismo, a partir do julgamento do HC 82.424; e o caso do fenômeno do Sharenting julgado pelo TJSP (Apelação cível nº 1015089-03.2019.8.26.0577), que abre questões importantes acerca do direito à liberdade de expressão e tem grande potencial para ser um tema a ser julgado pelo STF em um futuro próximo.

3. OS CASOS PRÁTICOS

3.1 O DISCURSO DE ÓDIO E O NEGACIONISMO

O discurso de ódio manifesta-se através de “conteúdo segregacionista, fundado na dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem que não o emissor” (SILVA, 2011, p. 445-446). Logo, ao se utilizar de palavras e expressões que insultem ou assediem os indivíduos em decorrência de cor, etnicidade, sexo, entre outros, ou ainda que instiguem a violência contra essas pessoas, faz-se presente a situação descrita como “discurso de ódio”, muito comum nas redes sociais hodiernamente (BRUGGER, 2007).

São várias as legislações que versam acerca da proibição do discurso de ódio, como o Estatuto da Igualdade Racial, lei nº 12.288/2010, além dos inúmeros tratados e convenções assinados e das quais o Brasil é signatário que demonstram o comprometimento com o combate a esse tipo de comportamento, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13, §7º); da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher; e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 20). Contudo, mesmo diante de legislação e dispositivos em abundância o combate a esse fenômeno se torna complexo principalmente diante da generalização do acesso à internet, da acentuada velocidade de propagação de informações e da possibilidade de anonimato dos agentes agressores (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015). O que dificulta ainda mais esse processo é o ônus da prova que recai sobre o indivíduo supostamente prejudicado.

É importante compreender verdadeiramente o sentido negativo da liberdade de expressão, que implica em não interferência do Estado, e na possibilidade de



o sujeito realizar aquilo que deseja. Contudo, em contextos como esse, o papel positivo do Estado exercido sobre esse direito, também se faz imprescindível, sobretudo “para aqueles grupos que, sem a garantia do Estado, não conseguem se expressar no espaço público, porque há um ‘efeito silenciador’ promovido pelo discurso dos grupos dominantes” (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015, p. 6).

Tal tema foi debatido no HC 82.424, julgado em 19 de março de 2004, no qual o STF optou pela ilegitimidade do discurso de ódio. O incentivo da discriminação racial através de ideias antissemitas, que fazem apologia à concepção nazista da pretensa inferioridade de determinado povo constitui sim crime, não podendo ser justificado através da alegação da liberdade de expressão, pois isso implicaria em atacar princípios fundamentais do sistema de direito brasileiro, a dignidade humana e a igualdade derivante. “A costumaz desqualificação que o discurso do ódio provoca tende a reduzir a autoridade dessas vítimas nas discussões de que participam, ferindo a finalidade democrática que inspira a liberdade de expressão” (BRANCO; MENDES, 2021, p. 283).

Acerca disso é claro o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no Acórdão HC 82.424 (p. 730):

“[...] os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público”.

Por outro lado, o chamado negacionismo se estabelece a partir do processo de reconhecimento da memória coletiva, que se manifesta de maneira contínua, por exemplo, há uma iniciativa de construção da memória das vítimas do holocausto, que não se baseia apenas em testemunhos orais, mas também a partir dos documentos oficiais que sobreviveram até o momento presente. Nesse sentido, os negacionistas agem de forma a contestar inclusive os fatos amplamente documentados ocorridos na Segunda Guerra, constitui assim “tentativa intolerante e predatória da memória” (NETO, 2009, p. 11), além disso “consiste numa das maiores expressões do antissemitismo da extrema-direita” (NETO, 2009, p. 11).

No Brasil, o mais famoso livro negacionista é de autoria de Siegfried Ellwanger, de 1987, e se chama “Holocausto: judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, publicado no Rio Grande do Sul. Além de culpar os judeus pelo que havia ocorrido na Segunda Guerra Mundial, nega-se a existência das câmaras de gás e reduz-se o número de mortes. O livro deu origem a uma batalha judicial que se



estendeu até 2003. Assim, a controvérsia se estabeleceu entre os defensores do negacionismo e grupos de defesas dos direitos humanos em conjunto com entidades jurídicas que combatiam o antissemitismo (Movimento de Justiça e Direitos Humanos – MJDH; Movimento Negro; MOPAR) (NETO, 2009).

Sob o pretexto de defesa da liberdade de expressão, a juíza substituta Bernadete Coutinho Friedrich inocentou Ellwanger das acusações das práticas de racismo e antissemitismo. Após a proposição de recurso, mais entidades foram envolvidas na polêmica, ocorrendo a condenação de Ellwanger a dois anos de prisão, tal pena foi revertida à prestação de serviços comunitários por um ano. Quando o caso chega ao Superior Tribunal de Justiça, ele passa a ser conhecido a nível nacional. A acusação contra Ellwanger se pautava pela Lei nº 7.716/89, que vedava a incitação de discriminação em publicações de qualquer natureza. Dado a negação do HC pelo STJ, o caso Ellwanger chega até o STF (NETO, 2009).

O mesmo processo acima citado (Habeas Corpus nº 82.424) tratou da questão da possibilidade de discurso revisionista e negação do holocausto. A defesa, diante do STF, não se contentou com a tentativa de alcançar o direito da liberdade de expressão, mas mudou a estratégia para que Ellwanger fosse condenado por práticas discriminatórias ao invés de racismo, dado que a primeira conduta implica em crime prescritível no período de quatro anos, tempo esse que já ultrapassava o início do processo em questão.

A partir desse argumento, a polêmica a ser analisada pelos ministros foi o conceito de raça e se ele seria capaz de englobar os judeus. Tal entendimento foi negado pelo Ministro Moreira Alves, que votou pela concessão do HC (NETO, 2009), na medida em que não entendeu pela configuração do crime de racismo, portanto imprescritível, mas dos crimes de discriminação ou preconceito, sem que os judeus estivessem abrangidos pelo termo de raça, utilizou para provar seu argumento uma série de autores judeus.

Tal interpretação do Ministro, por mais equivocada que pudesse ser, pelo menos reconheceu que se tratava de crime a conduta praticada de abordagem das mensagens antissemitas, de maneira que incitavam e induziam a discriminação, tendo entendido pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva de tais crimes e por isso, pelo deferimento do HC.

Já o Ministro Maurício Correa, seguido pela maioria dos ministros, considerou que o que era válido para o caso era o discurso discriminatório de Ellwanger, sendo



irrelevante saber se os judeus constituíam uma raça ou não (NETO, 2009), de forma que deveria ser negado a concessão do HC.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes cita Kevin Boyle que descreve a necessidade de criminalização do negacionismo (p. 651):

“A preocupação com o tema do antissemitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945 [...] as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais da Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais [...] Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito de liberdade de expressão” (Boyle, Hate Speech, cit., p. 497-499).

Contudo, o que é interessante para a questão da análise da liberdade de expressão e seus limites, é considerar os votos do Ministro Marco Aurélio, que negou as teses discriminatórias do livro e afirmou que Ellwanger apenas expressava uma visão particular do acontecimento, e do Ministro Carlos Britto, quem afirmou que o livro era fruto de pesquisa histórica a partir de uma perspectiva revisionista e que, portanto, estava dentro da legalidade (NETO, 2009).

Logo, mesmo para os Ministros, nem sempre os limites do direito da liberdade de expressão estão tão claros.

Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordei, em boa parte). **Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto á perspectiva revisionista de seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração** (caso dos autos). **É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção.** A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro “O Pasquim”). DO acgincalhe e da prestidigitação intelectual. **Que não é - convistcamente afirmo - o caso da obra que li e reli com o máximo de atenção que me foi possível** (VOTO DO MINISTO CARLOS BRITTO, p. 841).

Mesmo diante de dissidência, o tribunal optou pela condenação de Ellwanger e a proibição da circulação dos livros. Vale ressaltar ainda que o discurso negacionista permeia a sociedade atualmente através de outros métodos, como a utilização de redes sociais, que garantem a essas correntes uma propagação rápida e ampliada das suas ideias.



Consta da ementa do referido julgamento HC 82.424, os entendimentos firmados pelo STF:

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. **Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. [...]**

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. **Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. [...]**

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CONSTITUIÇÃO, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Nesse sentido, é possível concluir que a liberdade de expressão no presente caso foi limitada pelos demais princípios da Constituição de 1988, de forma que ao se analisar a interpretação sistemática da norma, foi possível encontrar o “real sentido e alcance da norma”, de maneira que a mera alegação do direito da liberdade de expressão não confere legitimidade a condutas discriminatórias, pois estas não são por aquele abrangidas. Concepção essa que deriva do princípio da dignidade humana, orientador do ordenamento brasileiro.

3.1 O FENÔMENO DO SHARENTING

O tema do sharenting surge como problema recente advindo do uso das redes sociais, aqui o que se tem em conflito é por um lado o direito da liberdade de

expressão dos pais (através do direito de livre disposição de suas redes sociais), e por outro lado há o direito à imagem do menor, que não deve ser utilizado de maneira abusiva pelos pais. O “sharenting” ou “oversharenting”, vocábulo que deriva do inglês, remete às palavras “share”, que significa compartilhar, e “parenting”, no sentido de exercer o poder familiar.

Como nesse caso o direito à liberdade de expressão é de um particular contraposta a outro direito também de um particular, trata-se de situação destoante da normalidade do direito à liberdade de expressão contra o Estado (a vedação de censura por exemplo), o que tende a dificultar a regulação desse fenômeno.

“O problema jurídico decorrente do sharenting diz respeito aos dados pessoais das crianças que são inseridos na rede mundial de computadores ao longo dos anos e que permanecem na internet e podem ser acessados muito tempo posteriormente à publicação, tanto pelo titular dos dados (criança à época da divulgação) quanto por terceiros. Essas informações podem causar impactos desde a infância até a vida adulta e, como explica Steinberg, podem expor as crianças a constrangimentos em razão de histórias, fotografias ou comentários divulgados na web que possam ser considerados embaraçosos” (EBERLIN, 2017, p. 255)

Como desdobramento da preservação da integridade moral, segundo a Constituição Federal, art. 5º, inciso 10, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, norma que é reafirmada no Código Civil (arts. 20 e 21).

Como direito subjetivo personalíssimo, portanto imprescritível, a violação do direito à imagem pode ser suscitada mesmo após longo intervalo de tempo, respeitado o limite de anos estabelecido em lei em caso de indenização pecuniária. Devendo-se observar ainda o art. 1.630 do CC, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, já que o fenômeno ocorre quando o indivíduo é menor de idade. Acerca disso, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 17, o direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, o que abrange a proteção da imagem, à luz da orientação constitucional.

Nesse sentido, por ser menor, o indivíduo estaria sujeito ao poder exercido pelos responsáveis, contudo, tal poder familiar é tido como um poder-dever, a autoridade parental, cujo o exercício deve ser orientado de maneira a respeitar os demais princípios da ordem jurídica, sobretudo o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados), consagrado a partir do



tratamento prioritário dado pela Constituição a esses indivíduos (art. 227). Assim cabe ao pais a proteção dos direitos dos seus filhos, sendo tais direitos intransmissíveis, não havendo liberdade para violá-los, em benefício próprio.

O abuso no exercício do direito de liberdade dos pais nas suas redes sociais, figura como um ato contrário ao direito conforme os artigos 186 e 187 do CC, tendo a obrigação de reparar o dano causado (art. 927 do mesmo código). De acordo com o enunciado 274, das Jornadas de Direito Civil, “em caso de colisão entre os direitos a personalidade, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”. Neste caso, tem-se em colisão diversos direitos: de autodeterminação familiar, direito ao esquecimento, direito de ser cuidado pelos pais, direito aos dados pessoais e o direito de autodeterminação informativa.

A discussão dos direitos da personalidade na internet tende a ser complexa, pois o pensamento da maioria da sociedade é acreditar que pelo fato de uma foto ser postada em rede social, ela pode ser utilizada livremente, sem necessidade de consultar a pessoa ali exposta. Tal tema foi abordado pelo STF:

“1. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, **a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto**, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. **Desde que ele exista, há o dano moral**, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º,” (RE 215984, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 28-06-2002 PP-00143 EMENT VOL-02075-05 PP-00870 RTJ VOL-00183-03 PP-01096).

Assim, infere-se que segundo o ordenamento não se pode repostar imagens de crianças sem o devido consentimento dos pais e responsáveis. Mesmo quando há publicação feita pelos próprios pais, a noção de consentimento tácito para utilização daquelas imagens é errônea, haveria uma obrigação da sociedade de não expor aquela publicação a riscos, evitando tirar o retrato do contexto em que fora publicado, a fim de vedar situações vexatórias.

Cabe ainda citar jurisprudência a respeito do “sharenting”, apelação cível julgada no TJSP. Na qual, foi decidido:

DIREITO DE IMAGEM. POSTAGEM, PELA MÃE, EM REDE SOCIAL, ACERCA DA DOENÇA DE SEU FILHO (AUTISMO). CONTRARIEDADE DO PAI. NÃO CABIMENTO. EMBORA SE DEVA EVITAR A SUPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS EM REDES SOCIAIS, PRIVILEGIANDO A PROTEÇÃO À IMAGEM E À INTIMIDADE DO INCAPAZ, **NECESSÁRIO BALIZAR TAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA GENITORA.** POSTAGEM QUE NÃO OFENDE OU

DESMORALIZA O INFANTE. TEOR DO TEXTO PUBLICADO QUE DEMONSTRA PREOCUPAÇÃO E AFETO COM O MENOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Apelação cível nº 1015089-03.2019.8.26.0577. São Paulo, 13 de julho de 2020).

Por ser um fenômeno recente da sociedade da informação, o “sharenting” é uma lacuna no sistema do direito, não havendo norma específica que o discipline. É necessário que haja consentimento para compartilhar dados pessoais de outro indivíduo, assim na prática, os pais deveriam perguntar às crianças se elas concordam antes da publicação de uma foto. Contudo, uma dificuldade prática se coloca na medida em que os menores sequer tem conhecimento do significado de consentimento nas fases iniciais da infância e ainda menos das consequências.

Logo, há a necessidade da tomada de consciência por parte dos genitores em garantir a dignidade e o respeito à criança, inclusive de protegê-los de discriminação e violência. A exposição desregrada na internet pode representar perigo ao ensejar cyberbullying, roubos de identidade, exploração pornográfica das imagens, além de revelar em alguns casos os locais frequentados pelos menores, como escola e moradia. De modo que o princípio do melhor interesse da criança, previsto pelo ECA e pela Constituição, exerce limite evidente ao suposto direito da liberdade de expressão dos pais no uso de suas redes sociais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que um direito, a liberdade de expressão é um pressuposto para a manutenção da democracia. O que distingue o homem das demais espécies é justamente a capacidade de articular ideias através das palavras: a comunicação. Nesse sentido, essa habilidade sofreu e vive até hoje um processo de evolução que é muito rápido e dinâmico, desde a invenção da escrita, passando pela invenção da imprensa, do telefone, da televisão, até o momento de revolução digital que advém com a internet.

Tem-se como resultado da presente pesquisa a confirmação da hipótese levantada de que os limites ao direito da liberdade de expressão existem e que são definidos de forma direta e indireta pelos princípios legais e constitucionais. No caso do discurso de ódio, o limite se dá pelo princípio da dignidade humana, quanto ao sharenting, temos o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Averiguou-se no decorrer da pesquisa que surgem uma série de dificuldades práticas no limite da liberdade de expressão na medida em que há uma linha tênue



entre a definição do abuso desse direito e a censura. Isso restou claro a partir dos dois casos analisados.

No caso do discurso do ódio, mesmo para um ministro da Suprema Corte, ainda foi possível reconhecer que havia exercício de um direito ao proferir discursos antissemitas, caso do voto vencido já analisado. Como a maioria do Tribunal resolveu entendeu pela ilegitimidade do discurso de ódio, é possível afirmar que mesmo havendo dificuldades práticas a Constituição ainda estabelece poderoso limite ao uso abusivo de um direito.

No caso do sharenting, o que restou claro foi a contraposição de diversos direitos, sendo o centro da problemática o direito à liberdade de expressão. É possível afirmar que se trata de tema que em futuro próximo deva vir a ser analisado pelo STF, de modo que a partir da aplicação principiológica realizada pelos ministros, ter-se-á novos limites definidos ao direito a liberdade de expressão, sendo os pontos trazidos nesta pesquisa, apenas alguns daqueles que podem vir a ser abordados em debate pela Suprema Corte.

A importância do estudo do direito da liberdade de expressão e seus limites se faz presente na medida em que as redes sociais hodiernamente deixaram de ser mero instrumento de lazer, para se tornar poderosa fonte de informação, no contexto de pandemia, são as redes sociais os nossos espaços de debate público.

Exemplo desse nível de integração social, é o fato de os Ministros, Presidentes e políticos terem perfis no *Twitter* e contas no *Instagram*. Contudo, tal cenário gera além de benefícios, uma série de problemáticas, como por exemplo, os poderes que passam ter os agentes privados ao exercerem o controle de conteúdo em seus aplicativos, dado a influência que isso pode gerar no debate público e, portanto, no exercício pleno de um direito garantido constitucionalmente.

São debates como esses que permeiam as instâncias do judiciário e que demonstram a necessidade de reinvenção do direito diante da velocidade de mudança da realidade fática. A liberdade de expressão tem seu caráter dilatado, ao mesmo tempo que é preciso sempre ressaltar que ela não pode ser invocada de maneira a se autodestruir. Essa é a estratégia utilizada pelos grupos extremistas que se utilizam das redes sociais para promover discursos de ódio, através da propagação de notícias falsas.

Dessarte, argumenta-se que o abuso da expressão situa a conduta fora do alcance da livre manifestação, não recebendo a proteção dessa garantia constitucional. A capacidade maximizada e a facilidade de comunicação na sociedade de



informações permitem uma ampliação do direito da liberdade de expressão, pois cada minuto e ato do cotidiano passa a poder ser registrado para a posteridade em alcance amplo. Cabe ao direito analisar essa realidade fática e tentar regulá-la da melhor maneira possível, a fim de que a resolução de conflito se pautar sempre pelos valores de igualdade e liberdade, e não através da violência.

Nesse sentido, o aplicador de direito, sobretudo os tribunais nacionais mais elevados recebem uma atenção maior quanto à forma de interpretação desses direitos, que deve se pautar pelos valores protegidos pelo ordenamento, sendo a liberdade de expressão, intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto. Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília*, v. 7, nº 3, 2017 p. 383-410.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e Futuro da Constituição. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM*. V.14, n.2/2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013. p. 3. Disponível em: <http://civilistica.com/control-temporal-dedados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 16 maio de 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de. MACEDO, José Arthur Castilho de. Teorias Constitucionais Progressistas, Backlash e Vaquejada. *Sequência (Florianópolis)*, n.80, p.123-150, dez. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores



de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017 p. 255-273

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NETO, Odilon Caldeira. Memória e Justiça: o negacionismo e a falsificação da história. *Antíteses*, vol. 2, n.4, jul.-dez. de 2009, pp. 1097-1123.

ROTHERBURG, Walter C; STROPPIA, Tatiana. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: O conflito discursivo nas redes sociais. *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*. 27 a 29 de maio de 2015 – Santa Maria/ RS.

SILVA, Rosane Leal da et al . Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, Dec. 2011. p.445-468.

VOSS, W. Gregory; CASTETS-RENARD, Céline. Proporsal for an International Taxonomy on the various forms of the “Right to be Forgotten”: A study on the convergence of norms. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 14, n. 2, p. 317, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.Constituição_m?abstract_id=2800742. Acesso em: 19 de maio de 2021.

SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS: LIMITES E POSSIBILIDADES COM A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*SUSPEND OF POLITIC RIGHTS: LIMITS AND POSSIBILITIES WITH
THE NEW LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY*

*Asafe Ribeiro de Campos**

Resumo: O presente trabalho busca a compreensão da suspensão dos direitos políticos como sanção pela prática do ato de improbidade administrativa. A problemática que se impõe abarca o questionamento dos limites quanto à suspensão dos direitos políticos e como as alterações à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) concorrem para a modificação do cenário anterior aos debates e modificações. O objetivo da pesquisa se deu na apreensão dos direitos políticos a partir da Constituição, na captação da evolução do texto legal, acompanhada da determinação constitucional que possibilitasse um tratamento proporcionalmente adequado à tutela dos direitos políticos enquanto inerentes ao exercício da cidadania, frente à aplicação de sanções administrativas ao ato de improbidade administrativa. O desenvolvimento de tais inquietações ocorreu por meio da análise doutrinária e legal dos direitos políticos e do instituto da improbidade administrativa, bem como a abordagem jurisprudencial pertinente ao tema. Isto possibilitou a confirmação da hipótese de que, com o resguardo da jurisprudência de tribunais superiores, o legislador tem demonstrado alinhamento ao texto e princípios constitucionais no sentido de possibilitar uma análise das implicações concretas do ato de improbidade administrativa que concorra tanto para a proteção da ordem democrática, quanto para o resguardo de direitos fundamentais por meio de critérios razoáveis e proporcionais.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Direitos políticos. Proporcionalidade. Democracia.

*Graduando da 6ª fase do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2050300211010294>. E-mail: asafe.camp@gmail.com.



Abstract: This paper aims to understand the suspension of political rights as a sanction for the practice of administrative improbity. The problem that arises includes the questioning of the limits on the suspension of political rights and how the changes in the Lei 8.429/1992 (Law of Administrative Improbity) contribute to the modification of the scenario prior to the debates and modifications. The objective of the research was the apprehension of political rights from the Constitution, in capturing the evolution of the legal text, accompanied by a constitutional determination that would make possible a proportionally adequate treatment of political rights as inherent to the exercise of citizenship, in the face of application of administrative sanctions to the acts of administrative improbity. The development of such concerns took place through the doctrinal and legal analysis of political rights and the institute of administrative improbity, as well as the relevant jurisprudential approach to the subject. This made it possible to confirm the hypothesis that, with the protection of the jurisprudence of higher courts, the legislator has demonstrated alignment with the constitutional text in the sense of enabling an analysis of the concrete implications of the act of administrative improbity that contributes both to the protection of the democratic order and to the protection of fundamental rights through reasonable and proportional criteria.

Keywords: Administrative improbity. Political rights. Proportionality. Democracy.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, haja vista o intenso período ditatorial que vigorou de 1964 a 1985, buscou conferir uma proteção mais atenciosa aos direitos políticos, sendo estes um dos pilares do estado democrático de direito. O exercício da cidadania conformou-se assim ainda mais imprescindível para que se conserve uma sociedade igualitária, pluralista e que se resguarde os direitos e deveres de cada um, garantindo assim o mínimo de igualdade e convivência dentro do corpo social.

Sendo os direitos políticos compreendidos em aspecto fundamental, a nossa constituição tratou de abrangê-los de forma mais rígida, pois, pela sua importância, necessitam de uma maior proteção. Assim, a salvaguarda não é voltada somente ao exercício dos direitos políticos, mas também à compreensão que o meio social tem destes, expressa por ideias que influenciam na vida política do estado, seja corroborando sua estrutura, seja criticando o próprio sistema (SILVEIRA BANHOS, 2020).

É neste sentido que se observa no texto constitucional um rol taxativo, com todas as hipóteses que permitem a suspensão dos direitos políticos, o que guarda certas ressalvas. Tal permissão não ocorre sem que se observem requisitos mínimos, vista a importância de sua manutenção. No caso do ato de improbidade, a ser estudado, é necessário que se cumpra não somente os requisitos inscritos



nos mandamentos constitucionais, mas que se observem também a gradação e a devida proporcionalidade da punição frente ao direito resguardado, frente à sua importância e grau de complexidade.

Desta forma, a proteção ao Estado e suas estruturas não se dá de forma ilimitada ou desregulada, mas também guarda observâncias essenciais para que os cidadãos sejam protegidos, base do regime democrático. Assim, se busca aqui questionar os limites quanto à suspensão dos direitos políticos e como as alterações à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) concorrem para a modificação do cenário anterior aos debates e modificações. Neste sentido, se objetivou a apreensão dos direitos políticos a partir da Constituição, a captação da evolução do texto legal, acompanhada da determinação constitucional que possibilitasse um tratamento mais proporcionalmente adequado à tutela dos direitos políticos enquanto inerentes ao exercício da cidadania, frente à aplicação de sanções administrativas ao ato de improbidade administrativa.

A partir da análise doutrinária e legal dos direitos políticos e do instituto da improbidade administrativa, bem como a abordagem jurisprudencial pertinente ao tema, foi possível confirmar hipótese de que, com o resguardo da jurisprudência de tribunais superiores, o legislador tem demonstrado alinhamento ao texto e princípios constitucionais no sentido de possibilitar uma análise das implicações concretas do ato de improbidade administrativa que concorra tanto para a proteção da ordem democrática, quanto para o resguardo de direitos fundamentais por meio de critérios razoáveis e proporcionais.

2. DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUAS ACEPÇÕES

Para que se busque uma mínima compreensão do regime democrático brasileiro são requeridos certos pressupostos fundamentais para tal, os quais aparecem sob diferentes formatos. Um dos mais importantes compreende o direito à cidadania, abordado enquanto fundamento do estado democrático de direito, junto a outros de igual importância, e que garante a dignidade e o mínimo existencial à pessoa humana. Sua valiosa expressão garante ainda o direito de votar e ser votado, o qual expressa tal direito por pressupor a qualidade inerente de cidadão para que se possa participar da vida política do Estado, dentre outros direitos e deveres que o tornam possível.



Para além disto, o direito ao voto abrange também os direitos políticos, de igual importância, e que trazem em seu bojo uma série de garantias aos cidadãos, quanto ao exercício da soberania popular e legítima. É por meio deles que se pode observar o legítimo alicerce dos regimes democráticos, tendo em vista que, por mais que possuam titularidade individual, os direitos políticos possuem uma repercussão que transcorre a coletividade. A justificativa para tanto se dispõe no processo democrático, em que sua integridade depende da posse de cada um de seus direitos políticos, ou, caso o contrário, a sua privação de tais direitos apareça devidamente motivada, segundo critérios de proporcionalidade (CÂMARA, 2021).

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, contribui de forma importante ao tema ao trazer uma conceituação que, considerando-a abrangente e necessária, entende tais direitos políticos como: “[...] o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo” (ZAVASCKI, 1997, p. 1).

Ligados ao direito fundamental à cidadania, os direitos políticos caracterizam-se por uma dupla dimensão, através de suas capacidades eleitorais ativa e passiva. Esta última, requer determinados requisitos e, assim, faz com que se tenha a capacidade ativa como inerente às demais manifestações, e também mais ampla. Desta forma, para que se cogite ser votado, é necessário possuir primeiramente a capacidade de votar, não sendo a recíproca necessariamente verdade (SPINARDI; VENTURINI, 2021), o que subentende o voto um direito e dever ao mesmo tempo. Além disto, gozar de tais direitos proporciona ao sujeito, ainda, certas prerrogativas, como traz os arts. 5º, LXXIII, e 61, § 2º da Constituição¹, positivamente da qual se subentende a importância destes direitos.

¹ 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:

[...]

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 patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...].

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Pode-se ver ainda que, quanto a estes, o art. 14 da Constituição² traz uma declaração por meio da qual se observa a finalidade de agregar elementos que possibilitem a participação direta e por meio de representantes no regime democrático. Desta forma, a participação popular não mais se restringe aos períodos de eleição, mas sim passa a ocupar um espaço mais recorrente na realidade dos cidadãos brasileiros, a exemplo das possibilidades de participação em plebiscito e referendo, e também em projetos de lei de iniciativa popular (SILVA, 2021).

São, por outro lado, de suma importância mencionar duas importantes modalidades de direitos políticos: positivos e negativos. Os positivos foram já trabalhados aqui, compreendendo-se por aqueles que possibilitam os cidadãos participarem de forma ativa ou passiva no processo eleitoral e político. No entanto, os negativos abrangem as hipóteses em que se nega aos cidadãos tais participações, tendo-se em vista determinada limitação ao exercício de tais direitos. Para isto, valem da contribuição de José Afonso da Silva, segundo o qual:

Denominamos *direitos políticos negativos* àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que *negam*, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública (SILVA, 1988, p. 382, grifo nosso).

É este último ponto que será trazido ao debate no decorrer das discussões aqui apresentadas, de maneira a sopesar qual a melhor forma de se possibilitar a proporcionalidade na limitação a tais direitos, tão basilares ao alicerce do regime democrático de direito e na garantia dos direitos políticos aos cidadãos.

3. ABORDAGENS E MUDANÇAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Na busca pela compreensão do que configura a improbidade administrativa, e de que forma aparece na literatura, é possível observar, conforme certos autores, uma significativa correlação entre os conceitos de probidade e moralidade. Assim professa Luiz Alberto Ferracini: “Entende-se por ato de improbidade má qualidade, imoralidade, malícia. Juridicamente, lega-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter” (FERRACINI, 1997, p. 16) e De Plácido e Silva:

² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...].



[...] improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter bom caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral (SILVA, 2016, p. 722).

A dificuldade de se distinguir a probidade da moralidade se dá, assim, pela necessidade de se ir além da simples observância da legalidade formal na atuação administrativa. No entanto, o direito positivo, primeiramente, tratou da lesão à probidade para depois incluir a moralidade ao aspecto legal e constitucional, devido a sua compreensão principiológica. Desta forma, para além de uma legalidade estrita, possibilitou-se uma legalidade ampla que abarcasse também a incidência dos princípios, segundo os quais os conceitos aqui trabalhados se assemelham. A diferença, porém, se torna nítida quanto à amplitude, pois ao se falar em improbidade esta aparece como ato ilícito, com significado maior e mais preciso e que também abarca a lesão à própria moralidade enquanto princípio (DI PIETRO, 2019).

Ainda, segundo a compreensão principiológica constitucional e legal, que delimita o conceito satisfatoriamente, Fazzio Júnior traz uma importante contribuição que traz o conceito de improbidade administrativa para além do aspecto legal e da compreensão engessada do instituto:

[...] o ato de improbidade administrativa como ato ilegal, fundado na má-fé do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público econômico. Nessa noção-síntese, a probidade administrativa é compreendida como um dever-ser administrativo resultante da conjunção coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública. Essa interação principiológica produz a estrutura deontológica, jurídica e axiológica que dá sustentação à probidade administrativa. Decorre daí que, para o reconhecimento do ato de improbidade, não é suficiente a singela ruptura com a legalidade, pura e simples, senão com a legalidade qualificada pela interação com os demais princípios constitucionais que lhe fazem companhia (FAZZIO JUNIOR, 2016, p. 134).

Quanto à evolução do direito positivo, pode-se observar primeiramente a previsão legal relacionada a sanções voltadas aos atos os quais causassem prejuízo à Fazenda Pública, além do locupletamento ilícito direcionado ao indiciado, conforme o Decreto-lei 3.240/1941, que possibilitou ainda a constituição da perda dos bens como feito da condenação criminal. A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 31, determinou a disposição da lei sobre o sequestro e o perdimento de bens, quanto ao enriquecimento ilícito valendo-se da função pública ou emprego em entidade autárquica. A Lei 3.164/1957 foi promulgada visando dar cumprimento a tal dis-



positivo constitucional, e a Lei 3.502/1958 também trouxe algumas inovações ao tema, sem, no entanto, revogar a anterior. A Constituição de 1967, em seu art. 153, § 11³, estabelece a disposição da lei a respeito do perdimento de bens por danos causados ao erário, ou então na hipótese de enriquecimento ilícito, caso ocorra no exercício de função pública. O poder de confisco de tais bens foi conferido ao Presidente da República, com o Ato Institucional nº 5/1968, sendo disciplinado pelo Ato complementar nº 42/1969 e pelo Decreto-lei 359/1968 (DI PIETRO, op. cit.).

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer em seu bojo a possibilidade de perda ou suspensão dos direitos políticos, em caso de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4^o, segundo seu art. 15, V^o, que aborda taxativamente as hipóteses de suspensão dos direitos políticos. Tal abordagem permite inferir a necessidade de se ponderar a respeito da real necessidade de se punir o(s) agente(s) público(s) com a perda dos direitos políticos, implicação que reforça a possível caracterização da improbidade como ilícito de natureza civil e política.

A Lei 8.429/1992 foi promulgada para dar regulamentação ao art. 37, § 4^o, da Constituição Federal e, inicialmente, dispunha quanto às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, dando também outras providências. Tal lei, melhor conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa”, trouxe os atos de improbidade com uma amplitude maior do que o abordado no arcabouço legal anterior, como disposto em seu texto:

Art. 9^o Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1^o desta Lei [...];

³ Consistia, anteriormente, no art. 150, § 11. Porém, foi modificado para o art. 153, § 11, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que editou o texto constitucional e é abordada por alguns autores como outra “constituição”, mesmo trazendo o nome de emenda.

⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4^o Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁵ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4^o.



Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei [...];

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade [...].

Tal disposição normativa, à época de sua publicação, não poderia ser aplicada de forma retroativa, uma vez que a previsão de sanções quanto aos atos de improbidade, trazida pela Constituição, não se aplicava por si só. Até que se entrasse em vigor, se puniam apenas atos que provocavam enriquecimento ilícito, cabendo apenas o sequestro e a perda de bens, além das sanções penais cabíveis, nas esferas cível e criminal, respectivamente. Quanto à esfera administrativa, a previsão das penas aplicáveis se dava no estatuto dos servidores, a depender do nível de governo. O ato de improbidade administrativa foi uma expressão somente introduzida com o advento da Constituição, como já mencionado, e é possível que este se corresponda a um ilícito penal, caso possa ser enquadrado em determinado crime do Código Penal ou na legislação complementar. Também, quando sua prática partir de servidor público, corresponderá a ilícito administrativo, levando em conta as devidas penalidades contidas nos Estatutos dos Servidores (Idem.).

É importante ainda compreender os elementos que constituem o ato de improbidade administrativa. O sujeito passivo, como primeiro deles, aparece como a pessoa jurídica indicada pela lei como vítima de tal ato, nem sempre se qualificando de forma eminentemente administrativa. Tais sujeitos são enumerados pela Lei 8.429/1992, em seu art. 1º e parágrafo único, como as pessoas da administração direta, indireta e aquelas para cuja criação o erário participe com mais da metade do patrimônio ou receita anual. Sendo estes os primários, os secundários são abordados como as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos da metade do patrimônio ou da receita anual (CARVALHO FILHO, 2016).

O sujeito ativo, segundo os arts. 1º e 3º da referida lei, aparece como o que pratica o ato, podendo também concorrer para a prática ou extrair vantagens indevidas. Vê-se ainda a possibilidade de que apenas ofereça sua colaboração, para que outro pratique o ato. Os dois grupos de sujeitos abordados pela lei são: os agentes públicos, tidos como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra

forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”; e terceiros, compreendidos como o sujeito que, mesmo “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (Idem.).

Como último elemento, aborda-se as modalidades de ato danoso, dispostas nos arts. 9º, 10, 10-A e 11, de forma não taxativa, que trazem, respectivamente, aqueles que resultam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário, originam-se de concessão ou aplicação incorreta de benefício financeiro ou tributário, e aqueles que se impõem contra os princípios da Administração Pública. Nestes casos, ato corresponde-se a um ato administrativo, a uma omissão ou conduta, praticado no momento do exercício de função pública ou a partir de algum reflexo sobre esta (Idem.).

Uma discussão de suma importância, que inclusive abarca o principal objeto do presente trabalho e será fruto de alteração, será o elemento subjetivo do dolo ou culpa. Para que o sujeito ativo seja enquadrado na Lei de Improbidade Administrativa, segundo sua disposição original, se exige do mesmo o dolo ou a culpa, por meio da verificação de um mínimo de desonestidade no comportamento. É necessário que se observe uma quantidade significativa de gravidade para que as infrações sejam devidamente punidas, segundo o texto constitucional e o princípio da razoabilidade. Entre os dispositivos que definem os atos de improbidade, apenas o art. 10 traz a possibilidade de condenação em razão de ação ou omissão culposa. Desta forma, é nesta direção que vem decidindo a jurisprudência, dada a previsão clara do dispositivo quanto ao tema⁶.

Sustados os principais pontos da referida lei, é importante que se aborde agora a Lei nº 14.230/2021, que trouxe importantes alterações a ela. Tem-se, primeiramente, a reconsideração da ementa da lei, que passa a dispor, diretamente, sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa. Por conseguinte, se observam as mudanças nos primeiros dispositivos, que tratam dos elementos que constituem o ato de improbidade administrativa. As mudanças se deram no sentido de alterar os: art. 1º, cujo texto voltou-se ao objeto tutelado, no sistema de responsabilização pelos atos de improbidade; art. 2º, cujo texto rumou no sentido de acrescentar, quanto ao que se considera agente público, o agente político e o servidor público; art. 3º, cujo texto avançou no sentido de requerer o dolo daquele que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade.

⁶ Neste sentido: STJ. Jurisprudência em teses. Edição n. 38, 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf.



No novo texto, o art. 10-A foi revogado, e se observaram mudanças significativas nos art. 9º, 10 e 11, transcritos abaixo:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei [...];

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei [...];

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade [...].

A alteração mais significativa a ser apontada diz respeito ao elemento subjetivo, previamente mencionado, que não aparecia nos referidos dispositivos de forma explícita, a não ser no art. 10. Assim, nos três dispositivos, se trouxe a obrigatoriedade do dolo nos atos de improbidade administrativa, não se admitindo mais a hipótese de culpa, como se vinha observando majoritariamente na jurisprudência⁷. A mudança na responsabilização dos agentes possibilita que se tenha um melhor sopesamento entre a motivação por traz do ilícito e as penas ensejadas pelo art. 12. Apesar deste artigo não se limitar propriamente à discussão da suspensão dos direitos políticos, tal ponto será objeto de enfoque no tópico seguinte. Por tratar-se não somente de simples imposição de pena, tal suspensão traz um importante debate que se justifica pela profundidade e importância do assunto, no direito brasileiro.

4. PROPORCIONALIDADE NA LIMITAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS ATRAVÉS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A abordagem dos tópicos anteriores é o que permite chegar ao ponto atual, crucial ao debate proposto, vista a necessidade de um tratamento mais cuidadoso quanto à discussão. Por mais que não permaneça sempre em voga no debate jurídico, não passou despercebida, tendo ampla repercussão em veículos de mídia,

⁷ AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015; AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 04/05/2015.

dada sua essencialidade quanto aos importantes efeitos que se fará reverberar na realidade jurídica, haja vista, ainda, o período eleitoral que se aproxima⁸. É importante ressaltar que, graças à provocação do Poder Judiciário, o assunto propiciado aqui teve amplo debate antes mesmo da importante aprovação da lei 14.230/2021, abordada anteriormente, e, assim sendo, nos valeremos dele para melhor compreender a importância do instituto.

Antes disto, é necessário ressaltar que o debate a respeito da proporcionalidade e da razoabilidade da sanção, que condena a suspensão dos direitos políticos quanto ao ato de improbidade, já ocorreu no Superior Tribunal de Justiça e reforça a importância de tal observação. Neste sentido, observa-se o julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 9º, XI, DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE FATOS E PROVAS, EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

III. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem negou provimento às Apelações de ambas as partes, mantendo as sanções fixadas na sentença, ao fundamento de que, “para a imposição das penas previstas na norma devem ser consideradas ‘a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente’. Portanto, as sanções devem ser razoáveis (adequadas, sensatas, coerentes) e proporcionais (compatíveis, apropriadas, pertinentes à gravidade e extensão do dano material e moral) ao ato de improbidade, não devendo ser aplicadas indistintamente, de maneira cumulativa (...) Embora reprovável a conduta narrada na inicial, o fato não se revestiu de gravidade tal que justifique a imposição da pena de suspensão dos direitos políticos dos demandados. Considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, (...) as penas fixadas na sentença são suficientes para a reprimenda do ato ímprobo, garantindo-se assim o restabelecimento da ordem jurídica”. O ora agravante interpôs Recurso Especial, defendendo ser “razoável e proporcional a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos, além das já aplicadas”.

⁸CNN Brasil. Gilmar Mendes suspende perda de direitos políticos para atos culposos de improbidade. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/gilmar-mendes-suspende-perda-de-direitos-politicos-para-atos-culposos-de-improbidade/>. Migalhas. Gilmar Mendes suspende parte da lei de improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/352590/gilmar-mendes-suspende-parte-da-lei-de-improbidade-administrativa>. Conjur. Gilmar Mendes suspende dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-03/gilmar-suspende-dispositivos-lei-improbidade-administrativa>.



IV. Nos termos em que a causa fora decidida, o óbice de revisão de fatos e provas, em Recurso Especial, impede o acolhimento das alegações do agravante, no tocante à revisão da dosimetria das sanções que foram impostas aos ora agravados. Com efeito, “a*jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica o reexame do acervo fático-probatório, salvo se, da simples leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as medidas impostas (AgRg no AREsp 112.873/PR, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 17/02/2016, e AgInt no REsp 1.576.604/RN, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/04/2016)”

(STJ, AgInt no AREsp 1.111.038/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/09/2018), o que não ocorre, in casu [...] (BRASIL, 2021b).

No caso acima, o egrégio tribunal, no acórdão do Recurso Especial, assentou o entendimento de que, a aplicação de sanções requer a compreensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido, para que o ato ímprobo seja suficientemente reprimido. Só assim poderia se verificar a devida razoabilidade e proporcionalidade da sanção, haja vista que a suspensão dos direitos políticos configura medida sobremodo gravosa, assim como suas repercussões ao agente.

Vista a abrangência do debate do tema, como dito, recentemente o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se a seu respeito. Tal decisão foi de suma importância quanto à discussão, como já demonstrado por meio da repercussão do caso e a lei em questão. O recente julgado em questão é a ADI 6.678 MC (BRASIL, 2021a), de relatoria do Min. Gilmar Mendes. À época deste, a decisão proferida se atentou ao projeto que tinha por objetivo alterar a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), aprovado pelo Senado e que teve retorno à Câmara para ser votado. Como pode-se observar, o que antes era um projeto, agora configura lei, a qual trouxe em seu texto os respectivos pontos abordados e discutidos pelo ministro em seu voto.

Em resumo, trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, em que enseja a impugnação dos incisos II e III do art. 12 da lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a qual teve seu texto alterado em razão da redação da lei 14.230/2021. Segundo o texto mencionado, o responsável pelo ato de improbidade, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, estaria também sujeito às demais cominações. Neste caso, importa mencionar que, no inciso II a responsabilidade recairia sobre atos de improbidade administrativa culposos, que causassem danos ao erário, e no inciso III a responsabilidade recairia sobre atos de improbidade administrativas que atentas-



sem contra os princípios da administração pública. O autor da ação alegou que tais dispositivos impugnados contrariariam a proporcionalidade e a gradação exigidos pela Constituição Federal, em seus arts. 15 e 37, § 4º, às quais o legislador não se atentou, quanto à gravidade dos atos para que ensejassem a pena de suspensão dos direitos políticos.

No voto, o ministro ressaltou, de início, a alta densidade constitucional e relevo sociopolítico da questão controvertida, por tratar-se de direitos fundamentais que se relacionam à garantia do princípio democrático, além do alcance à proteção do erário e tutela da probidade administrativa. Em seguida, passa à comparação da compatibilidade entre os incisos da Lei de Improbidade Administrativa com os arts. 15 e 37, § 4º da Constituição Federal. A esta foram conferidos importantes atribuições, tanto no exercício da tutela da probidade administrativa quanto no sistema de responsabilização de agentes que tenham cometido atos de improbidade, com a grave sanção de suspensão dos direitos políticos. O art. 15 aparece então no sentido de limitar a atuação estatal quanto aos direitos políticos, colocando os atos de improbidade no mesmo plano de condenações criminais transitadas em julgado, devendo então ser interpretada com o devido rigor.

O sistema de direitos e garantias fundamentais veio assim com o fito de dar a devida segurança aos direitos políticos, haja vista a excepcionalidade de sua suspensão. Tudo isto se conforma segundo o contexto político pretérito do país e a essencialidade de tutelar a participação dos cidadãos na vida política como pilar essencial do regime democrático. Ademais, tal suspensão somente se dará de forma conforme o previsto em lei, com a devida gradação, tendo em vista a importância do legislador observar a real gravidade do ato e a punição devida.

O que se questiona, segundo a ação direta, é justamente tal gradação: se ela é justa, proporcional e atende ao texto constitucional. Segundo o ministro, tal questão atinente à discricionariedade legislativa traduz-se em refinado embate quanto aos limites funcionais da jurisdição constitucional, haja vista o poder de conformação do legislador dentro dos limites constitucionais e seu dever de legislação para que seja assegurada proteção suficiente dos direitos fundamentais.

No debate quanto ao princípio da proporcionalidade, afirma que este é invocado no momento em que se observam situações de conflito envolvendo poderes, órgãos, entre outros. Observado este conflito, no debate da imposição de determinadas restrições a certos direitos, a indagação deve se dar não somente quanto às suas admissibilidades constitucional, mas também quanto à compatibilidade de tais restrições alocadas com o princípio da proporcionalidade. Isto permite conferir



ao princípio da reserva legal certa proporcionalidade e, assim, aliar a legitimidade dos meios em uso e dos fins visados pelo legislador à adequação destes para a conquista dos objetivos que se pretenda e a necessidade de seu uso. É certo que, o meio visado não seja tão indispensável caso o objeto possa ser alcançado através de outras medidas, até mais adequadas e que onerem menos (MENDES; BRANCO, 2016).

Dado o exposto, o ministro reconhece então, nas normas impugnadas, o excesso do legislador, observado graças ao olhar crítico e necessário da jurisdição constitucional, que não pode deixar de abordar a clara violação ao princípio da proporcionalidade, visto que a reprovabilidade das condutas não demonstra o grau satisfatório requerido. Aqui, a simples retirada dos direitos políticos já implica na gravidade da aplicação desta penalidade, tida como desproporcional, haja vista a nítida necessidade da compreensão da intensidade do ato praticado.

Na abordagem dos crimes contra a administração, traz ainda o enorme descompasso entre as sanções e o impacto do crime na seara administrativa. Também, conforme a Lei Complementar 135/2010, resta demonstrada a necessidade de se observar o real impacto dos atos de improbidade administrativa, visadas as hipóteses de inelegibilidade. É inteligível que as sanções não se restringem à perda dos direitos políticos, mas sim compreendem outros mecanismos que se amoldam conforme a gravidade do caso e os dispositivos legais aqui trabalhados. Ainda, por mais que o juiz possa corrigir eventuais excessos do legislador, cabe a este promover a proporcionalidade na proposição de texto legal, quanto à aplicação da sanção de suspensão de direitos políticos a cidadãos que tenham praticado atos de improbidade administrativa.

Como à época do julgado a lei 14.230/2021 ainda tramitava no Senado como projeto de lei, o ministro fez questão de o abordar, na compreensão do importante trabalho que estava sendo conduzido. Assim, dados os argumentos abordados pelo mesmo e todas as compreensões a respeito do tema, a decisão do ministro se deu no mesmo plano das posteriores alterações promovidas pela lei que alterou a Lei de Improbidade administrativa. Votou, então, por deferir a medida cautelar requerida, com efeito *ex nunc*, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 12, II, da lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário, e para suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da lei 8.429/1992.

O que se pode tirar de todo esse conjunto argumentativo, e extremamente importante, trago pela decisão acima analisada, é que não se pode utilizar dos



mecanismos conferidos ao direito administrativo para aferir punições acima do aceitável. A nova lei pode até mesmo ser denominada como uma nova “Lei de Improbidade Administrativa”, em referência não só ao quantitativo de mudanças, mas da importância destas.

Em se tratando de aspectos legais, a atuação positiva do legislador aparece como primorosa ante a intervenção do judiciário, mesmo que limitada a declarar o descompasso legal quanto aos princípios constitucionais. Isto, conforme vimos, faz com que se delimite melhor a atuação da jurisdição constitucional perante casos importantes, trazendo aqui o papel do debate de controvérsias e da atribuição de responsabilidades, que resguardem o respeito às fronteiras dos poderes. Desta forma, tal ação direta cumpriu primoroso papel, dando as bases para que o debate se fortalecesse, quanto aos limites do resguardo aos direitos políticos e o ato de improbidade administrativa, se comunicando congruentemente com a atuação do legislativo e com o dever de resguardo da constituição, na promoção de bases jurisprudenciais que auxiliarão futuras decisões e debates em sentido concorrente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância do debate, que perpassou as esferas estritas do direito administrativo e constitucional, são um demonstrativo de quão importante é a defesa dos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos. A prioridade da discussão se dá pelo valor que os direitos políticos adquiriram historicamente, os quais passaram a ter um maior reconhecimento e resguardo devidos. Sua proteção se mostrou ainda mais importante aqui, haja vista o contexto eleitoral que se aproxima e o exercício da cidadania por meio do voto, o qual adquire caráter especial neste período.

Ao longo do texto, a hipótese para o problema apresentado se confirmou em razão do alinhamento do legislador ao texto e princípios constitucionais que, junto ao arcabouço doutrinário, possibilitou uma análise diferenciada da suspensão dos direitos políticos ante o ato de improbidade administrativa. Assim, partiu-se da compreensão de que, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade não é apenas uma abstração, mas confere uma compreensão mais do que importante aos limites da aplicação de sanções, que neste caso são administrativas.

Sua semelhança com a esfera penal traz, no entanto, a necessidade de se rever o quão grave deve se compreender aqueles atos ímprobos postos em ação



na esfera administrativa e até que ponto ambas as esferas podem ser objeto de comparação. Assim, entendeu-se que, por mais que o resguardo ao erário e ao princípio da probidade sejam importantes, sem sombra de dúvidas, ponderar em favor da garantia do direito político dos indivíduos, diante do sancionamento da conduta, parece ponderar com mais prioridade.

Nos dispositivos estudados, o legislador proporcionou demais mecanismos capazes de conferir a correta punição dos agentes infratores e ainda sim manter resguardados seus direitos fundamentais. É a isso que buscamos nos ater, aos limites constitucionais que conferem efetividade às normas legais, com a devida proporcionalidade quanto à gravidade das infrações, e o respeito aos tão sagrados direitos fundamentais. Isto constitui, assim, um pilar essencial da democracia brasileira, e trabalha na consolidação de uma participação do corpo social cada vez mais efetiva na compreensão do processo democrático, além de possibilitar à constituição uma congruência maior quanto às reais necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

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.

BRASIL. Lei Federal Nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm.

BRASIL. Lei Federal Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1854059/BA. Relatora: Min. Assusete Magalhães. DJ: 04/10/2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 6678 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 05/10/2021a.



CÂMARA, Heloisa Fernandes. Fundamentos de Direito Constitucional Brasileiro. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas 2016.

FERRACINI, Luiz Alberto. Improbidade administrativa: teoria, prática e jurisprudência. Rio de Janeiro: Julex, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVEIRA BANHOS, Sérgio. Direitos políticos, liberdade de culto e abuso do poder religioso: julgados recentes do Tribunal Superior Eleitoral. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 1, n. 18, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/35277>. Acesso em: 16 jan. 2022.

SPINARDI, Felipe Lauretti; VENTURINI, Otavio. Improbidade administrativa e restrições ao exercício de direitos políticos: interfaces do Sistema Normativo Brasileiro de Combate à Corrupção (SNBCC). Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 8, n. 1, p. 50-79, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/173594/168376>. Acesso em: 14 jan. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional. Revista de Processo, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176217>. Acesso em: 14 jan. 2022



EDUCAÇÃO FINANCEIRA COMO FORMA DE SOLUCIONAR O SUPERENDIVIDAMENTO A LONGO PRAZO COM SUBSTRATO NA LEI Nº 14.181/21

*FINANCIAL EDUCATION AS A WAY TO SOLVE LONG-TERM
OVER-INDEBTEDNESS, BASED ON LAW 14.181/21*

*Ilberto da Silva Junior**

Resumo: Este trabalho visa analisar impacto da Lei nº 14.181 de 2021 que implementou à educação financeira como direito básico a todos os consumidores, legislando sobre o tema do endividamento que atinge 7 em cada 10 brasileiros, os quais, em certa parte, são excluídos da vida de consumo por perderem o acesso ao crédito. Para discorrer sobre esse ponto foi utilizado o contexto histórico da democratização de crédito, conceitos importantes da lei, dados estatísticos sobre inadimplentes, taxas de juros e superendividados e análises da Lei realizadas por doutrinadores. Assim, este artigo tem como objetivo estudar a relação factual existente entre a educação financeira e o número de endividados. Neste sentido, busca-se responder a seguinte questão: como a nº Lei 14.181 de 2021 impacta no incentivo à educação financeira no Brasil com foco no crédito sustentável e na informação aos consumidores para devolver a eles a sua dignidade? Para responder essa pergunta será utilizado na metodologia de pesquisa a abordagem dedutiva e de procedimento histórica, estatística e comparativa. Como técnica de pesquisa será utilizada a documentação direta e a observação indireta. Ademais, a hipótese para solucionar esse problema se concentra no maior investimento em escolas e publicidades sobre a lei. Logo, as conclusões são que a atualização do Código de Defesa do consumidor impacta positivamente no incentivo a educação financeira em escala nacional e será mais evidente esse impacto no longo prazo.

Palavras-Chave: Educação Financeira. Lei nº 14.181/2021. Superendividamento. Consumidor.

*Graduando do 7º Semestre do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2122791392085854> . E-mail: ilbertojr19@hotmail.com .



Abstract: This paper aims to analyze the impact of Law no. 14.181 of 2021 that implemented financial education as a basic right to all consumers, legislating on the issue of indebtedness that affects 7 out of 10 Brazilians, which in some parts are excluded from consumer life by losing access to credit. To discuss this point, we used the historical context of the democratization of credit, important concepts of the law, statistical data on defaulters, interest rates and over-indebtedness, and analysis of the law by legal scholars. Thus, this article aims to study the factual relationship between financial education and the number of people in debt. In this sense, we seek to answer the following question: how does Law 14.181 of 2021 impact the incentive for financial education in Brazil with a focus on sustainable credit and consumer information to give these consumers back their dignity? To answer this question, the deductive approach will be used in the research methodology and the historical, statistical and comparative approach of procedure, and as a research technique direct documentation and indirect observation will be used. Furthermore, the hypothesis to solve this problem is concentrated in a greater investment in schools and publicity about the law. Therefore, the conclusions are that the "Código de Defesa do Consumidor" update has a positive impact on the incentive to financial education on a national scale and this impact will be more evident in the long term.

Keywords: Financial Education. Law no.14.181/2021. Over indebtedness. Consumer.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil após 2003, com a democratização de crédito, começou a apresentar problemas que antes não eram presentes como o endividamento em massa. Problema esse que foi agravado pela pandemia de COVID-19, pelas altas taxas de desemprego e juros, tornando-se como consequência uma situação crônica nacional, com recordes na taxa de endividados passando da casa de 70% (setenta por cento) da população.

Deste modo, o cenário econômico complicado aliado a falta de educação financeira ocasionou essa situação e impede que ele seja amenizado ou superado. Organizações nacionais e internacionais apontam a baixa alfabetização financeira no Brasil e no mundo como um grave problema, principalmente em uma sociedade de consumo, como a brasileira. Esta pode ser alterada, no entanto, com inclusões de planos educacionais de incentivo à educação financeira.

O legislador brasileiro, em observância as mudanças que ocorreram no cenário de crédito, decidiu, após vários anos de discussão, alterar o Código de Defesa do Consumidor, pois toda lei é uma refém do seu tempo e, neste caso, tornou-se imperativa a atualização ao cenário do século XXI e as novas práticas consumeristas quotidianas. Diante desse cenário, busca-se responder a seguinte questão:



como a Lei nº 14.181 de 2021, chamada de Lei do Superendividamento, impacta no incentivo à educação financeira no Brasil com foco no crédito sustentável e na informação aos consumidores para devolver a esses a sua dignidade?

O objetivo geral deste trabalho é responder este questionamento, sendo que possui como objetivos específicos contextualizar o cenário do endividamento no Brasil, apresentar o cenário dos consumidores e seus padrões de consumo em âmbito global e analisar a Lei nº 14.181/21. Para alcançar estes objetivos e com vistas a cumprir o rigor científico necessário, utilizou-se dos seguintes métodos de pesquisa: método de abordagem dedutivo, método de procedimento histórico, estatístico e comparativo e, como técnica de pesquisa, foi utilizada a documentação indireta com complementação de observação indireta.

A hipótese levantada para responder o problema de pesquisa suscitado é de que o maior investimento em escolas públicas será de extrema importância para diminuir o número de superendividados e a maior divulgação por meio de propagandas conscientizadoras sobre os direitos dos consumidores.

Destarte, primeiramente será realizada uma contextualização do cenário nacional sobre o endividamento e suas principais causas. Essa exposição será feita com dados estatísticos e conceitos acerca de endividamento. Após esta contextualização serão apresentados os dados sobre a educação financeira no país e no mundo, observando dados acerca do padrão de consumo dos consumidores. Por último, analisar-se-á a lei e os benefícios que ela gera no mercado de crédito responsável, educação financeira e na contribuição quanto à implementação de políticas públicas e privadas para fomentar o conhecimento dessa lei e dos direitos dos consumidores.

Por conseguinte, no próximo item abordar-se-á a relação existente entre as políticas monetárias nacionais e o sistema de consumo com os conceitos de endividamento e superendividamento.

2. SUPERENDIVIDAMENTO NO BRASIL

O endividamento nacional está intimamente ligado à falta de educação financeira e à democratização de crédito, que passou por diversas modificações desde o lançamento do plano real. Na década de 1990, com toda a problemática de alta de juros e insegurança do mercado, o acesso ao crédito se tornou muito mais caro e restrito. No entanto, após o ano de 2003, o crédito retomou o seu crescimento,



saindo da marca de 24,6% (vinte quatro vírgula seis por cento) para 45,2% (quarenta e cinco vírgula dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) em 2010, um aumento de 83% (oitenta e três por cento) em um curto período de sete anos (MORA, 2015).

O principal motivo para esse aumento na oferta de crédito foi a queda da taxa básica de juros, SELIC, de 24,9% (vinte e quatro vírgula nove por cento) em 2003 para 8,65% (oito vírgula sessenta e cinco por cento) em 2010. Isso impactou positivamente na taxa de juros para pessoas físicas, a qual saiu de mais de 45% (quarenta e cinco por cento) em 2003 para menos de 20% (vinte por cento) em 2010 e ocasionou o aumento médio dos prazos de pagamentos em mais de 150 dias, condicionando um poder maior para as pessoas acessarem bens de consumos duráveis, como carros e casas (MORA, 2015). De acordo com o Banco Central, na pesquisa realizada entre os anos de 2003-2010, o número de venda de veículos por ano no Brasil saltou de aproximadamente 1.900.000 em 2003 para mais de 3.300.000 em 2010, uma consequência direta da maior liberação de crédito as pessoas físicas em território nacional (MORA, 2015).

Essa grande mudança na política financeira do Brasil entre esses anos aliou-se ao otimismo dos consumidores, sendo que, de acordo com Kilborn (2006), “os indivíduos tendem a ser demasiadamente otimistas e confiantes no que diz respeito a sua própria suscetibilidade de risco”. Desta forma, não pensam na possibilidade de serem demitidos, terem seus salários diminuídos ou que algo superveniente ocorra e o impossibilite de cumprir a obrigação adquirida.

Dado essa mudança cultural, a população brasileira modificou sua forma de consumo, sendo abarcada pela Cultura do Mundo Líquido Moderno, exposta pelo Zygmunt Bauman (2010), na qual as pessoas se agarram ao consumo para serem culturalmente aceitas. Essa nova forma de viver, porém, é baseada em uma ideologia não sustentável, sendo a base de todo cenário capitalista a “remoção do Lixo”. Assim, a meta final é erradicar o sentimento de satisfação em suas posses e criar novas “necessidades”, para que sempre tenham desejos a realizar e que de preferência nunca estejam com todos os bens da moda para não se sentirem realizados (BAUMAN, 2010).

A população brasileira, observando esse novo cenário de democratização de crédito, algo que antes era restrito a pessoas com uma renda mais elevada uma vez que as taxas de juros no Brasil eram extremamente altas, começaram a adquirir obrigações em longas prestações, muitas vezes sem mesmo quantificar o impacto dessas prestações no longo prazo. Ou seja, a população começou a pensar mais no valor das parcelas, sem se preocupar muito com o impacto da prolongada obri-



gação de pagamento e do comprometimento fixo da renda, resultado de uma falta de educação financeira eficiente para racionalizar sobre alguns pontos importantes na contratação do crédito (MORA, 2015).

Desta forma, a pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), “Endividamento e inadimplência do Consumidor”, revela que em outubro de 2021 a taxa de endividamento das famílias brasileiras chegou a uma porcentagem recorde de 76,3% (setenta e seis vírgula três por cento) (CAMPOS, 2022). Esse dado não pode ser observado isoladamente e visto como um problema ou uma questão alarmante, pois países como Reino Unido e Estados Unidos possuem taxas muito mais elevadas de endividamento, superando já em 2010 a taxa de 120% (cento e vinte por cento) no índice de dívidas e renda familiar. Ou seja, o modelo capitalista, atual sistema financeiro, força a população a contrair obrigações de crédito, mas este cenário deve ser sempre equilibrado para não ocorrer o superendividamento (WILLIAMS, 2016).

O problema se inicia verdadeiramente quando o cidadão que contraiu essa obrigação de pagamento perde a sua capacidade de honrá-la, o que mostra um cenário extremamente preocupante para a saúde econômica do país e saúde financeira dos consumidores. O imaginário nacional que permeou durante décadas no Brasil foi que “o devedor é culpado, responsável único do seu estado de superendividamento”, visão que não é correta, dado que o fornecedor de crédito possui a sua participação na responsabilidade e deve oferecer a melhor opção para o consumidor e não uma condição que ele sabe não ser possível de honrar; o dever objetivo de boa-fé deve ser respeitado (GAULIA, 2016).

Como resultado dessa crença sem sentido e abusiva, os índices nacionais reproduziram esses paradigmas em forma de dados sistematizados pelo Serasa no “Mapa da Inadimplência e Renegociação de dívidas no Brasil”, iniciativa extremamente importante para o cenário nacional e que se iniciou em maio de 2021. Desde maio de 2020, o país enfrenta um contingente de mais de 60 milhões de inadimplentes, pessoas com dívidas em atrasos, totalizando um montante de R\$ 253,65 bilhões de reais, o que representa aproximadamente 9% (nove por cento) do PIB do Brasil (SERASA, 2021).

A questão é agravada quando se observa dados do CNC que indicam que 50% (cinquenta por cento) destes inadimplentes não possuem uma forma de honrar os pagamentos das dívidas contraídas. Nesse ponto, nota-se que a falta de educação financeira nacional, problema estrutural, possibilitou a concretização desses dados alarmantes apresentados e que ocasionaram que uma classe chamada de



superendividados chegasse a aviltante proporção de 50% (cinquenta por cento) dos inadimplentes (CAMPOS, 2022).

De acordo com Marques (2006, p. 231):

o superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Em outros termos, o superendividamento é a condição na qual a pessoa natural não possui a capacidade de honrar com as suas dívidas sem comprometer o seu mínimo existencial. Fato este que impede as pessoas de usufruírem de uma vida digna, princípio fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (CF), deixando-as em um cenário de complexa fragilidade social. O consumidor que se encontra nesse cenário por atitudes ativas inconscientes, pobreza, inexperiência, reduzido nível de escolaridade ou passivo, quando acontece uma causa superveniente que o impossibilita de manter o pagamento da dívida, como desemprego e morte do cônjuge, encontra-se em uma situação de hipossuficiência ainda mais evidente (MARQUES, 2021).

Ademais, após a negatificação deste consumidor e como consequência impossibilidade de obter crédito barato e cotidiano para que possa realizar suas atividades rotineiras, ele entra na chamada “morte financeira e social”, uma espécie de falência da pessoa natural, haja visto que lhes são retiradas a dignidade, a autoestima e a forma de subsistência material (PELLEGRINO, 2014, p. 173).

Dessa forma, nota-se que a evolução exponencial e a democratização do crédito no cenário nacional, aliados a uma baixa educação financeira, trouxeram uma nova realidade para o Brasil, a qual não foi e nem poderia ser prevista em 1990, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Isso deixou essa legislação tão vanguardista para sua época como prisioneira do seu tempo, sendo necessária uma atualização para enquadrar esse novo problema consumerista que afeta atualmente mais de 63 milhões de pessoas inadimplentes e que, na época da elaboração do CDC, não era um problema de consumo (BENJAMIN, 2021).

Para modificar esse cenário de superendividamento no país, pesquisadores como Claudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Clarissa Costa de Lima se debruçaram sobre essa problemática em 2010, o que resultou em dois projetos de lei, sendo o segundo anteprojeto aprovado na forma da Lei nº 14.181/2021. Essa será exposta adiante e tem foco na reconciliação de dívidas com os credores,



na garantia do mínimo existencial, crédito responsável e na educação financeira como princípio norteador, objetivo deste trabalho, visto que é a única forma de se garantir uma saúde financeira prolongada e próspera as pessoas naturais e a economia (BENJAMIN, 2021).

O objetivo da Lei nº 14.181/2021 foi de manter o CDC como didático, de fácil leitura e de amplo conhecimento pela população em geral - ricos, pobres, analfabetos, cultos, etc. Outrossim, essa atualização ocorreu em um momento extremamente oportuno, durante a pandemia de COVID-19, evento que resultou em milhões de desempregados e milhares de mortos, afetando profundamente a saúde financeira das famílias que já vinham sofrendo com a crise há anos e com o acesso ao crédito facilitado, quando não predador, das instituições financeiras (PFEIFFER, 2021).

Assim, no próximo tópico serão abordados pontos específicos da importância da educação financeira na sociedade e o descaso deste ponto no cenário mundial, bem como serão analisados dados concretos da educação nacional com substrato na Lei nº 14.181/2021.

3. EDUCAÇÃO FINANCEIRA NACIONAL

A falta de educação financeira é um problema em escala global. Como aponta a S&P Global Financial Literacy Survey (Pesquisa Global Sobre Educação Financeira) em dados divulgados em 2018, dois em cada três adultos no mundo são analfabetos financeiro, ou seja, 66% (sessenta e seis por cento). Porém, esse dado é distribuído de forma não homogênea, sendo repartido de modo não linear, uma vez que em economias avançadas esse índice chega a 55% (cinquenta e cinco por cento) de alfabetizados e no Brasil essa média é de 35% (trinta e cinco por cento). Ou seja, somente 2 pontos percentuais acima da média mundial e que demonstra a extrema necessidade de ensino básico financeiro à população brasileira (DEMERTZIS, 2018).

Outrossim, o cenário encontrado pela pesquisa da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) aponta que 45% (quarenta e cinco por cento) dos brasileiros admitem não fazer um controle efetivo sobre o orçamento do mês e esse número se agrava quando são observadas as classes mais baixas, como C/D/E, que possuem uma taxa de 48% (quarenta e oito por cento) de descontrole. Além disso, a maioria dos consumidores entrevistados por esse órgão garantem que aprenderam finanças sozinhos, autodidatas, o que aponta a falha do Estado em educar a população para conseguir atingir a todos, evitar que ocorram descontroles orçamentários e falta de planejamento econômico (CNDL BRASIL, 2018).

A pesquisa da CNDL aponta, ademais, que 59% (cinquenta e nove por cento) dos entrevistados sentem dificuldades em controlar o orçamento. Entre os motivos apresentados, a “falta de disciplina” se apresenta como o maior vilão das pessoas que não possuem educação financeira. A grande parte da população afirma saber conceitos básicos de educação financeira como pesquisar preços antes da compra 86% (oitenta e seis por cento), comprar algo à vista 77% (setenta e sete por cento) e poupar e investir 67,2% (sessenta e sete vírgula dois por cento) (CNDL BRASIL, 2018). No entanto, os consumidores na prática não realizam esses passos básicos e somente 3% (três por cento) da população investe na bolsa de valores segundo dados apresentados pela ANBIMA na sua quarta edição do Raio-X do investidor (ANBIMA, 2021).

O estudo da ANBIMA mostrou que das pessoas que conseguiram poupar dinheiro, seja para investir ou para planejarem um evento futuro, somente 19% (dezenove por cento) guardaram uma porcentagem dos seus recebimentos mensais. Além disso, dos poucos brasileiros que possuem investimentos, estes os escolhem sem saber o porquê, visto que 60,5% (sessenta vírgula cinco por cento) dos entrevistados apresentaram a resposta de não saberem o motivo de escolherem determinado ativo. Logo, observa-se que a população brasileira não tem a mentalidade de investidor e quando rompe esse bloqueio se depara com a falta de conhecimento, o que pode resultar em perdas catastróficas ao cidadão que está buscando uma segurança econômica (ANBIMA, 2021).

Uma das causas dessa baixa educação financeira no Brasil é o espelho da baixa qualidade do ensino básico, pois, de acordo com o Instituto Nacional de Analfabetismo Funcional, somente 12% (doze por cento) da população brasileira apresenta nível proficiente de alfabetização (BRASIL, 2018). A grande maioria encontra-se em um nível anterior ao intermediário, ou seja, 64% (sessenta e quatro por cento) das pessoas possuem um nível de leitura que se enquadra em analfabeto, rudimentar ou elementar, cenário que revela a dificuldade do Estado em educar o brasileiro. Dessa forma, nota-se a necessidade de implementação de matérias de saúde financeira de forma obrigatória para mudar o paradigma da deficiência educacional, principalmente no caráter financeiro, somado, com um maior investimento nas escolas para que possam apresentar um melhor desempenho (BRASIL, 2018).

De acordo com a exposição de dados sobre educação financeira, observa-se a evidente necessidade de implementação dessa matéria nas escolas, cursos de acesso público e medidas público-privadas para amenizar a problemática e evitar que o superendividamento ocorra ou, ao menos, que seja mais difícil de ocorrer. As iniciativas que visam melhorar a educação financeira são importantes para propor-



cionar um maior conhecimento aos consumidores e um direcionamento nas suas decisões monetárias.

Contudo, os doutrinadores defendem que esse método por si só não é capaz de solucionar o problema do superendividamento, sendo um paliativo para que esse problema se reproduza em menor escala, pois de acordo com Claudia Lima Marques, “o fenômeno do superendividamento dos consumidores ocorre também em economias desenvolvidas e sociedades com maior nível de educação que a brasileira” (MARQUES, 2021, p.184).

Portanto, a Lei nº 14.181/2021 não deve ser analisada de forma fragmentária, pois todas as suas mudanças foram tomadas para auxiliar o consumidor de boa-fé a se prevenir do cenário do inadimplemento e superendividamento. Ademais, caso esta lei não surta o efeito preventivo, deverá ser utilizado o meio de resolução de conflitos com as repactuações e renegociações de dívida, previsto nos artigos 54 e 104 do CDC, buscando devolver a vida financeira ao consumidor, mantendo o seu mínimo existencial, e por consequência a sua dignidade humana (BRASIL, 1990).

Desta forma, no próximo item será abordada a relação existente entre a educação financeira com a Lei nº 14.181/2021, buscando analisar o impacto que esta lei causará a curto e a longo prazo no quadro de consumidores endividados nacionais.

4. IMPACTO DA LEI Nº 14.181/2021 NA EDUCAÇÃO FINANCEIRA

A Lei nº 14.181 de 1 de julho de 2021 alterou o Código de Defesa do Consumidor e dispôs sobre o tratamento do consumidor superendividado, definindo o superendividamento como “a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer o seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação” (BRASIL, 2021). Ou seja, os termos que norteiam essa lei se voltam para os “superendividados” e o seu direito ao “mínimo existencial”, o que será construído com uma educação nacional de qualidade, principalmente em razão da necessidade da grande massa dos consumidores de entenderem o básico de economia (BRASIL, 2021).

Assim, nota-se a necessidade de se conceituar o que é definido como mínimo existencial, garantia essa instituída pelo Poder Originário na Constituição Federal de 1988, a qual instituiu o preceito fundamental da garantia da dignidade humana como uma cláusula pétrea. Esse termo pode ser definido como uma quantia capaz de garantir uma vida digna para os indivíduos em questão (BENJAMIN, 2021); dado



a lei ser bem recente, ainda não se tem estipulado qual é a quantia que deve ser considerada como mínimo existencial. Claudia Lima Marques acredita que por ser a consignação possível em somente 30% (trinta por cento) do salário, os outros 70% (setenta por cento) podem ser vistos como a parcela que compõe o mínimo existencial. No entanto, este ponto ainda não está consolidado e muitos são os estudos que mostram a menor taxa do salário como mínimo existencial com o aumento da renda (MARQUES, 2021).

Karen Bertoncello (2015) apresentou uma pesquisa com casos reais do mínimo existencial, apontando o modelo Francês como uma forma diferente e que requer uma análise para possivelmente aplicar no contexto brasileiro. Na legislação francesa esse mínimo existencial é definido por lei. Até a faixa de 3.870 euros o valor que pode ser penhorável é de 20% (vinte por cento). No entanto, se o salário estiver entre 3.871 e 7.550 euros é possível descontar mais 10% (dez por cento) sem afetar o mínimo existencial. Contudo, após 22.236 euros de renda o excedente de 3.870 euros poderá ser utilizado em sua totalidade, pois este modelo observa esta quantidade como mínimo existencial para pessoas de classe mais alta, o que mostra uma forma interessante de legislar sobre esse tema tão subjetivo e que no Brasil ainda não existe uma definição consolidada (BERTONCELLO, 2015).

Ademais, Bertoncello realizou uma outra pesquisa, em cenário nacional, na Comarca de Sapiranga, Rio Grande do Sul, com uma análise de mais de 250 casos, na qual ela analisou a diferença do mínimo existencial para esses indivíduos divididos em várias classes sociais, sendo a predominantes, os que ganhavam de 1 a 3 salários-mínimos - 71,3% (setenta e um vírgula três por cento). Os dados apresentados foram preocupantes, pois está população gasta mais de 40% (quarenta por cento) dos recebíveis somente com alimentação e com a somatória das despesas fixas e necessárias como remédios, água, luz, saúde, telefone, entre outros esse mínimo existencial ocupa grande parte do salário. Sendo assim, o mínimo existencial - observando as menores expectativas para as escalas - chegou em 78,19% (setenta e oito vírgula dezenove por cento) de comprometimento de renda. Ou seja, uma parcela muito superior aos 70% (setenta por cento) proposto por Claudia Lima Marques. Por pesquisas como essa existe a possibilidade de se averiguar como as coisas são de fato, portanto, tem-se que o judiciário não pode sistematizar uma quantidade fixa e deve pensar em uma abordagem que propicie a vida digna das pessoas em cada situação apresentada ao judiciário (BERTONCELLO, 2015).

Seguindo essa pretensão de definir o quanto seria o mínimo existencial digno, a Ordem dos Economistas do Brasil. em seus estudos enviados a Câmara dos



deputados sobre o impacto que o PL 3515/2015 causaria (o qual tornou-se a Lei nº 14.181 de 2021, ora analisada), apresentou que a população que se encontra na faixa de 1 a 5 salários-mínimos precisa de 65% (sessenta e cinco por cento) a 70% (setenta por cento) para preservar os seus gastos mínimos (MARQUES, 2021). Em síntese, essa questão está em um cenário de constantes pesquisas e espera-se que seja em breve pacificada, de forma a beneficiar os hipossuficientes, consumidores com rendas menores.

O aviltante número de consumidores inadimplentes e superendividados na sociedade brasileira é resultado direto da falta de Educação Financeira somada a um sistema financeiro nacional com elevadas taxas de juros, alcançando, em alguns casos, como o “Cartão de Crédito rotativo não regular”, a taxa de 883,68% (oitocentos e oitenta e três vírgula sessenta e oito por cento) ao ano no banco Omini As CFI (BRASIL, 2022).

Some-se a isso um cenário que era muito comum antes da provação dessa Lei, a propaganda abusiva e a oferta de crédito sem critérios a pessoa que não possuía condições de honrar suas dívidas; esse público-alvo encontrava-se em uma situação de extrema vulnerabilidade e recorriam a créditos com taxas mais altas por possuírem um baixo score de crédito ou falta de conhecimento e capacidade de se defender de ataques predatórios (GAGLIANO, 2021)

Deste modo, a legislação que modificou o CDC colocou no capítulo dos direitos básicos dos consumidores o seguinte inciso (BRASIL, 2021):

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas.

Essa previsão legal impediu que frases anteriormente quotidianas como “crédito para negativado”, “sem consulta ao SPC”, “crédito para pensionistas”, “taxa zero” e outros termos continuassem a ser empregados, pois foram configurados como práticas abusivas e que tendiam o consumidor ao erro (MARQUES, 2021, p.259).

Outrossim, a lei do superendividamento implementou condições que não podem ser realizadas no momento da oferta do crédito, pois são consideradas abusivas e vão de encontro ao princípio da boa-fé e do crédito sustentável, vide artigo 54-C do CDC (BRASIL, 2021):

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

V - Condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

Este artigo traz grandes modificações na legislação de oferta de crédito, principalmente das instituições predatórias, garantindo desta forma uma maior segurança por haver previsão legal da ilicitude desses atos (BRASIL, 2021).

O Brasil por possuir um amplo número de endividados não pode atuar somente em uma única frente, a educação financeira, e esperar que essa única abordagem resolva tudo; a conciliação e repactuação de dívidas também deve ser realizada. Ademais, é evidente que a educação financeira instruirá o superendividado sobre os seus direitos e proporcionará a tutela estatal ou políticas públicas-privadas para resolver a sua problemática (LIMA, 2021).

Nada obstante, precisa ser apontado que esta lei possui como pilar central a boa-fé do consumidor, questão essa que vale para os dois lados da relação consumerista, o fornecedor de crédito e a capacidade do consumidor de honrar as suas dívidas. Ou seja, o credor deve auxiliar o consumidor e não o encaminhar a ruína.

A Lei nº 14.181/2021, em seu artigo 54-A, parágrafo terceiro, aponta as situações que não encontram respaldo na lei: as dívidas contraídas mediante fraude, má-fé, dolo de prejudicar o credor ou que “decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor” (BRASIL, 2021). Nesse trecho a lei novamente cai em uma interpretação complicada, uma vez que não existe definição para este termo, que pode ser interpretado de diversas maneiras.



Por ser uma legislação atual e não haver doutrina pacificada, mas diversos entendimentos obre o tema, fica-se com o questionamento. A título de exemplo, Lima (2021) questiona se um carro automático para um deficiente é um artigo de luxo, mesmo que para ele essa melhoria seja necessária. O entendimento inicial da doutrina ao analisar a Lei é que existe a possibilidade, em certos casos, de itens considerados de alto valor não serem interpretados como uma excludente para a aplicação da lei, pois o mínimo existencial e a vida das pessoas devem ser analisados de forma além de uma mera sobrevivência, saindo do limite da pobreza extrema e da falta de dignidade (SARLET, 2011).

Um problema presente na Lei do Superendividamento é o não enquadramento de um certo grupo de dívidas no rol de possibilidade de repactuação, as quais não são consideradas dívidas de consumo, tais como: alimentos, tributárias, financiamentos e cédulas bancárias. Isso que pode gerar um problema para as famílias resolverem a sua situação de endividamento. É evidente que essas dívidas entrarão na conta para manutenção do cálculo do mínimo existencial, contudo, Marques (2021, p.42) levanta a dúvida a respeito do que será realizado pelos togados na aplicação da Lei quando observarem a “impossibilidade manifesta de pagar a totalidade dessas dívidas de consumo”. Essa situação ainda se encontra em aberto, mas se espera que sejam tomadas decisões coerentes e que permitam a vida digna e restabelecimento desse consumidor no mundo do consumo.

A questão da prevenção do superendividamento deve ser tomada com a sua real importância, mesmo que seja vista como uma forma paliativa de solucionar o problema em escala nacional; o seu devido valor deve ser observado. O Banco Mundial, desde 2012, alerta o mundo sobre o endividamento das famílias, principalmente em países emergentes, pois consumidores endividados viram páreas para o mercado e a massa de endividados prejudica a economia nacional e quiçá global (MARQUES, 2013). Assim, a abordagem tímida do estado brasileiro sobre a educação financeira, colocando como um direito básico do consumidor é uma sistematização protetiva importante, mas que não deve se limitar a essa abordagem, sendo expandida por políticas públicas e privadas (LIMA, 2021).

Atualmente, o país está ainda em processo inicial de inclusão dessas medidas, mas após a aplicação de um plano piloto aos Estado do Ceará, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Tocantins e Distrito Federal, resultados positivos foram alcançados, os quais renderam ao Brasil referência no relatório *The impact of high school financial education - experimental evidence from Brasil*. Essa proposta resultou em um aumento de 21% (vinte e um por cento) no número de alunos que fazem lista



de gastos todos os meses e 1% (um por cento) do nível de alunos que realizam poupanças para o futuro. Assim, serão realizadas conferências sobre a educação financeira em maio, programadas pelo Comitê Nacional de Educação Financeira (Conef), ocorrendo em diversas cidades do país (BRASIL, 2022). Iniciativas que serão bem importantes para análises a longo prazo, uma vez que se pode questionar como tais políticas impactarão na população nos próximos 20 ou 30 anos.

No cenário atual do Brasil existe a necessidade de uma abordagem que vá muito além da educação financeira, pois este método possui o caráter mais preventivo do que reativo. Assim, deve-se utilizar as demais formas previstas na lei para solução de conflitos como a conciliação entre os credores, por meio de núcleos de conciliação e devedores e as repactuações de dívidas e dos planos de pagamento da lei.

O Serasa, grande contribuinte nacional na repactuação das dívidas, como exposto anteriormente, disponibiliza extratos mensais sobre os índices de inadimplência e renegociação de dívidas. Desde o início de sua atuação nacional em maio, os índices de inadimplentes subiram levemente, saindo de 62,98% (sessenta e dois vírgula noventa e oito por cento) para 63,40% (sessenta e três vírgula quarenta por cento). Contudo, essa não é uma forma eficiente de analisar a abordagem desse programa tão importante, visto que a média de renegociações mensais de dívidas por este órgão é de mais de R\$ 3 bilhões e a alta da Selic e da inflação são fatores notórios que não podem ser deixados de lado (SERASA, 2021).

Um dado preocupante da conciliação realizada pelo Serasa é que aproximadamente 1% (um por cento) do público auxiliado por essa iniciativa possui mais de 65 anos; em contrapartida o público mais beneficiado se localiza entre 26 a 50 anos, compondo aproximadamente 71% (setenta e um por cento). Situação que deve ser melhor distribuída, com marketing mais presente para o público idoso e principalmente a somatória da educação financeira para possibilitar que entendam os seus direitos e possam utilizar tanto da repactuação extrajudicial como da repactuação judicial, que será exposta a seguir (SERASA, 2021).

A conciliação é a fase inicial e obrigatória na repactuação de dívidas com os credores na repactuação judicial e deverá ser realizada em bloco, reunindo todos os credores, que deverão ser notificados de forma prévia. Neste procedimento o consumidor apresentará de forma inicial um modelo de pagamento para honrar com as suas dívidas de consumo e preservando o seu mínimo existencial. O conciliador, figura do juiz presente no ato, será responsável por realizar um contrato entre as partes, buscando devolver a dignidade da pessoa natural e ajudar a construir o plano de pagamento (VIAL; LIMA, 2021).



Além disso, o conciliador deve observar se os contratos serão benéficos ao consumidor, principalmente quando estiverem desacompanhados de um advogado para orientá-lo sobre as melhores decisões. A preservação do mínimo existencial é ponto fundamental para eficácia desse modelo, pois caso haja comprometimento exacerbado este consumidor não conseguirá cumprir com as suas obrigações e como consequência o acordo será quebrado, prejudicando os credores e o consumidor e rumando em direção oposta ao objetivo da Lei (VIAL; LIMA, 2021).

Aliado ao cenário da educação financeira, revisão e repactuação de dívidas do consumidor superendividado, tidos como métodos de prevenção, deve se ter a prática do crédito responsável como pilar para que essa Lei seja efetiva e gere resultados a longo prazo, como a diminuição do inadimplemento e superendividamento. Política essa que necessitará de regulações específicas, somadas com os princípios norteadores colocados no CDC como guias presente nos artigos 54-C e 54-D da Lei nº 14.181 de 2021 (MARQUES, 2021).

O crédito responsável é um dos pontos incluídos nessa lei, prevendo a obrigação do fornecedor de crédito de informar e esclarecer todas as implicações dessa contratação de crédito, levando em conta a idade e as consequências do inadimplemento que possa vir a ocorrer a este consumidor (BRASIL, 2021). Some-se a isso a necessidade de o fornecedor de crédito observar os dados da pessoa natural em recursos de proteção ao crédito, fazendo uma análise se esta pessoa precisa mesmo desse crédito, se ela possui capacidade de honrar o pagamento ou se somente será uma forma de afunda-la ainda mais no superendividamento (BRASIL, 2021)

O artigo 54-D da Lei do superendividamento (BRASIL, 2021) prevê que a quebra deste artigo sobre crédito responsável ou a omissão de informações básicas sobre as condições que estão sendo contratadas poderá acarretar mudanças na taxa de juros e encargos necessário. O legislador nesse sentido adotou uma posição bem protecionista ao consumidor, dando a ele uma condição de segurança, visto que cabe ao fornecedor averiguar pontos de segurança sobre o crédito (MARQUES, 2021).

Segundo o Ministro Antonio Herman Benjamin, em decisão sobre o direito à informação no Superior Tribunal de Justiça:

Um dos direitos mais básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no artigo 5º da Constituição de 1988, é a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço (BRASIL, 2012).



Assim, a informação deve ser observada nos contratos de crédito como fato primordial, pois sem estas os consumidores não conseguirão fazer as inferências necessárias para entender se estes instrumentos estão de acordo com o que apreenderam e consideram como positivos.

A diferença de conhecimento entre os contratantes de crédito fará com que os emprestadores se desdobrem para mudar o discurso, adaptando o a cada idade e nível de instrução. No entanto, este deve ser válido com todos os consumidores, adotando o entendimento de auditório universal e particular, ou seja, os vários discursos adotados para consumidores menos instruídos têm que fazer o mesmo sentido para consumidores mais instruídos (ABREU, 2007).

O juiz poderá condenar o responsável pelo fornecimento do crédito a pagar indenizações moral e patrimonial pela quebra do dever de informação; e a redução de taxas e encargos. Ou seja, a informação é um ponto muito importante nas operações de crédito e deve ser visto como tal para os dois lados da operação, mas como as entidades bancárias possuem a capacidade de endividar as pessoas, elas devem seguir a sua função constitucional e prevenir que esta situação ocorra. Logo, os pontos mais importantes para analisar a distribuição de crédito responsável são a informação e a educação financeira pelas partes da relação obrigacional (LIMA; MARQUES, 2021).

O cenário vivenciado pela população brasileira desde 2016 é preocupante, com o alto índice de desempregados, lateralizando até junho de 2020 uma taxa média de 12,5% (doze vírgula cinco por cento). No entanto, com a pandemia do COVID19 ocorreu um aumento expressivo nesse índice chegando a 14,9% (catorze vírgula nove por cento) em agosto de 2020, sem contar os desalentados e subutilizados. Esses dados que ampliam a população em situação de vulnerabilidade financeira, favorecendo a um superendividamento passivo por causa superveniente e a extrema necessidade de aplicação da lei e medidas que vão além da prevenção e repactuação das dívidas, trazendo uma política expansionista para continuar a criação de riquezas nacionais e como consequência, empregos (IBGE, 2021).

Dessa forma, nota-se que a Lei nº 14.181 de 2021 é uma forma essencial para auxiliar a combater o superendividamento em massa na população brasileira e, embora esteja em um cenário bem inicial, observa-se que as mudanças apresentadas na mentalidade dos consumidores e principalmente nos fornecedores de crédito foram sentidas.



Por conseguinte, com a realização da comparação de dados sobre a educação financeira e fundamental no Brasil, fica evidente, portanto, o impacto positivo que esta lei poderá gerar no país. A informação, direito básico do consumidor, somente será efetiva quando o consumidor puder interpretar esses dados e saber quais as melhores decisões para ele no dia a dia e esse cenário somente ocorrerá com a educação de qualidade somada com a educação financeira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade brasileira apresenta dados preocupantes sobre o superendividamento e inadimplemento, resultado de uma política creditória que, a princípio, auxiliou as pessoas com a diminuição dos juros e aumento dos prazos para pagamento. Isso ocasionou na democratização do crédito, possibilitando o acesso a bens que anteriormente eram restritos a certas classes. No entanto, a população brasileira, aliada aos pensamentos modernos, acabou virando vítima do sistema econômico, o qual emprega diferentes métodos para manter a economia em constante movimento, como a distribuição do crédito e as propagandas de produtos e empréstimos.

Esse cenário é agravado pela falta de educação financeira nacional, um problema que não atinge somente o Brasil, mas todo o mundo. Os brasileiros apresentam um desempenho bem baixo em educação financeira e até mesmo em educação formal, cenário que deve ser melhor incentivado por políticas públicas e privadas, uma vez que não existia previsão legal até 2021 de educação financeira nas escolas e os alunos eram forçados a estudarem sozinhos esse tema de grande importância em uma sociedade de consumo.

Neste ínterim, a Lei nº 14.181 de 2021 vem com o objetivo de reverter esse cenário do superendividamento nacional, possibilitando a vida digna dos superendividados e a repactuação de suas dívidas quando estes estiverem endividados e focando na prevenção para que esse cenário não ocorra mais, com o auxílio da educação financeira, de informação claras para os consumidores na hora de adquirirem obrigações de crédito e com a proibição de propagandas predatórias.

Ademais, a educação financeira, ponto fulcral da lei, foi inserida como direito básico de todo consumidor e tornou-se um pilar do Código de Defesa do Consumidor. Essa mudança gera grandes benefícios a população, pois com a educação financeira ela poderá tomar as melhores decisões no caso concreto e entender o passo a passo para solucionar problemas que venham a ocorrer, como o endividamento.



mento de boa-fé, o qual ocorre normalmente por fatos supervenientes. Além disso, dado a educação financeira, o endividamento ativo por consumidores de boa-fé seria mais difícil de ocorrer.

Desse modo, a Lei nº 14.181/21, mesmo sendo bastante recente, já impacta consideravelmente no mercado de crédito e conseqüentemente na educação financeira. O Serasa, grande contribuinte da causa de divulgação de informações para que os consumidores consigam renegociar a suas dívidas, gera um impacto mensal em milhares de pessoa e bilhões de reais em dívidas são renegociados mensalmente, impactando positivamente toda a economia nacional. Logo, a expectativa é que no futuro as políticas públicas de educação financeira continuem gerando frutos e, conseqüentemente, se diminua a taxa de superendividados no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU. *A arte de argumentar: Gerenciando Razão e Emoção*. 10 ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2007.

ANBIMA. *Raio x do investidor brasileiro 5ª edição*. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/especial/raio-x-do-investidor-2021.htm. Acesso em: 05 jan. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. 1º edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

Benjamin, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à Lei 14.181/2021: a Atualização do CDC em Matéria de Superendividamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BERTONCELLO, Karen. *Superendividamento do Consumidor - Mínimo existencial - Casos Concretos*. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. Banco Central do Brasil (BCB). *Séries temporais*. 2010. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. *Conferências sobre educação financeira acontecerão em maio*. Ministério da Educação. GOV.BR. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35987-educacao-financiera>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto>.



gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. INAF. *Analfabetismo no Brasil*. Disponível em: <https://alfabetismofuncional.org.br/alfabetismo-no-brasil/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 09 nov. 2021.

BRASIL. *Pessoa Física - Cartão de crédito rotativo não regular*. Banco Central do Brasil. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?parametros=tipopessoa:1;modalidade:203;encargo:101>. Acesso em: 27 jan. 2022.

BRASIL. *PNAD Contínua- Pesquisa nacional por amostra de Domicílios Contínua*. IBGE. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 05 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1.261.824-SP, 2ª turma*. Agravante: Brasil Telecom S/A. Apelada: Estado do Pará. Relator: Ministro Antonio Herman Benjamin. Distrito Federal, 12 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1828620&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 20 mar. 2020

CAMPOS, Ana Cristina. *CNC: Brasil encerrou 2021 com recorde de endividados: famílias recorreram mais ao crédito para sustentar o consumo*. 18 de jan. 2022. Agência Brasil. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/cnc-brasil-encerrou-2021-com-recorde-de-endividados>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CNDL BRASIL. *45% dos brasileiros não controlam as próprias finanças, mostra*

pesquisa sobre educação financeira do SPC Brasil e CNDL. 29 jan. 2018. Disponível em: <https://site.cndl.org.br/45-dos-brasileiros-nao-controlam-as-proprias-financas-mostra-pesquisa-sobre-educacao-financeira-do-spc-brasil-e-cndl/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

DEMERTZIS, Maria. *Financial Literacy: An necessary ingredient for financial robustness*. Bruegel. Disponível em: https://cfrr.worldbank.org/sites/default/files/2020-02/01_0.pdf. Acesso: 24 jan. 2022.

GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: um fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis- soluções judiciais eficazes. In MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli, LIMA; Clarissa Costa de. *Direito do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KILBORN, Jason J. I. Estudos de direito comparado sobre superendividamento- Comportamentos econômicos, superendividamento. Estudo comparativo de insolvência do consumo: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli (coord). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli. *Direito do consumidor endividado: superendividado e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. *Nota sobre as conclusões do Banco Mundial em matéria de superendividamento dos consumidores pessoas físicas*. Revista Direito do Consumidor, vol. 89/2013, set.-out./2013

MORA, Mônica. *A Evolução do crédito no Brasil entre 2003 e 2010*. IPEA, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3537/1/td2022.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

PELLEGRINO, Fabiana Andréia de Almeida Oliveira. *A tutela em face do superendividamento na perspectiva de uma hermenêutica contemporânea das relações de consumo*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de



Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, 2014.

PFEIFFER, Roberto Castellano. Prefácio. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Comentários à Lei 14.181/2021: A atualização do CDC em matéria de superendividamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ed. Porto Alegre.: Livraria do Advogado, 2011

SERASA. *Mapa da inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil julho de 2021*. Serasa.com. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/Ino/static-webfiles/wallet/Mapa%20da%20Inadimpl%3%AAncia%20e%20Renegocia%3%A7%C3%A3o%20de%20D%C3%ADvidas%20no%20Brasil%20julho%202021.pdf> . Acesso em: 03 jan. 2022.

SERASA. *Mapa da inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil agosto de 2021*. Serasa.com. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-da-Inadimple%CC%82ncia-e-Renegociac%CC%A7a%CC%83o-de-Di%CC%81vidas-no-Brasil-agosto-2021.pdf> . Acesso em: 03 jan. 2022.

SERASA. *Mapa da inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil setembro de 2021*. Serasa.com. Disponível em: https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-da-Inadimplencia-Setembro_aprovado-compactado.pdf . Acesso em: 03 jan. 2022.

SERASA. *Mapa da inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil outubro de 2021*. Serasa.com. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-da-Inadimplencia.pdf> . Acesso em: 03 jan. 2022.

SERASA. *Mapa de inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil junho de 2021*. Serasa.com. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-da-Inadimple%CC%82ncia-e-Renegociac%CC%A7a%CC%83o-de-Di%CC%81vidas-no-Brasil-junho-2021.pdf> . Acesso em: 3 jan. 2022.

SERASA. *Mapa de inadimplência e Renegociação de Dívidas no Brasil maio de 2021*. Serasa.com. Disponível em: <https://www.serasa.com.br/assets/cms/2021/Mapa-de-Inadimple%CC%82ncia-no-Brasil.pdf> . Acesso em: 03 jan. 2022.

WILLIAMS, Toni. Quem quer ver? Um comentário sobre o novo paradigma internacional de regulação do mercado de crédito ao consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de. *Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.



A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES A PARTIR DO FENÔMENO DO CHAMADO “APAGÃO DAS CANETAS”

*THE NEW ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW: REFLECTIONS
FROM THE PHENOMENON OF THE CALLED “BLACKOUT OF
PENS”*

*Matheus Santos Mendonça**

*Matheus Silva de Carvalho***

Resumo: O presente artigo analisa a reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Nº 8.429, de 1992) engendrada pelo Poder Legislativo através da Lei Nº 14.230, de 2021, a partir do fenômeno conhecido no meio doutrinário e jurisprudencial na Administração Pública como “apagão das canetas”. Para tanto, valendo-se da pesquisa bibliográfica e de dados estatísticos, o artigo parte dos fundamentos jurídicos das noções de probidade e de moralidade para contextualizar o histórico da legislação de improbidade no ordenamento brasileiro para demonstrar que o panorama de aumento do punitivismo no Brasil — que parte da própria legislação, do comportamento dos órgãos fiscalizadores e do Poder Judiciário — em repercutido negativamente sobre o desempenho do gestor público, mitigando assim a eficiência administrativa. Dessa forma, o artigo tem como objetivo, primeiramente, lançar prospectos sobre a repercussão da novel alteração legislativa na dinâmica da Administração Pública, com vistas a elucidar o potencial transformador do arcabouço de inovações por ela apresentadas sobre a problemática do “apagão das canetas”. Além disso, buscar-se-á demonstrar que a nova sistemática poderá equilibrar a prerrogativa estatal de fiscalizar e punir com uma atuação flexível e criativa por parte dos gestores públicos.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Moralidade. Apagão das canetas. Administração Pública. Eficiência.

*Graduando do 6º período em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7752419229042237>. E-mail: matheus.mendoncadir@gmail.com.

** Graduando do 6º período em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6118410754910065>. E-mail: matheus.nogcarvalho@gmail.com.



Abstract: This article analyzes the reform of the Law of Administrative Impropriety (Law No. 8.429 of 1992) engendered by the Legislative Branch through Law No. 14.230 of 2021, based on the phenomenon known in the doctrinal and jurisprudential milieu of Public Administration as the “blackout of pens”. For this purpose, making use of bibliographic research and statistical data, the article starts from the legal foundations of the notions of probity and morality to contextualize the history of the misconduct legislation in the Brazilian legal system to demonstrate that the panorama of increase in punitivism in Brazil – which starts from the legislation itself, the behavior of the oversight authorities and the Judiciary – has had negative repercussions on the performance of the public manager, thus mitigating the administrative efficiency. Thus, the article aims first to share another perspective on the impact of the new legislative changes in the dynamics of public administration, in order to clarify the potential transformative framework of innovations presented by it on the problem of the “blackout of pens”. In addition to that, it will be sought to demonstrate that the new system can balance the state prerogative to supervise and punish with a flexible and creative performance by public administrators.

Keywords: Administrative Improbability. Morality. Blackout of pens. Public Administration. Efficiency.

1. INTRODUÇÃO

A prática de atos ímprobos está associada a comportamentos contrários à moralidade administrativa por parte de agentes públicos e de particulares em suas relações com o Estado que, desvirtuando-se dos princípios cardeais que regem as relações e os atos da Administração Pública, desatendem o interesse da coletividade sob a luz do princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal. Partindo desta premissa, o presente artigo busca analisar os desdobramentos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que altera a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), sobre o fenômeno denominado “apagão das canetas”.

A conduta supramencionada se refere às práticas de agentes públicos que, diante de um controle excessivo, deixam de implementar certas possibilidades de atuação inovadora conferidas pela lei ante a série de responsabilizações advindas com a fiscalização dos órgãos de controle. Nesse sentido, considerando que os principais problemas da sociedade só podem ser corrigidos e aperfeiçoados por meio da implementação de projetos, estudos e da tomada de decisão, tem-se que um administrador amedrontado pode causar prejuízos à sociedade equivalentes ou até mesmo maiores do que aqueles que praticam atos ímprobos.

Em atenção a esta problemática atual e relevante, buscar-se-á apontar em que medida as alterações legislativas sobre a Lei de Improbidade poderão equacionar uma atuação criativa e voltada ao aperfeiçoamento de direitos constitucionalmente garantidos com o necessário controle que deve incidir sobre o atuar da Administração.

Assim, valendo-se da pesquisa bibliográfica com o escopo de elucidar os aspectos mais relevantes acerca do tema, sem o intento de esgotar a discussão, os seguintes tópicos apresentarão as premissas em torno de moral e probidade enquanto fundamentos do sistema de combate à improbidade administrativa, o contexto de formação de tal regramento, as repercussões do modelo adotado até o advento da reforma e do enrijecimento nas sanções sobre o quadro de paralisia dos agentes públicos lato sensu, bem como os caminhos pelos quais a inovação legislativa poderá contribuir com a efetivação de direitos e com a manutenção dos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente os da moralidade e da eficiência administrativa.

2. A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O QUADRO DE “APAGÃO DAS CANETAS” NO BRASIL: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS

2.1 A PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO ALEGORIA DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Para que possamos compreender melhor as inovações provenientes da Lei nº 14.230, de 2021, bem como seus impactos no cenário político-jurídico brasileiro e a relevância da discussão de seus noveis dispositivos, é fundamental a exposição das premissas acerca da ideia de probidade na Administração Pública, a qual se liga intimamente à relação entre direito e moral.

A priori, é importante considerar que, a partir da virada paradigmática ocorrida entre os séculos XVIII e XIX – na qual os ideais iluministas relativos à universalidade dos direitos à liberdade e à igualdade formais ganharam robustez na filosofia política e no direito –, foi possível perceber que a compreensão acerca da moral se tornou sobremodo abstrata, afastando-se de sua concepção tradicional vinculada às contingências particulares dos indivíduos. Destarte, a moral moderna, sendo abstrata e universal, não poderia impor, *per se*, comportamentos obrigatórios aos indivíduos que a concebiam, ponto “em que o direito, ao recepcionar o abstrato conteúdo moral, fornece à moral maior densidade e concretude, recebendo da moral, por sua vez, legitimidade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 72-73).



Nessa senda, considerando que os valores morais legitimados pelo Direito passam a se destinar tanto aos particulares em suas relações privadas, quanto ao Estado moderno em suas relações com os indivíduos, em tais relações jurídicas estes mesmos valores passam a se submeter aos “preceitos do direito e da moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo” (MEIRELLES, 2016, p. 90).

Assim, partindo-se da ideia de que a finalidade institucional do Estado se apoia no atendimento do interesse da coletividade – e não mais na vontade do monarca que ocupava o trono no antigo regime absolutista –, tem-se que, nos regimes democráticos, o funcionamento do Estado passa, impreterivelmente, pelo império da lei e pelos princípios existentes no ordenamento jurídico, os quais conduzem e delimitam a atuação de seus agentes.

Nessa lógica, revela-se pertinente o entendimento de Hely Lopes Meirelles (2016) quanto aos reflexos desta virada semântica, eis que, valendo-se dos preceitos do jurista francês Maurice Hariou, o autor leciona que a moralidade administrativa não diz respeito somente à distinção entre o bem e o mal, mas funda-se ainda na ideia geral de administração e de função administrativa, compondo assim, junto da legalidade e da finalidade, os pressupostos de validade e de legitimidade dos atos da administração. Desse modo, ganha vigor a ideia de moral jurídica enquanto fundamento da conduta do agente estatal no desempenho de suas funções.

Sob esta ótica, faz-se necessário entender o modo pelo qual a doutrina pátria preleciona a relação entre a moral administrativa enquanto referencial axiológico e a ideia de probidade.

Como destaca Carvalho Filho (2018, p. 1211), a doutrina procura fazer distinção entre as ideias de probidade e de moralidade afirmando que a probidade seria subprincípio da moralidade, ponto em que o sentido da primeira seria mais abrangente do que aquele conferido à segunda.

Por esse ângulo, a moral vincula o padrão de conduta do indivíduo, tornando-o probo, honesto, o que guarda forte relação com a origem da ideia de “probidade”:

A probidade é própria do indivíduo probus, que tem retidão de conduta, honradez, lealmente, integridade, virtude e honestidade. Já a improbidade vem o latim *improbitas*, que significa desonestidade, mau caráter, má conduta, e possui derivação moral, relacionada aos costumes e à própria ética (MARQUES et al, 2016, p. 342).

Contudo, a par do entendimento de Maria Sylvia Di Pietro (2019), nota-se que existe uma equivalência entre os termos, a qual é determinada pela Constituição Federal de 1988. Assim, ao preceituar a moralidade como princípio (art. 37, caput) e a improbidade como lesão à moralidade (art. 37, § 4º), a Constituição indica que “o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1212).

Assim, o legislador constituinte, ao elaborar a Carta de 1988, não se esquivou da necessidade de tornar a probidade administrativa um dever *prima facie*, a incidir sobre a Administração Pública. Por isso, o art. 37, §4º da CF/88 passou a dispor que os atos de improbidade administrativa importam na suspensão dos Direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em que pese as diversas regras anteriores ao texto constitucional que já buscavam preservar a atuação da administrativa de atos ímprobos¹, tal disposição foi o ponto de partida para um aprimoramento da legislação relativa ao tema. Nesse sentido, a constitucionalização da moralidade e da probidade enquanto referenciais da atuação administrativa foi “um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público” (DI PIETRO, 2019, p. 1792).

Tendo por base a discussão em torno do caráter principiológico dos ideais de probidade e moralidade a partir das disposições da Constituição de 1988, cumpre agora explanar de que modo esse arranjo principiológico formatou a legislação e sua correspondente aplicação por parte dos órgãos jurisdicionais e de controle, bem como as consequências advindas com a formação de um direito sancionador no ordenamento brasileiro sobre o comportamento dos gestores públicos.

2.2 O SURGIMENTO E OS DESDOBRAMENTOS DA LEGISLAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ANTERIOR À LEI Nº 14.230/21

Como se sabe, no contexto de promulgação da Lei nº 8.429, de 1992, o ex-presidente Fernando Collor havia chegado ao poder com o mote de “caçador de mara-

¹ Como exemplo, as Leis nº 3.164, de 1957 e 3.502, de 1958, que previam, respectivamente, a hipótese de sequestro e perda de bens adquiridos por servidor público em decorrência de abuso de cargo ou função pública e a regulamentação das referidas medidas em casos de enriquecimento ilícito por abuso de cargo ou função. Ademais, a atual Lei de Crimes de Responsabilidade cometidos por autoridades como o Presidente da República (Lei 1.079, de 1950) já definia, há mais de meio século, os crimes contra a probidade na Administração (art. 9º).



jás” (MANHANELLI; QUEIROZ, 2009, p. 250) e a promessa de combate aos desvios na Administração Pública, fato que influenciou o processo de regulamentação do art. 37, 4º, da Constituição de 1988.

Sob este espectro, a Lei nº 8.429, de 1992 surgiu no ordenamento pátrio com o nítido escopo de imputar sanções mais rígidas sobre os atos que implicassem não só o enriquecimento ilícito, mas que, além disso, gerassem prejuízos ao erário e atentassem contra os princípios da Administração Pública, direcionamento que é possível captar em trecho de sua exposição de motivos, de 14 de agosto de 1991:

Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito (BRASIL, 1991, p. 74).

Posteriormente ao surgimento da Lei de Improbidade, outras inovações normativas vieram robustecer a sistemática de contenção às práticas deslocadas, a exemplo da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), que dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade com vistas a proteger a probidade e a moralidade no exercício do mandato eletivo, e da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contrários à Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Todas essas novidades representaram uma resposta do legislador aos recorrentes casos de corrupção no âmbito da Administração brasileira, cometidos tanto pelos representantes políticos, quanto pelos demais agentes públicos em suas atribuições.

Demais disso, medidas como a possibilidade de perda da função pública e de suspensão de Direitos políticos (art. 14) e o ajuizamento de ações de ressarcimento ao erário e de indisponibilidade de bens revelam, respectivamente, as naturezas cível e eleitoral da sistemática de Lei nº 8.429, de 1992, o qual não tem natureza penal. Ademais, sua incidência é ampla, e abrange todos os agentes públicos que praticam atos ímprobos, incluídos os servidores públicos em geral, os agentes colaboradores e todos os terceiros que concorrem para a prática ou extrai vantagens indevidas dos atos ímprobos (CARVALHO FILHO, 2018).

Um ponto central da sistemática anterior à reforma em estudo é o fato de que os atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º ao 11 da Lei nº



8.429/92 eram exemplificativos, ou seja, condutas alheias àquelas previstas na lei também podiam ser encaradas como atos de improbidade. Outrossim, a imputação da prática de tais atos, danosos à Administração Pública, demandavam a configuração de elemento subjetivo por parte do sujeito ativo na modalidade dolosa ou culposa, sendo que, quanto às práticas dolosas, a jurisprudência dos tribunais superiores já havia estabelecido a possibilidade de serem realizadas sem o fim específico de atentar contra a probidade administrativa, ocasião em que o dolo seria genérico. Quanto à não-taxatividade do rol das condutas e a mera comprovação de dolo genérico:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. ILÍCITO DECORRENTE DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO GENÉRICO E NÃO DE DOLO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ENUMERAÇÃO JUDICIAL EM NUMERUS CLAUSUS DE HIPÓTESES QUE CONFIGURAM TAL MODALIDADE DE IMPROBIDADE. ADMISSIBILIDADE DE ROL À TÍTULO EXEMPLIFICATIVO. EMBARGOS PROVIDOS. DOLO GENÉRICO E MÁ-FÉ NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Está pacificada a jurisprudência do STJ no sentido de que, para configurar ato de improbidade na Lei nº 8.429/92, inclusive por ofensa a princípio da administração (art. 11), não se exige dolo específico, bastando o dolo genérico. Este, como sabido, verifica-se quando o agente realiza voluntariamente o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente finalidade específica de agir. (...) (STJ – EREsp 1.193.248/MG - 2014/0220396-7, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 26/06/2019, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 18/12/2020).

Tal arranjo já era objeto de críticas por parte da doutrina, podendo citar, *verbi gratia*, a posição de juristas como Benedito Gonçalves e Renato Grilo (2021, p. 476), que ressaltam a necessidade de “configuração de uma efetiva ação reprovável do ponto de vista subjetivo, analisando-se a atuação do agente e as circunstâncias que envolvem o fato concreto” na apuração e julgamento das condutas, bem como de Zaiden Neto e Marcelo Mazzia (2020, p. 153), que apontam como exemplos do excesso de punitivismo na jurisprudência justamente a “extensão interpretativa do conceito de dolo genérico para tipificação das condutas do art. 11”.

Por conta dessa intensificação no combate às práticas de improbidade, houve assim a abertura de margens para ações igualmente prejudiciais ao interesse coletivo, levadas a cabo com base nas disposições abertas da legislação e nos entendimentos judiciais.

Este cenário produziu reflexos tanto na cominação de sanções (que já tinham conotação sobremodo rígida), quanto na intervenção por parte dos agentes fiscalizadores, sobrecarregando o Judiciário com ações de improbidade (DI PIETRO, 2019) a fim de se atender aos imperativos do combate à corrupção no bojo da Administração.



O aumento sugerido por Di Pietro parece ter algum sentido ao aquilatarmos o número de julgamentos no Poder Judiciário em matéria de improbidade. De acordo com dados colhidos pelo Instituto Não Aceito Corrupção (INAC) em 2017, entre os anos de 1995 e 2016 houve 11.607 condenações definitivas por atos de improbidade administrativa, punidos nos termos da Lei nº 8.429, de 1992, relativas a cerca de 6.806 processos que tramitaram no Judiciário no período (INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO, 2017).

Já no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), um estudo realizado pelo Infra2038 em 2019 sugeriu um aumento exponencial no número de condenações de agentes políticos e servidores na Corte de Contas por irregularidades em procedimentos licitatórios e na aplicação de recursos e pela ausência de prestação de contas, passando de 250 por ano em 2000, para cerca de 1500 por ano, após 2017, em processos que duram, em média, sete anos para serem instaurados e cinco anos para serem julgados, o que indica, conforme a pesquisa, que

houve efetivamente um aumento na frequência e na severidade da fiscalização nas últimas décadas. Notou-se que o gestor pode vir a ser responsabilizado por atos ocorridos há mais de década, e sofrer a incerteza de um processo pendente por vários anos adicionais (CARNEIRO; CAJAL, 2019, p. 39)

Além disso, esse quadro resultou em um afastamento do administrador das possibilidades de experimentar novos meios de efetivação de direitos e políticas públicas, posto que suas ações passavam a ser “vigiadas de perto por um número cada vez maior de controladores, cada um deles bastante interventivo” (JORDÃO, 2018, p. 143).

A tensão sobre este ponto se acentuou desde a aprovação da Lei nº 13.655/2018, a qual alterou a redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), visto que sua promulgação trouxe uma série de dispositivos sobre a segurança jurídica e sua eficiência na aplicação do direito público, ensejando críticas por parte de membros dos órgãos de controle em diálogo público promovido pelo Tribunal de Contas da União (TCU) naquele contexto (BRASIL, 2018).

Neste ponto, merece destaque a criação dos arts. 22^o e 28 da LINDB, os quais preveem, respectivamente, as diretrizes para interpretação de normas sobre gestão pública e a chamada cláusula geral do erro administrativo. Isto porque, diferentemente do que dispunha a redação do texto original, a qual empregava o conceito de dano presumido para imputar sanções quando houvesse ofensa aos princípios da Administração, tais alterações fizeram com que o agente público passasse a



responder por suas decisões ou opiniões técnicas apenas em casos de dolo ou erro grosseiro.

A mudança na orientação da aplicação de normas relativas à improbidade acentuou então um debate acerca do fenômeno do “apagão das canetas” na Administração brasileira e encetou caminhos para a conciliação entre a inovação, enquanto faceta da eficiência, e o combate à corrupção, como medida assecuratória da probidade.

Cumpra então explicar o que seria este fenômeno no tópico seguinte, apontando sua relação com as principais modificações da nova sistemática.

2.3 O PUNITIVISMO E A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: OS PRESSUPOSTOS DA LEI Nº 14.230/21 E O FENÔMENO “APAGÃO DAS CANETAS”

Como é sabido, a tarefa de administrar recursos públicos e implementar direitos fundamentais por meio de políticas públicas não é tão simples quanto se prevê, visto que, a todo tempo, os agentes públicos se deparam com dificuldades ligadas ao cenário político, econômico e social que são inerentes à atuação estatal. Nesse sentido, ao demandar a adoção de soluções que sejam, a um só tempo, inovadoras, céleres e eficientes, tal gestão por parte dos agentes públicos tem a complexa tarefa de “tomar as decisões necessárias aos desafios de seu tempo, interpretando as normas jurídicas para o desenho de soluções sem referencial em modelos ou fórmulas sacramentadas” (PALMA; ROSILHO, 2021, p. 47).

Neste ponto surge uma inflexão: como proceder com uma atuação eficiente e criativa, nos termos demonstrados, e, ao mesmo tempo, atuar em estrita consonância com os mandamentos legais e seus pressupostos morais?

Com base neste questionamento surge o “apagão das canetas”, fenômeno relacionado ao receio ínsito aos gestores públicos de sofrerem com processos por improbidade administrativa ao decidirem de determinado modo.

A origem da expressão “apagão das canetas”, sinônimo para o fenômeno de paralisia decisória, tem suas raízes diretamente ligadas ao ramo do Direito Adminis-

² Nota-se o forte direcionamento na previsão do referido artigo com vistas a afastar decisões judiciais e administrativas que não levem em conta, sua fundamentação, os percalços inerentes ao exercício do cargo: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos Direitos dos administrados”.



trativo do medo. O fenômeno de interação entre o medo e o Direito Administrativo fez com que a expressão fosse utilizada pela primeira vez em 2015, por Rodrigo Valgas dos Santos, durante o II Congresso da Advocacia Sul Catarinense (SANTOS, 2021).

A partir de então, o termo passou a ser utilizado por juristas em diversas publicações e obras acadêmicas, bem como no meio judicial, para se referir às consequências de medidas de controle desproporcionais e disfuncionais sobre os agentes públicos e sobre a eficiência de seus trabalhos, fenômeno que tem ganhado reconhecimento por parte dos aplicadores da lei.

Como exemplo, tem-se o Ministro Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União (TCU), que, ao se pronunciar sobre o “apagão das canetas”, asseverou que o desequilíbrio entre gestão e controle provoca no gestor público um “temor semelhante ao de cobranças inseguras educadas por pais opressores” (DANTAS, 2020, p. 275).

Tal visão, assim, está relacionada à ideia de que os órgãos de controle têm tido postura sobremodo incisiva sobre o atuar dos gestores, aplicando, por vezes, punições desproporcionais, afastando assim o gestor de suas atribuições características e fazendo com que a delegação e a postergação de decisões sejam comumente observadas.

Nesse sentido, ao contrário do que se pode imaginar, a paralisia não decorre do puro estado de indecisão por parte dos agentes públicos. A não-decisão por parte dos agentes advém do medo que suas escolhas podem provocar, posição que se torna mais atrativa aos olhos de quem detém “as canetas”, ou seja o poder decisório.

Por tal motivo, o fenômeno não pode ser encarado como um padrão de conduta de indecisão, porque não há. Não decidir é, propriamente, uma forma de demonstrar decisão, uma vez que os impactos resultantes de escolhas ruins podem acarretar prejuízos pessoais ou a terceiros e a não desejada responsabilização pelas condutas, situação tem como corolário uma gestão descompromissada e, por vezes, inerte.

Quanto a este receio, pontua Fernando Vernalha (2016, n.p):

Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”.

Os reflexos práticos deste fenômeno têm sido prejudiciais ao bom funcionamento da máquina pública, afetando em muito a eficiência, introduzida como princípio através da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Isto porque, tendo por base a necessidade de presteza e ponderação dos desdobramentos da atividade estatal sobre a vida dos administrados, tal princípio também norteia o desenrolar das atividades do Estado brasileiro, ponto em que se relaciona, por exemplo, com o custo-benefício da implementação de políticas públicas, com a utilidade e a necessidade de determinadas decisões administrativas e com o grau de intervenção do Estado nas relações privadas.

A partir desse panorama, é possível notar a forte ligação entre o fenômeno e a tendência já ressaltada de aumento nos mecanismos de controle e do fortalecimento da legislação de combate aos desvios e à corrupção, práticas recorrentes em demasia nos últimos anos nas relações públicas interna corporis e nas relações do Poder Público com particulares que caracterizam patente violação ao princípio da eficiência da Administração Pública.

Para mais, o surgimento da pandemia da COVID-19 provocou uma tensão ainda maior entre a necessidade de uma atuação eficiente do poder público na prestação de serviços e as suspeitas de desvios, especialmente na compra de equipamentos e na contratação de profissionais de saúde para o enfrentamento da doença. Quanto a este cenário, pertinente é a observação feita por Rodrigo Valgas antes mesmo do avanço da crise sanitária:

A crise da Covid-19 irá agudizar uma crise que há muito tempo estamos passando nas relações entre controle externo e agentes públicos. Temos duas alternativas: i) continuarmos com os parâmetros tradicionais de controle, que irão ampliar exponencialmente a responsabilização dos agentes públicos pelos atos administrativos praticados durante o combate à pandemia; ou ii) repensarmos drasticamente o modo de fazer controle externo no Brasil e, de uma vez por todas, implementarmos as inovações da LINDB (SANTOS, 2021, p. 156).

Assim, no que pareceu uma resposta ao inegável problema relacionado às práticas desviadas e à tendência punitivista que se insuflou como resposta a tal desvirtuamento, o Legislativo brasileiro, também com o escopo de dar concretude à sistemática de preservação da segurança jurídica e da inovação que havia sido implementada nas normas gerais da LINDB, passou a discutir o projeto de Lei nº 2.505, de 21 (antigo PL nº 10.887, de 2018), que viria a ser publicada em 25 de outubro de 2021 como a Lei nº 14.230.



Nesse mesmo diapasão, tais impressões guardam relação com a justificativa do Projeto de Lei original da Lei nº 14.230/21, que direcionou as alterações propostas para a salvaguarda da moralidade administrativa “levando em consideração o cenário econômico e político em que o Brasil se encontra” (BRASIL, 2018), bem como as mudanças ocorridas na sociedade e nos entendimentos jurisprudenciais relacionados à preservação da segurança jurídica das decisões. Ademais, reforça tal ideia o fato de que sua apresentação pelo deputado Roberto de Lucena (PODEMOS) ocorreu poucos meses após as já citadas alterações na LINDB.

Com efeito, chamam atenção as alterações quanto: a) à exigência da comprovação de dolo específico para a configuração do ato de improbidade previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (art. 1º, §§1º, 2º e 3º), o que afasta a responsabilização à título de culpa; b) a taxatividade das situações relativas aos atos que importem ou atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11); c) a positivação do nepotismo, até então objeto de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), no inciso XI, e da ofensa à previsão do art. 37, §1º, da CF/88, no inciso XII, ambos do art. 11 da Lei de Improbidade, e d) as alterações promovidas no art. 12 do diploma legal, que representaram variações no patamar reprimendas relativas aos atos de improbidade.

De modo geral, as mudanças atinentes ao elemento subjetivo e à conformação das condutas e das penas revelam que as previsões no regramento pareciam estar desalinhadas com o seu sentido de existir, pois, como ressaltado anteriormente, as condutas de improbidade importam em uma desonestidade deliberada, praticada com o fito de violar o padrão de conduta ético que deve guiar a atuação estatal em suas relações na prestação de serviços e no exercício de suas prerrogativas, o que demanda uma apuração que vise os atos em que o desvio de finalidade é aspecto central na conduta do gestor.

Assim, a reforma trouxe uma nova abordagem das condutas passíveis de punição. No molde anterior da lei, as condutas tidas como ímprobadas eram muito abrangentes, fazendo com que os gestores públicos fossem enquadrados em condutas de improbidade, mesmo sem praticar atos desvirtuados, que objetivassem o locupletamento ou a satisfação pessoal.

Atento a esse viés enrijecido, o Legislador alterou os parâmetros de imputação, que passaram a se submeter expressamente aos princípios constitucionais do direito sancionador (art. 1º, §4º), a exemplo da presunção de inocência, da proporcionalidade, da lesividade, etc.



Por conta disso, certas disposições intensificaram a necessidade de comprovação do cometimento dos ilícitos e do cumprimento dos requisitos intrínsecos às condutas, como é o caso dos §§ 1º e 4º do art. 11, que, agora, exigem a prova do fim de obter proveito ou benefício indevido (fim específico), bem como a ocorrência de lesão relevante, nos casos de atos contrários aos princípios da administração.

É possível vislumbrar que, além de buscar a compatibilização do direito sancionador e das normas sobre improbidade com o ordenamento, a mudança foi uma resposta às práticas de abuso por parte de órgãos controladores e ao engessamento provocado.

Neste ponto, cabe destacar o caso do Delegado Federal Mário Renato Castanheira Fanton, denunciado no âmbito da operação Lava-Jato por improbidade administrativa e administrativamente em processo disciplinar ao contestar supostas práticas irregulares na força-tarefa, tendo sido absolvido das acusações ante a fragilidade de provas, o que não deixou de lhe acarretar um forte desgaste no exercício de suas atribuições (SANTOS, 2021).

Independentemente da verossimilhança dos fatos narrados pelo agente, fato é que o Estado, ao exercer suas prerrogativas na persecução de ilícitos civis, “deve trazer para a sociedade a segurança de que não perseguirá pessoas ou grupos com a propositura de ações temerárias, que trazem no seu âmago o espírito da perseguição ou da vingança política” (MATTOS, 2005, p. 31).

Justamente por isso, para além da disposição na Lei nº 8.429, de 1992, que criminaliza a representação por ato de improbidade contra agentes ou terceiros quando o autor da denúncia conhece a inocência do acusado (art. 19), é bem-vinda a reforma nos pontos em que busca conferir maior precisão às condutas que devem ser objeto de investigação e processamento, eis que conferirão melhores critérios para que a imputação ocorra de modo mais imparcial, técnico e ético, sendo mais um aspecto favorável à atenuação do “apagão das canetas”.

Com efeito, não há sentido na implementação de uma sólida política de combate à corrupção que, visando inibir práticas ímprobas e ilícitas, se valha de desmandos para dar cumprimento à legalidade e aos princípios da Administração, o que, ao fim e ao cabo, acaba por ferir diametralmente às mesmas normas e valores por ela legitimados no âmbito do Poder Público.

Logo, a partir da análise dos membros que compõem os órgãos controladores a respeito das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, bem como dos intérpretes em seu exercício hermenêutico em torno da aplicação da referida



lei, novas estratégias de combate à corrupção poderão ser adotadas com vistas a inibir o potencial lesivo das condutas ímprobas, sem que esse “eficientismo” (MAIA FILHO, 2015) se torne um ponto de partida para uma escalada de violações às garantias fundamentais que a Constituição também confere aos agentes públicos.

Assim, o quadro de “apagão de canetas” gerado por um controle excessivo também será aspecto chave a sofrer transformações com uma aplicação otimizada da legislação sobre improbidade, sendo uma oportunidade de livrar dos riscos jurídicos aquelas decisões que, embora sensíveis, representem um avanço na gestão pública e na integridade da operatividade estatal (VERNALHA, 2018).

2.4 O PROSPECTO ACERCA DA INOVAÇÃO LEGISLATIVA E AS CONTROVÉRSIAS PONTUAIS A SEREM ENFRENTADAS

Conforme apontado, o presente artigo não visa o esgotamento da análise dos impactos das mudanças da Lei nº 14.230, de 2021, sobre o fenômeno do “apagão das canetas”, tampouco da discussão em torno das várias alterações promovidas na lei, posto que se trata de extensa reforma material e processual acerca do tema da improbidade.

Noutro giro, trata-se, tão somente, de lançar prospectos em torno do impacto legislativo sobre as contingências vindouras que despontam sobre a rotina dos agentes públicos e dos órgãos de controle, mesmo porque serão estes envolvidos que deverão, com o passar do tempo, avaliar internamente os resultados advindos sobre a eficiência no cumprimento de seus deveres. Isso certamente ajustará a aplicação da legislação de improbidade com a efetivação dos princípios da moralidade/probidade e da eficiência, especialmente no contexto de crise sanitária, política e econômica que o país atravessa.

Logo, cabe tecer algumas controvérsias que encetarão a discussão a partir do presente momento no meio doutrinário e jurisprudencial a respeito das mudanças estudadas neste artigo e de outras – que também constam na nova lei, porquanto estas também poderão influenciar a dinâmica de ações e reações relacionadas à responsabilização dos agentes fiscalizados e fiscalizadores e gerar, com base no princípio da proporcionalidade, a concretização harmoniosa da proibição do excesso e da proibição da proteção deficiente quando da apuração da gravidade dos fatos.

Neste aspecto, nota-se que as alterações ocorridas no art. 12 da lei não parecem ser direcionadas somente ao asseguramento da eficiência e da segurança

jurídica na aplicação da norma. Em verdade, apesar de ter mantido a independência entre as sanções penais, civis e administrativas e a possibilidade de cumulação das penas por improbidade, o legislador incorreu em uma incoerência ao determinar, no §1º do art. 12, que a perda do cargo do agente que pratica o ato se dará apenas quanto ao cargo que ocupava no momento da prática do ilícito, restando, excepcionalmente, a determinação para estendê-lo aos demais vínculos que o agente guarde com a Administração quando houver a hipótese de enriquecimento ilícito.

Ora, considerado a série de mudanças já expostas (especialmente aquelas nos arts. 1º e 2º, quanto ao dolo específico) e que várias delas tendem a contornar o problema relativo à apuração dos atos de improbidade, a exemplo das perseguições políticas ao gestor criativo – o que tem contribuído para um “apagão de canetas”, não há sentido em flexibilizar a medida que rompe totalmente o vínculo da Administração com um agente público que se comporta contrariamente (e ressalte-se, dolosamente) ao interesse público.

Ainda que não exerça o cargo no qual cometeu o ilícito, restando comprovada a prática, não há que se cogitar que o mesmo servidor se portará de modo probo e honesto nos demais cargos. Não sem motivo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem posição firme e acertada no sentido de que a sanção de perda da função tem o objetivo principal de extirpar da Administração aquele que exhibe conduta inidônea. Veja-se a ementa do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/92. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO; PAR METROS: EXTENSÃO DOS DANOS CAUSADOS E PROVEITO OBTIDO. SÚMULA 7/STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. Hipótese em que o Tribunal deixou de condenar o agente na perda da função pública, sob o fundamento de que o mesmo não mais se encontrava no exercício do cargo, no qual cometeu os atos de improbidade administrativa. 2. A Lei nº 8.429/92 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida. 3. A sanção de perda da função pública visa extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível [...] (STJ – Resp: 924.439/RJ – 2007/0020069-2, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 06/08/2009, Segunda Turma, Data de Publicação 19/08/2009). Grifo nosso.

Além do consectário apontado relativo às penas, possível cogitar que a valorização da segurança e da precisão vislumbrada nas alterações nos parâmetros de aplicação da lei conferiram ao legislador a possibilidade de ajustar os patamares e a incidência das sanções concernentes às práticas de improbidade, fazendo com



que a gravidade da conduta seja critério primordial na aplicação proporcional e razoável das penalidades.

Por fim, cabe mencionar que o Ministério Público Federal (MPF) se manifestou durante o seminário de Retrocessos no Combate à Improbidade Administrativa, suscitado pela Câmara de Combate à Corrupção (5CCR/MPF), quanto à retroatividade da reforma. Sobre este ponto, a diretriz inicial do órgão superior do MPF foi de que a necessidade de comprovação do dolo e os demais aspectos benéficos aos acusados representam alterações que exigem juízo sobre a continuidade típica do ilícito e que não podem beneficiar os réus de ações já ajuizadas, uma vez que é vedado pela Constituição Federal o retrocesso no combate à corrupção, como pontua o artigo 37, §4º da Carta Magna (BRASIL, 2021).

Assim, nota-se que o advento da reforma na Lei de Improbidade será uma oportunidade de realizar profundos debates e divergências sobre o modo de apuração de atos ímprobos, com uma atenção cada vez maior sobre o impacto da fiscalização sobre o fenômeno do “apagão das canetas”.

Vê-se ainda que, apesar de ainda inexistirem posições consolidadas em torno da mudança, fato é que a sistemática trazida pela novel lei deverá ser ponto de debate e análise por parte de membros dos órgãos de controle, de hermeneutas jurídicos, dos próprios agentes públicos e do meio acadêmico, de modo a permitir que sua aplicação reflita beneficentemente sobre a atuação dos gestores públicos e sobre o quadro sugerido pela doutrina de quebra da segurança jurídica e de paralisia na gestão dos agentes fiscalizados.

Aliás, tal atuação deve estar aberta ao experimentalismo e à inovação na realização das garantias fundamentais por meio da prestação de serviços e do exercício das prerrogativas estatais, e, principalmente, livre de decisões heterodoxas que tem “apagado” o espectro de discricionariedade que a lei confere aos agentes públicos para tanto (JORDÃO, 2018). Além disso, uma reflexão séria e conjunta sobre o diploma legal poderá mitigar os efeitos de um combate à corrupção corrompido, que tem se favorecido da justa esperança da sociedade em ver a Administração Pública livre de tais práticas deletérias sem cogitar que os potenciais abusos neste processo tendem a cercear o espaço de inovação e eficiência na Administração.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou refletir, a partir de um apanhado dos dispositivos considerados mais relevantes na Lei nº 14.230, de 2021, os possíveis impactos do novo regramento sobre a ineficiência administrativa que originou o fenômeno do “apagão das canetas”, destacando ainda alguns pontos controversos e que certamente serão objeto de debate no seio da sociedade e do Estado.

Como dito alhures, não se nega a relevância das práticas fiscalizatórias sobre os gestores públicos e todos os agentes envolvidos, direta ou indiretamente, nas práticas ilícitas. Noutra giro, é justamente na otimização deste trabalho que a nova lei parece agregar com inovações pertinentes ao fazer ajustes relevantes na aplicação do regramento acerca da temática exposta neste estudo.

Assim, se atentando à necessidade de manter um rigor sobre a sanção de práticas de improbidade ao, *verbi gratia*, aumentar a pena de suspensão de Direitos políticos, o legislador pôde então lançar uma proposta legislativa que atendesse tanto a sua finalidade sancionadora quanto ao princípio da segurança jurídica, não havendo que se falar, ao menos em um primeiro momento, em distorção da essência da Lei nº 8.429, de 1992 ao coibir atos desvirtuados dos princípios da Administração Pública.

Desse modo, havendo uma otimização da aplicação da lei pelos órgãos de controle, sua existência poderá estar em consonância ainda maior tanto com as diretrizes da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), com redação dada pela Lei nº 13.665/18, quanto com a própria Constituição de 1988, que assegura tanto os princípios da administração supracitados, quanto garantias individuais relacionadas à justa punição, ao devido processo legal e à presunção de inocência, que devem coexistir em harmonia no ordenamento.

Portanto, em oposição à tendenciosa retórica que procura espalhar uma visão antagônica entre o avanço nas políticas de combate à corrupção e o respeito às garantias dos gestores e à efetiva prestação de serviços à coletividade, a promulgação da Lei nº 14.230/21 parece ser um ponto de partida para a correta apuração das infrações de improbidade, o que, se vier a acontecer no deslinde dos anos futuros, será um avanço no atendimento do interesse público sob os prismas do poder/dever estatal de fiscalizar e punir práticas ímprobas, bem como no essencial espaço de criatividade e soluções inovadoras na gestão pública.



REFERÊNCIAS

BÄCHTOLD, Felipe. Nova regra beneficia Lira e acelera prescrições; entenda efeitos na Lei de Improbidade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1º de novembro de 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/nova-regra-beneficia-lira-e-acelera-prescricoes-entenda-efeitos-na-lei-de-improbidade.shtml>. Acesso em: 29 de outubro de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 de outubro de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de Motivos nº EM.GM/SAA/0388, de 14 de agosto de 1991*. Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 17 de agosto de 1991.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.887/18, de 17 de outubro de 2018*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Discussão do projeto de lei nº 7.448/2017*. [Palestrantes] Ministro Raimundo Carreiro [et al.] – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência (Segepres), 2018.

BRASIL. *Lei Federal Nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito público, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

BRASIL. *Lei Federal Nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

BRASIL. *Lei Federal Nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acesso em: 31 de outubro de 2021.



BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Orientação Nº 12/5ª CCR*, de Diretrizes iniciais sobre a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.193.248/MG - 2014/0220396-7*, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 26/06/2019, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: DJE 18/12/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 924.439/RJ – 2007/0020069-2*, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 06/08/2009, Segunda Turma, Data de Publicação 19/08/2009.

CARNEIRO, Breno Zaban; CAJAL, Liana Cláudia Hentges. Segurança Jurídica na Gestão: a influência dos órgãos de controle na tomada de decisão por gestores públicos. Brasília: *Projeto Infra2038*, 2019, p. 21. Disponível em: https://www.infra2038.org/_files/ugd/63fe2f_d645374be53a426e8383a5d0aa1f80e6.pdf. Acesso em: 13 de março de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DANTAS, Bruno. *Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 22, n. 127, jun./set., 2020, p. 275 (disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2303>. acesso em 15 de março de 2021).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador no Regime Democrático da Constituição de 1988. *Revista de Estudos Constitucionais*, v. 7, n. 2, mai/ago.2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Número 71, 2016. Disponível em: <http://www>.



Direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-Direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

INSTITUTO NÃO ACEITO CORRUPÇÃO (INAC). *Radiografia das condenações por improbidade administrativa*, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.naoaceitocorrupcao.org.br/pesquisas>. Acesso em: 25 out. 2021.

JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* – Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 133-146, abr./jun. 2018. DOI 10.21056/aec.v18i72.928.

MARQUES, Mauro Campbell; et al. *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Coordenação: Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração: André de Azevedo Machado, Fabiano da Rosa Tesolin – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Responsabilidade Civil do Poder Público pelo Manejo Indevido de Ação de Improbidade Administrativa. *Revista de Direito Público (RDP)*, vol. 2, nº 10 – out./dez., pp. 30-50, 2005.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; NETO, Zaiden Geraige. O Direito Coletivo à Probidade Administrativa: punitivismo e conduta na caracterização do ato de improbidade administrativa. *Reflexão e Crítica do Direito*, v. 8, n. 2, p. 139-154, jul./dez., 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa: crítica ao punitivismo legalista no domínio do direito sancionador*. Fortaleza: Impreco, 2015.

MANHANELLI, Carlos; QUEIROZ, Adolpho. Breve histórica dos slogans políticos nas eleições do Brasil republicano. *Signos do Consumo*, v. 1, n. 2, 2009, p. 235-253.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, Volume 13, nº 23, Jan-Jun, 2021, ISSN 2595-668X.

SANTOS, Rafa. Delegado da PF processa União por ter sofrido perseguição da “Lava-Jato”. *Consultor Jurídico*, 7 de julho de 2020. Disponível em: <https://>

www.conjur.com.br/2020-jul-07/delegado-pf-processa-uniao-perseguido-lavajato#author. Acesso em: 31 de outubro de 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.



DO POMO DE OURO AO TRILEMA JUDICIAL: QUANDO A TRANSPARÊNCIA, A INDEPENDÊNCIA E A ACCOUNTABILITY DOS JUÍZES DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA PROTAGONIZAM A INEXORÁVEL ESCOLHA DE VALORES CONCORRENTES LEGADA AO HOMEM

FROM THE GOLDEN POME TO THE JUDICIAL TRILEMMA:
WHEN JUDGES' TRANSPARENCY, INDEPENDENCE AND
ACCOUNTABILITY AT THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE
PLAY A LEADING ROLE IN THE INEXORABLE CHOICE OF
COMPETING VALUES BEQUEATHED TO MAN

Roberta Puccini Gontijo*

The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realisation of some of which must inevitably involve the sacrifice of others [...]. If, as I believe, the ends of men are many, and not all of them are in principle compatible with each other, then the possibility of conflict – and of tragedy – can never wholly eliminated from human life, either personal or social. The necessity of choosing between absolute claims is then an inescapable characteristic of the human condition¹

Isaiah Berlin

Resumo: Desde a mais tenra Idade dos Homens, a escolha entre princípios concorrentes aparece como inarredável à condição humana. Transpondo essa lógica ao estudo de tribunais internacionais, Jeffrey Dunoff e Mark Pollack perscrutam as inextricáveis teias dos *tradeoffs* que os enrodilham, de maneira a aí observarem a gênese de um trilema: valores incompatíveis entre si, transparência, independência e *accountability* judicial não podem ser maximizadas a um só tempo; se um tribunal tiver altos níveis de dois desses valores, será a custo do inevitá-

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e membro do Grupo de Pesquisa *Sapientia* – Núcleo de Pesquisa em Direito e Literatura da FDUFG.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4961263249535393>. E-mail: robertapuccini12@gmail.com.

¹ Essa passagem de Berlin é assim traduzida por Lucas Carlos Lima e por Lucas Mendes Felipe: “O mundo que encontramos na experiência comum é aquele em que somos confrontados com escolhas entre fins igualmente definitivos e anseios igualmente absolutos, cuja realização de alguns deve envolver inevitavelmente o sacrifício de outros [...]. Se, como acredito, os fins dos homens são muitos, e nem todos são, em princípio, compatíveis entre si, então a possibilidade de conflito – e de tragédia – nunca pode ser totalmente eliminada da vida humana, pessoal ou social. A necessidade de escolher entre anseios absolutos é, então, uma característica inevitável da condição humana.” (BERLIN *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 125-126).

vel sacrifício de um terceiro recurso. Sob essa ótica, os autores de *O trilema judicial* entendem que, em razão de maximizar a *accountability* e a transparência, uma ameaça sistêmica paira sobre a independência judicial da Corte Internacional de Justiça. Em uma análise crítica da obra, este artigo busca compreender se, de fato, a independência dos juízes encontra-se fragilizada na Corte. Para tanto, o Regulamento da Corte de 1978 e o caso contencioso *Pulp Mills* são trazidos a lume. Diante da investigação, conclui-se a impossibilidade de mensurá-la com exatidão, pois abarca variáveis que fogem à estatística – ao terreno do provável e do quantificável. A partir da descoberta de que o próprio trilema judicial engloba dilemas, evidencia-se que os conflitos com os quais Estados e juízes têm de lidar ante o *design* institucional dos tribunais escapam amiúde à análise pragmática pretendida pelos estudiosos. Se, para além do mito de Páris, *pomos da discórdia* são lançados em direção a esses atores a todo instante, as possibilidades de investigá-los serão inesgotáveis.

Palavras-Chave: Corte Internacional de Justiça. Direito Internacional Público. Trilema judicial.

Abstract: Since the dawn of time, the choice between competing principles has appeared as an inescapable characteristic of the human condition. Transposing this logic to the study of international courts, Jeffrey Dunoff and Mark Pollack scrutinize the tradeoffs that surround them, observing the genesis of a trilemma: incompatible values, transparency, accountability and judicial independence cannot be maximized at the same time; if a court has high levels of two of these values, it will be at the cost of the inevitable sacrifice of a third resource. From this perspective, the authors of *The Judicial Trilemma* understand that, because it maximizes accountability and transparency, judicial independence is subject to a systemic threat at the International Court of Justice. Based on a critical analysis of Dunoff and Pollack's work, this article seeks to understand whether, in fact, the independence of judges is weakened at the Court. To this end, the 1978 Rules of the Court and the *Pulp Mills* contentious case are brought to light. Thus, it is concluded that it is impossible to measure it precisely, since it encompasses variables that are beyond the domain of statistics – the realm of the probable and the quantifiable. From the discovery that the *Judicial Trilemma* itself encompasses dilemmas, it becomes evident that the conflicts that States and judges have to deal with often escape the pragmatic analysis intended by scholars. If, beyond the myth of Paris, golden pomes are hurled at these actors all the time, the possibilities of investigating them are endless.

Keywords: International Court of Justice. Judicial Trilemma. Public International Law.

1. INTRODUÇÃO

Conta a mitologia grega que a deusa da discórdia, Eris, não fora convidada para a celebração das bodas de Tétis, ninfa do mar, com o mortal Peleu – pais de Aquiles. Irada, apareceu ao banquete e, a partir dos dizeres “à mais bela”, lançou um pomo dourado à mesa, sobre uma cesta de maçãs. Zeus, desejoso de imputar a outrem decisão tão delicada, atribuiu a Hermes – deus mensageiro, mediador entre



as esferas celeste e terrena – a missão de direcioná-la ao julgamento do primeiro homem que encontrasse. Para tanto, deveria deslocar-se para a Frígia, transportando consigo as deusas Hera, Atena e Afrodite (OVÍDIO, 2017).

O primeiro mortal vislumbrado pelo séquito divino foi Páris, a quem coube a posição de árbitro (HOMERO, 2013). As três deusas, reivindicando o título, prometeram-lhe recompensas pela eleição de si como a mais bela: “o dom de Palas era devastar a Grécia, à frente do tropel dos frígios. Hera prometeu-lhe o domínio da Ásia e dos confins da Europa” (EURÍPIDES, 2021, p. 99); Afrodite, a posse daquela, dentre os mortais, dotada de maior beleza. Eis como Páris deliberou o jugo tríplice das três deusas: depositou o pomo de ouro (ou pomo da discórdia) nas mãos de Vênus. Com a solução do litígio, deu-se o rapto de Helena – episódio genitor da Guerra de Troia (HOMERO, 2013, p. 167-168).

O dilema – ou trilema – em relação à escolha de valores concorrentes – que coexistem em uma tensão desconfortável, logo se encontram impossibilitados de serem maximizados a tempos simultâneos – circunda uma miríade de narrativas míticas greco-romanas, panorama sugestivo da aquisição, desde a mais tenra *Idade dos Homens*, de uma consciência acerca da inverossímil conciliação entre a totalidade dos preceitos positivos aprovados – e desejados – pela razão. Ante controvérsias iminentes entre quaisquer objetos, a escolha – figura inexorável ao progresso, ao agir – é legada ao homem.

Ulisses, em determinado momento de sua *odisseia*, do périplo percorrido em regresso a Ítaca, é acolhido pela ninfa Calipso, que o retém junto de si durante sete anos. Prestes a retomar a tempestuosa viagem, Calipso o persuade a permanecer na ilha de Ogígia; se o herói repousasse em sua morada, torná-lo-ia imortal, e a velhice não o alcançaria. Todavia, Ulisses abjura da proposta em detrimento do retorno a casa. Em virtude da ânsia por rever a esposa e o filho, abnega a imortalidade e a juventude eterna porque elege o retorno à terra pátria como um valor superior àqueles (HOMERO, 2011).

Antígona, ante a ordem de Creonte para que os ritos fúnebres fossem negados a Polinice, vê-se enrodilhada por um conflito: deveria agir conforme a lei divina, natural, ou conforme a lei positiva? Decidindo pelo sepultamento do irmão, desencadeia sua própria morte (SÓFOCLES, 2018).

A caminho da fundação de Alba Longa – origem primitiva da cidade de Roma –, Eneias testemunha consequências infelizes derivadas de uma escolha infausta: se Sibila, criatura já vivente há sete séculos, tivesse se entregado ao amor



de Apolo, o deus teria lhe dado anos infinitos e a juventude eterna; contudo, porque desprezara a proposta de Febo, tornou-se imortal – mas tendo seus dias consumidos pela velhice, e os membros, cada vez mais, reduzidos a um peso insignificante. Seu comportamento de afronta ao deus desaguou em sua desventura: quem a visse, como Eneias, na condição de seu espectador, jamais seria capaz de afirmar que outrora fora objeto da paixão de um deus (OVÍDIO, 2017, p. 737-740).

A recusa ao *entregar-se* ao amor de Apolo implicou o infortúnio de outras personagens míticas: Cassandra, irmã de Páris, ganhou do deus os dons proféticos prometidos; porém, em razão da recusa, sucumbiu à descrença de todos aqueles a quem contasse suas profecias (LÍCOFRON, 2017). Dafne, sob a decisão de não corresponder à sedução apolínea, rogou aos deuses sua metamorfose em um ser impassível da violentação do deus; atendida a prece, Dafne viu-se metamorfoseada em um loureiro – “δάφνη” em grego – (OVÍDIO, 2017, p. 77-85); daí o simbolismo da coroa de louros, artefato identificado com o deus.

O dilema entre a entrega, a realização do amor, e o recolher-se, a castidade, enfrentado coaduna a inarredável necessidade da escolha entre valores inerentemente inconciliáveis.

Se o olhar se volta à contemporaneidade, apreendida em sua realidade fática, vê-se a permanência dessa *inexorável escolha de valores concorrentes legada ao homem*. No interior do Direito Internacional, vislumbra-se o enfrentamento inextricável de tradeoffs.

A crescente tendência do unilateralismo entre as governanças mundiais, em concomitância à redução de instrumentos cooperativos afeiçoados à multilateralidade, ergue um véu de incertezas sobre escolhas futuras a serem tomadas nos tribunais internacionais (LIMA; PALCHETTI, 2021, p. 10). Se Páris, ao solucionar o litígio divino, viu-se enredado por um trilema cuja resolução demandava a escolha de um único caminho, os tribunais internacionais veem-se circunscritos por um outro trilema, cuja complexidade excede, em demasia, aquela enfrentada por Páris; a despeito do tema divino julgado, a necessidade de enveredar-se por um único rumo – por óbvio, o que fosse, ao seu olhar, mais benéfico a si – torna a solução da controvérsia suscitada pelo pomo dourado mais simplista.

O trilema a ser desnudado pelos tribunais internacionais, porém, ao mesmo tempo em que aponta a impossibilidade de três valores positivos que coexistem em uma tensão incômoda serem maximizados simultaneamente, desvela que dois deles podem apresentar-se em altos níveis a instantes simultâneos.



Se outrora o indivíduo protagonizava o trilema, agora o protagonismo recai, essencialmente, sobre os juízes e sobre os Estados. Conforme declaram Paolo Palchetti e Lucas Carlos Lima (2021, p. 18) no prefácio de *O trilema judicial*, os Estados têm uma função tríplice no âmbito dos tribunais internacionais, já que atuam como seus criadores, como seus clientes e, também, como seus reformadores.

Os Estados que delineiam os contornos e os valores a serem protegidos e os juízes que, responsáveis pela administração da justiça internacional, comportam-se à luz dos regulamentos estabelecidos pelos Estados lidam com uma gama de *tradeoffs* entrelaçados a três valores particulares. Constituintes do *trilema judicial* bordado por Jeffrey Dunoff e por Mark Pollack (2021, p. 22), esses valores compreendem: *a independência judicial* – a liberdade concedida aos juízes para julgarem os casos com respaldo na lei e nos fatos, livres de influências extralegais –, *a accountability judicial* – mecanismos mediante os quais os Estados, à luz dos regimentos estruturantes de cada tribunal, controlam o exercício dos juízes – e a transparência judicial – meios que tornam possível a identificação de posições individuais assumidas pelos juízes.

A lógica do trilema judicial, na medida em que rememora a *inexorável escolha* de determinados valores em detrimento de outros, traz, a lume, o trilema arquitetado ao redor do pomo da discórdia. Assim, respeitadas as devidas dissonâncias, assume-se que Estados e juízes, quando do enfrentamento de *tradeoffs* ligados ao trilema, veem um novo *pomo de ouro* ser remetido ao seu arbítrio. Já não mais atirado pela Discórdia, tem sua gênese no interior das próprias estruturas dos tribunais internacionais. O *pomo dourado* é então lançado: se a maximização simultânea de independência, transparência e *accountability* judiciais é impossibilitada, é necessário que se privilegiem dois desses valores e, assim, que se redesenhe a configuração do trilema.

Sob esse ângulo, Dunoff e Pollack (2021, p. 23) revelam os três ideais possíveis de reação ao trilema: um tribunal pode apresentar altos níveis de independência e de *accountability* judiciais a custo do sacrifício de transparência judicial – padrão encontrado no Tribunal de Justiça da União Europeia –, altos níveis de transparência e de independência caso a *accountability* individual dos juízes seja minimizada – modelo hoje observado no Tribunal Penal Internacional – ou, ainda, altos níveis de transparência e de *accountability*, ideal em que a independência fica sujeita a uma ameaça sistêmica e do qual a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é representante; ou melhor, *seria* representante.



À luz da obra *O trilema judicial*, o escopo deste artigo é demonstrar se, de fato, a CIJ corresponde a essa terceira projeção do *design* institucional. Com o objetivo de demonstrá-lo, recorrer-se-ão ao Regulamento da Corte de 1978, ao caso contencioso *Pulp Mills on the River Uruguay*, à Sexta Comissão do Anuário do Instituto de Direito Internacional e às obras de Antônio Augusto Cançado Trindade e de Malcolm Shaw

Pincelados os valores constituintes do Trilema, é chegada a hora de detalhá-lo com mais diligência a fim de que a investigação pretendida se inicie.

2. DESIGN RACIONAL E POLÍTICA JUDICIAL

Para perscrutar a lógica do trilema judicial, os autores valem-se de duas tradições acadêmicas pouco utilizadas conjuntamente, tampouco aplicadas a estudos acerca de cortes e de tribunais internacionais.

A primeira tradição de pesquisa evocada é o *design racional*, linha de estudos que concebe as instituições internacionais como engrenagens capazes de atribuir durabilidade e viabilidade à cooperação interestatal. Advindas de uma atuação racional dos Estados voltada à conquista de seus interesses particulares, estruturam-se a partir de uma análise das opções de *design* institucional plausíveis à problemática substancial de cooperação que os Estados buscam solucionar (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 30).

Os autores procuram extrapolar esse marco teórico em razão dos elos existentes entre as diversas características dos tribunais internacionais, as quais não podem ser apreendidas isoladamente, bem como em virtude do restrito número de *players* delimitado ao escopo de investigação do *design* racional.

Mecanismos individuais do *design* reagem entre si de formas distintas: elementos como votações públicas, a manifestação de dissidências, mandatos judiciais renováveis e a duração do mandato judicial interpenetram a lógica do Trilema, de sorte a influenciarem-se reciprocamente; o arranjo inicial de um pode resultar na mudança de outro – daí a inviabilidade de serem observados à luz de uma abordagem preocupada somente com características singulares, míope a essa interação (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33).

Ademais, se, no interior dessa tradição, vislumbram-se os Estados como os únicos arquitetos – como os únicos *designers* racionais – dos tribunais internacio-



nais, os autores ambicionam também situar os juízes no centro da investigação. Se é verídico que os Estados “são os motores iniciais e primários ao rascunhar o estatuto de uma corte” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 23), de modo a serem protagonistas dos momentos fundacionais do design, por outro lado, no que tange ao efetivo funcionamento das instituições internacionais, compartilham o protagonismo com os juízes – personagens que “se engajam em escolhas mais restritas, porém estratégicas, à luz das decisões sobre o *design* feitas pelos Estados” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 23). A partir da análise e da resolução de conflitos, da interpretação do direito acordado entre os Estados e da declaração de opiniões fundamentadas, os juízes influenciam o próprio *design* institucional, acrescentando-lhe, inclusive, novas fontes do direito.

Sob essa ótica, Dunoff e Pollack extrapolam o *design racional* e inserem, em sua análise, a perspectiva da *política judicial*, a qual compreende os juízes como “atores racionais maximizadores de utilidade que buscam realizar seus objetivos conforme as variáveis restrições impostas pelas instituições e configurações estatutárias” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33). A independência judicial, por sua vez, é definida como a “capacidade dos juízes de julgar casos estando livres de pressões extralegais de atores externos” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 34).

A despeito da riqueza captada ao estudar não o comportamento isolado do juiz, mas sim o comportamento sedimentado em um contexto político específico, a política judicial não é arguta em observar a influência de fatores como mandatos judiciais curtos e renováveis, votações públicas e a publicidade de opiniões separadas, concorrentes ou dissidentes, sobre a independência judicial (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 37). Assim, os autores direcionam um olhar minucioso aos valores abarcados pelo Trilema com o intuito de melhor examinar suas complexas interações.

3. AS INTER-RELAÇÕES ENTRE TRANSPARÊNCIA, INDEPENDÊNCIA E ACCOUNTABILITY JUDICIAIS

Os próprios Estados ambicionam a existência da independência judicial porque visam à solução imparcial de litígios de terceiros. Descentralizado, delineado a partir de uma ordem de horizontalidade – dissonante, portanto, da verticalidade característica do direito interno, centralizado na estrutura piramidal kelseniana, em um ordenamento jurídico hierárquico cujo vértice é a constituição –, o direito



internacional abarca uma vastidão de Estados guiados pelo binômio *soberania-interesse nacional*, dispostos a agir conforme as normas jurídicas com as quais consentiram.

No interior de uma ordem mundial estadocêntrica, o espaço situado para além do território nacional soberano, *a priori*, consiste em um verdadeiro *átomos*, em um “não lugar”. Indefinível, porque inapreensível, localiza-se em uma terra incógnita (CESARE, 2020, p. 37-38).

Os tratados internacionais possibilitam a dissolução desse cenário anárquico, capaz de aguçar uma guerra de todos (os Estados) contra todos (os Estados). Em um cenário de atopia, de anarquia – aquém do *outro-estrangeiro*, mas além do *nós-nacional*, do *nós-residente* –, isento de mecanismos centralizados de controle e de *enforcement*, “cortes independentes permitem que os Estados aumentem a credibilidade dos compromissos que assumem com os outros” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 38). Capazes de identificar e de difundir violações, tendem a elevar o ônus derivado de descumprimentos e, assim, ampliam as chances de os Estados executarem suas obrigações. O próprio incentivo ao cumprimento obrigacional viabiliza um maior apreço da cooperação internacional (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 38).

Se antes os Estados podiam assumir a posição do espectador que, da terra firme, contempla o naufrágio de outrem, a partir da jurisdição de tribunais internacionais, passam a manifestar aversão à inércia daquele que – segundo a imagem tecida no segundo livro *De rerum natura*, de Lucrecio (apud CESARE, 2020, p. 45) – diz: “doce é observar de tão seguro porto...”. Agora, têm consciência de que

A terra não parece nem parada nem segura, mas incerta e vacilante como o mar. Por isso é inútil eleger-se espectador dos males do mundo buscando ondas estáveis, pontos de vista privilegiados. O espectador está sempre envolvido, porque as ondas, em que vê os outros afundarem, não são uma ameaça superada para sempre e poderiam de repente fazer submergir também o seu rochedo. Melhor, então, reconhecer o dever de agir (CESARE, 2020, p. 45-46).

Melhor, então, cumprir o compromisso pactuado com os outros Estados.

Todavia, a independência judicial não é, por óbvio, isenta de restrições; verificações robustas do exercício do poder judicial são fundamentais à harmônica operacionalização dos tribunais. Nesse sentido, a *accountability* germina como outro valor de interesse ao Trilema.



Concentrada no juiz individual, não na corte enquanto instituição, a *accountability* judicial² constitui “uma categoria substancialmente mais restrita” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 39). Dentre os elementos por ela abarcados, os professores destacam mandatos renováveis e procedimentos de reeleição ou de renomeação.

Designa-se a transparência judicial, também denominada *identificabilidade judicial*, a “capacidade de identificar a posição ou voto de um juiz em particular em uma questão específica perante a corte” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 44). Segundo os autores, encontram-se as engrenagens mais frequentemente relacionadas à identificabilidade na forma e no conteúdo das sentenças, sobretudo no uso de opiniões separadas e na publicidade da votação (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 44).

Nesse íterim, é necessário destacar que, na perspectiva de juízes que gozam de mandatos vitalícios, a emissão de opiniões públicas, em potencial, indesejadas pelo seu Estado de origem – bem como por quaisquer outros em caso de uma *accountability* difusa ou forte a cada um dos Estados votantes nos procedimentos de reeleição – certamente não paira sobre a independência judicial de maneira ameaçadora; haja vista a ocupação de um cargo vitalício, o juiz encontra-se, de maneira geral, imune a retaliações ou recompensas políticas (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 47). Essa ameaça torna-se, contudo, mais robusta no instante em que se direciona o olhar à divulgação de votos individuais e à publicidade de opiniões assinadas por juízes cujo mandato é limitado e renovável. Nesse panorama, Dunoff e Pollack insistem na certeza de que os altos níveis de transparência e de *accountability* exercerão uma pressão sobre a independência judicial, delimitando-a: ao mesmo tempo em que há a possibilidade de emitirem uma opinião de acordo com os interesses de seu Estado de origem – desejosos de fortalecer a probabilidade da reeleição –, é possível que, à causa de opiniões indesejadas, díspares a interesses nacionais, sejam retaliados e, sem qualquer outra justificativa verossímil, tenham a renovação de seus mandatos barrada (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 47).

Sob esse ângulo, é válido mencionar que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), cuja duração do mandato judicial é de seis anos, notabiliza-se, desde sua criação, pela ausência de opiniões separadas em quaisquer julgamentos, o que muitos juízes da TJUE justificam sob a égide do Protocolo (nº 3) Relativo ao

² Os autores, a partir de uma citação de Ruth W. Grant e de Robert O. Keohane presente no artigo *Accountability and Abuses of Power in World Politics*, trazem a seguinte definição de *accountability*: “[significa que] alguns atores têm os direitos de manter outros atores sujeitos a um conjunto de padrões, de julgar se eles cumpriram suas responsabilidades à luz desses padrões e de impor sanções se determinarem que essas responsabilidades não foram cumpridas.” (GRANT; KEOHANE, 2005, p. 29, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 39).



Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo art. 35 determina que “as deliberações do Tribunal de Justiça são e permanecem secretas” (PROTOCOLO RELATIVO AO ESTATUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2010)

Nessa perspectiva, comenta Josef Azizi (2011, p. 52), juiz do TJUE:

Court’s final decisions are fully available and sometimes even explained by press releases, any access to information on the EU courts’ internal decision-making in specific proceedings is prohibited. More particularly, it is therefore impossible for the parties as well as for the general public, to know the opinions of the different judges (...) Moreover, the full secrecy of deliberations also excludes to reveal the mere number of judges who have adhered to the final judgment and to specify the reasons why they partly or entirely disagree with that judgment.³

Dentro desse aspecto, é interessante ressaltar que o Estatuto da CIJ, em seu art. 54.3, assevera que “as deliberações da Corte se darão em ambiente privado e permanecerão secretas” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945). Assim, percebe-se que a contraposição entre os juízes da CIJ – que concordam com a publicação da identidade e do número dos juízes participantes de um julgamento particular, bem como com a declaração e com a divulgação de opiniões separadas – e os juízes do TJUE advém de uma distinção interpretativa.

Em outra passagem, Azizi (2011, p. 55-56) comenta a relação entre o sigilo das deliberações e a independência judicial:

Seen from this angle, the obligation to keep the secrecy of deliberations is simply an appropriate means to guarantee judicial independence (...) The possibility of making known the position of a judge (...) his or her attitude in order to be in line with his or her Member State or with the public opinion prevailing in his or her Member State. In this respect, the relevant question is not so much (...) whether or not a judge would be strong enough to resist such potential pressures which might possibly lead him or her to anticipate the desired attitude; relevant is only that the mere taint of the external appearance or even likelihood

³ As decisões finais dos tribunais estão totalmente disponíveis e, por vezes, até explicadas por comunicados de imprensa, qualquer acesso a informações sobre a tomada de decisões internas dos tribunais da União Europeia em processos específicos é proibido. Mais especificamente, não é, portanto, possível para as partes nem para o público em geral conhecer as opiniões dos diferentes juízes. Ademais, o sigilo total das deliberações também exclui a revelação do número de juízes que aderiram ao julgamento final e de se especificar as razões pelas quais dele discordam parcial ou integralmente (tradução livre).



to meet such expectations could not be ruled out (...) Consequently, reasons justifying the secrecy of deliberations and thus excluding dissenting opinions (...) would prevail for as long as the but limited legal term of office confronts judges with the need for future professional perspectives.⁴

Ainda nesse sentido, Federico Mancini e David Keeling (1994, p. 176) aguçam uma complexa reflexão acerca dos impactos dos Estados nas decisões judiciais no âmbito do tribunal europeu:

Less unorthodox, at least in appearance, is the judicial branch of government: but here too the legitimacy of the organ which embodies judicial power, the Court of Justice, could hardly be weaker. The judges (...) are appointed by common accord of the governments of the Member States. They hold office for six years and may be reappointed (or, of course, not reappointed). *Few supreme courts in the western world are so lacking in links, direct or indirect, with the symbols of democratic government and in few countries is the judiciary so bereft of formal guarantees of its independence* (Grifos meus).⁵

Assim, nota-se que, impossibilitada a maximização dos três recursos, é necessário que o *design* opte pelo sacrifício de algum valor. A transparência, a *accountability* ou a independência terá de ser – ou será inevitavelmente caso não haja uma escolha prévia – minimizada. Eis a lógica do Trilema (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 48).

Em um tribunal no qual os Estados deem preponderância à *accountability* e à independência, haverá a minimização da transparência. Sob esse ângulo, podem desenhar um tribunal cujos juízes tenham mandatos renováveis e limitados; podem estabelecer estatutos que permitam aos juízes a declaração de sentenças *per curiam*, de sorte a não ser possível identificarem-se votos e opiniões individuais. Os juízes, por sua vez, podem reduzir sua vulnerabilidade a retaliações – em respostas estatais a declarações impopulares ou indesejadas – a partir da emissão

⁴ A possibilidade de tornar conhecida a posição de um juiz [...] poderia colocá-lo sob pressão para mudar sua atitude para estar em conformidade com o seu Estado membro ou com a opinião pública prevalecente no seu Estado de origem. A esse respeito, a questão relevante não é tanto [...] se um juiz seria forte o suficiente para resistir a pressões potenciais que poderiam levá-lo a antecipar o posicionamento desejado; apenas é relevante que a mera mácula da aparência externa ou mesmo a probabilidade de atender a essas expectativas não pudessem ser descartadas [...]. Consequentemente, razões que justifiquem o sigilo das deliberações e, portanto, excluam as opiniões dissidentes [...] prevalecerão enquanto o prazo legalmente limitado do mandato confrontar os juízes com a necessidade de futuras perspectivas profissionais (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 65).

⁵ Menos pouco ortodoxo, ao menos em aparência, é o ramo judicial do governo: mas também aqui a legitimidade do órgão que encarna o poder judicial, o Tribunal de Justiça, dificilmente poderia ser mais fraca. Os juízes (...) são nomeados de comum acordo pelos governos dos Estados membros. Eles têm um mandato de seis anos e podem ser renomeados (ou, é claro, não renomeados). Poucos tribunais superiores no mundo ocidental têm tanta falta de vínculos, diretos ou indiretos, com os símbolos de um governo democrático e em poucos países o poder judiciário está tão desprovido de garantias formais de sua independência (tradução livre).

de decisões *per curiam* ou da supressão de votos e de opiniões individuais, ainda que o regulamento do tribunal permita a votação aberta e a emissão de opiniões separadas. O *suplício* da transparência aparece então como uma tentativa de proteger a independência.

Caso os Estados valorizem a transparência e a independência, desejando maximizá-las, podem delinear um estatuto que permita a votação pública e a emissão de opiniões separadas; mas que, caminhando rumo ao sacrifício da *accountability*, estabeleçam mandatos judiciais não renováveis, de duração limitada ou vitalícia. Em tribunais cujas decisões sejam individualmente identificáveis, os juízes acabam por lidar com incentivos para emitir declarações favoráveis aos Estados responsáveis pelos procedimentos de reeleição ou de renomeação. Daí a imprescindível renúncia à *accountability* (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 49-51).

O terceiro *design* institucional – o qual maximiza a *accountability* e a transparência –entrelaça-se à ameaça sistêmica da independência judicial uma vez que os juízes se tornam sujeitos a retaliações dos Estados membros em virtude de opiniões e de votos individualmente identificáveis. A vulnerabilidade aí floresce seja como resposta ao desejo dos juízes de galgar recompensas políticas, seja como resposta ao tratamento dos Estados como “atores racionais unitários que projetam tribunais internacionais e respondem ao comportamento de juízes internacionais à luz de alguma concepção do interesse nacional” (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 55).

A Corte Internacional de Justiça, ao olhar dos autores, corresponde ao terceiro ideal supradescrito. A seguir, deter-se-á nela para a investigação da lógica do Trilema Judicial em seu interior.

4. O PRINCIPAL ÓRGÃO JUDICIÁRIO DAS NAÇÕES UNIDAS⁶: A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) tem como lastro o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), associado à Liga das Nações em virtude de o art. 14 do Tratado de Versalhes estabelecer a criação de uma comissão de juristas para desenhar o estatuto de uma corte permanente de caráter internacional. A CPJI atuou, de 1922 a 1946 – quando de sua dissolução –, como a

⁶ O art. 92 da Carta da Organização das Nações Unidas dispõe: “A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).



primeira corte internacional permanente de jurisdição geral. O Estatuto da CIJ, por sua vez, foi adotado na Conferência de São Francisco, responsável pela criação das Nações Unidas. Segundo o art. 92 da Carta da ONU, o Estatuto da CIJ constitui parte integrante da Carta.

A CIJ apresenta uma dupla função: a) a função contenciosa lhe imputa o julgamento de litígios submetidos pelos Estados; b) a consultiva, a emissão de pareceres acerca de questões jurídicas a ela demandadas por todo órgão ou instituição das Nações Unidas autorizado a demandá-los. Ressalta-se que a Corte não exerce uma jurisdição obrigatória sobre os casos contenciosos; somente terá competência para decidir alguma controvérsia caso os Estados partes declararem reconhecer sua jurisdição⁷.

As decisões são definitivas e vinculantes nos casos contenciosos. Sob esse ângulo, a Carta, em seu art. 94, 1, assevera que os Membros das Nações Unidas se comprometem a conformar-se com a decisão da Corte em controvérsias nas quais forem uma das partes.

É composta de quinze juízes, sendo-lhe vedada a inclusão de mais de um representante do mesmo Estado. Todavia, o art. 31, 3, do Estatuto dispõe que, caso a Corte não seja composta por um juiz da nacionalidade das partes em controvérsia, qualquer uma delas pode designar um candidato de sua escolha para ocupar a qualidade de juiz (*ad hoc*), enquanto perdurar o julgamento do respectivo litígio; daí a possibilidade de contar com até 17 membros – 15 efetivos e dois juízes *ad hoc*.

Os membros são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança a partir de uma lista de candidatos indicados pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem (CPA), os quais são designados pelos próprios Estados.

Para obterem um assento junto à CIJ, os candidatos devem receber a maioria absoluta dos votos tanto na Assembleia Geral quanto no Conselho de Segurança; ambos os órgãos das Nações Unidas têm eleições simultâneas, mas independentes. Os membros da Corte são eleitos para um mandato de nove anos, o qual é reelegível.

⁷ O art. 36, 2, do Estatuto da CIJ afirma: "Os Estados-partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional." (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1945).



Quanto ao procedimento de reeleição, é imperativo que os candidatos obtenham o apoio de seu Estado de origem. Novamente há a análise dos candidatos por parte da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Compreende-se, portanto, que os juízes da Corte dependem, *de facto*, de seus Estados para que a reeleição se efetive (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 84). Demonstra-se daí que, no *design* institucional da CIJ, há uma *accountability* forte e direta ao Estado de origem do juiz e uma *accountability* difusa aos demais Estados (DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 33).

Para além dos altos níveis de *accountability*, a Corte delinea-se de forma a também maximizar a transparência. Um olhar sobre o art. 95, 1 e 2, do Regulamento da Corte de 1978 o atesta: o texto normativo declara que a sentença deve incluir não somente os nomes dos juízes nela participantes, mas também uma indicação do número e dos nomes dos juízes que constituíram a opinião majoritária. Ainda, que qualquer juiz pode, se assim o desejar, anexar ao julgamento sua opinião separada ou dissidente; um juiz que deseje registrar seu acordo ou sua dissidência sem apresentar quaisquer justificativas pode fazê-lo na forma de uma declaração.

Se a Corte apresenta altos níveis de transparência e de *accountability*, sua independência estaria submetida a riscos segundo a lógica do Trilema. A despeito de os juízes gozarem de privilégios e de imunidades diplomáticas, os autores apontam a ameaça sistêmica da independência judicial nesse horizonte.

Mesmo que reiterem a declaração de José E. Alvarez (*apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 90) quanto ao fato de que “há evidências consideráveis de que aqueles que atuam nos tribunais, incluindo seus juízes, consideram-se, como Lauterpacht os teria descrito, agentes da ‘comunidade internacional’ empenhados na busca de ‘justiça’ amplamente entendida”, os autores ratificam a sustentação de estudiosos e de juristas relativa ao desejo de permanência em sua respectiva posição política que os juízes internacionais nutrem. Assim, ainda que a sede de reeleição seja uma motivação secundária, acaba por exercer pressões significativas sobre o comportamento dos juízes; logo, sobre a independência judicial – em particular, quando o fim do mandato se aproxima. O olhar de Sir Gerald Fitzmaurice, fundado em uma revisão de seus dois mandatos na CIJ, corrobora o pensamento dos autores à luz desta observação:

Eleições frequentes criam ocasiões em que várias pressões políticas e psicológicas podem ser exercidas sobre a Corte e seus membros e, o que é ainda pior, podem permitir que ela seja constituída – ou reconstituída – visando diretamente um caso específico submetido anteriormente ou prestes a ser, ou alguma fase que ainda precisa ser julgada. Essas estão muito longe de serem meramente possibilidades teóricas ou hipotéticas. Elas causaram uma preo-



cupação por muitos anos – uma preocupação que o tempo e a experiência íntima serviram apenas para confirmar (FITZMAURICE, 1973, p. 288-289, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 92).

Nessa perspectiva, é interessante destacar o seguinte pensamento de Theodor Meron:

Preocupa-se com a frequência que um juiz de uma corte internacional que esteja apreensivo com as perspectivas de reeleição por seu governo possa decidir casos para não antagonizar poderosos Estados membros da ONU e, especialmente, seu próprio Estado [...] Mandatos longos não renováveis oferecem a melhor proteção à independência (MERON, 2005, *apud* DUNOFF; POLLACK, 2021, p. 93).

Os autores ressaltam, entretanto, que, à parte das pressões exercidas pelo próprio cenário estrutural da CIJ sobre a independência judicial, a integridade dos juízes não é necessariamente maculada; há aqueles que, de fato, abnegam interesses privados em detrimento da supremacia do Direito sobre a regulação da justiça – em detrimento da promoção do *rule of law*.

Ainda em relação à ameaça sistêmica que paira sobre a independência judicial da CIJ, é válido rememorar a Sexta Comissão do Anuário do Instituto de Direito Internacional, que tratou da situação do juiz internacional. No ponto de referência 38, afirma-se:

Dans l'absolu, la meilleure garantie que l'on puisse imaginer pour assurer l'indépendance des juges consisterait à leur conférer un mandat à vie. L'idée avait été évoquée lors de l'élaboration du statut de la Cour permanente de justice internationale, mais écartée, car le Comité consultatif de juristes qui avait préparé ce statut, avait estimé qu'un tel mandat « comporterait le risque de voir des juges, devenus incapables, continuer d'exercer leur fonction ». [...] Le Comité consultatif avait par suite choisi le mandat de 9 ans comme permettant de « garantir une certaine continuité dans la jurisprudence » et « d'assurer l'indépendance de juges ». Il avait en outre jugé « indispensable que les membres de la Cour soient rééligibles ». Ainsi, ajoutait-il « ceux qui ont rendu de véritables services, et bien mérité de la Société des Nations par une administration de la justice aussi éclairée qu'impartiale, resteront en fonction »⁸ (INSTITUTO

⁸ Em termos absolutos, a melhor garantia que podemos vislumbrar para assegurar a independência dos juízes consistiria em conferir-lhes um mandato vitalício. A ideia tinha sido levantada durante a elaboração do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, mas foi rejeitada porque o Comitê Consultivo de Juristas que preparara esse Estatuto considerou que esse modelo de mandato “comportaria o risco de que juízes não mais capacitados continuassem a exercer suas funções”. [...] O Comitê Consultivo escolheu, portanto, o mandato de nove anos como uma possibilidade de “garantir uma certa continuidade na jurisprudência” e de “assegurar a independência dos juízes”. Também julgou “essencial que os membros da Corte sejam reelegíveis”. Então, acrescentou: “aqueles que prestaram serviços profícuos e mostraram-se merecedores do cargo ocupado ante a Liga das Nações, por uma administração da justiça tão esclarecida quanto imparcial, nele permanecerão” (tradução livre).

DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 19-20).

A seguir, expressa-se que:

A l'inverse, la crainte a été exprimée depuis lors que des juges souhaitant être réélus, attachent dans l'exercice de leurs fonctions une importance excessive au point de vue de l'Etat dont ils espèrent être candidats et de manière plus générale à celui des Etats dont ils entendent obtenir le soutien⁹ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 20. Grifos meus).

Nota -se aí um eco da pressão sobre a independência judicial ilustrada pelo Trilema.

Segundo a Resolução da Sexta Comissão, o Instituto formula as seguintes diretrizes quanto à duração do mandato judicial:

Article 2: Durée de fonctions des juges. 1. En vue de renforcer l'indépendance des juges, il serait souhaitable que ceux-ci bénéficient de mandats de longue durée, de l'ordre de neuf à douze ans. Ces mandats ne seraient pas renouvelables. 2. Pendant toute la durée de leur mandat, les juges doivent bénéficier de l'inamovibilité. Il ne peut être mis fin à leurs fonctions que dans le cas où ils ne rempliraient plus les conditions requises pour l'exercice de ces fonctions et à la suite d'une décision prise par leurs pairs à l'issue d'une procédure équitable. Une telle décision peut être précédée, si nécessaire, d'une mesure de suspension. Ces décisions ne sauraient être prises que par une majorité qualifiée, qui pourrait être des trois quarts¹⁰ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 129. Grifos meus).

O Artigo 6º, por sua vez, institui que

L'indépendance d'une juridiction est fonction, non seulement des conditions de nomination des juges et de leur statut, mais encore des modalités d'organisation et de fonctionnement de cette juridiction. A cet égard, les greffes des cours et tribunaux, tout en jouissant de l'autonomie nécessaire à une bonne

⁹ Por outro lado, teme-se, desde então, que juízes desejosos de serem reeleitos possam atribuir uma importância excessiva, no exercício de suas funções, aos interesses do seu Estado de origem e, de maneira mais geral, àqueles dos Estados cujo apoio buscam (tradução livre).

¹⁰ Artigo 2º: Termos do mandato judicial. 1. Com o objetivo de fortalecer a independência dos juízes, seria desejável que tivessem mandatos longos, da ordem de nove a doze anos. Esses mandatos não seriam renováveis. 2. Os juízes devem gozar de imunidades durante todo o seu mandato. Eles somente podem ser destituídos do cargo se não mais preencherem as condições exigidas para o desempenho de suas funções e somente após uma decisão tomada por seus pares à luz de um procedimento justo. Tal decisão pode ser precedida, se necessário, de uma medida de suspensão. Essas decisões podem ser tomadas apenas por uma maioria qualificada, que poderia ser de três quartos (tradução livre).

¹¹ A independência de uma jurisdição depende não apenas das condições de nomeação dos juízes e de seu estatuto, mas também da organização e do funcionamento da jurisdição. A esse respeito, os membros de cortes e de tribunais, gozando da autonomia necessária para uma boa gestão, devem, em última instância, permanecer sob a autoridade da corte ou do tribunal em questão (tradução livre).



gestion, doivent en dernier ressort demeurer sous l'autorité de la cour ou du tribunal concerné¹¹ (INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2021, p. 130).

No que concerne ao elo tecido entre interesses abstratos dos Estados e decisões de casos contenciosos, Cançado Trindade manifesta-se no seguinte mote:

O exercício da função contenciosa da CIJ encontra-se, desde o início (tanto da CIJ quanto de sua predecessora a CPJI), restringido por uma limitação de sua competência, o *ratione personae*: somente os Estados podem apresentar casos contenciosos à Corte. Trata-se de um mecanismo rigidamente interestatal. O caráter exclusivamente interestatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos (no período de 1955 a 2004), relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte¹². Exemplos bem recentes em que as preocupações da CIJ têm se estendido bem além da dimensão interestatal encontram-se nos casos recentes das *Questões Relativas à Obrigação de Julgar ou Extraditar* (Bélgica versus Senegal, 2009 e 2012) atinente ao princípio da jurisdição universal sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, o caso de A.S. *Diallo* (Guiné versus R.D. Congo, 2010 e 2012) sobre detenção e expulsão de estrangeiro, o caso das *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha versus Itália, com intervenção da Grécia, 2010-2012), o caso da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia versus Federação Russa, 2011), o caso do *Templo de Préah Vihear* (medidas provisórias de proteção, Camboja versus Tailândia, 2011) (...) Em todos estes casos, não há como deixar de reconhecer que o *elemento predominante tem sido precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações inter se. A artificialidade do caráter exclusivamente interestatal do contencioso ante a CIJ é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração. Em muitos casos, os problemas submetidos ao conhecimento da CIJ requerem desta um raciocínio que transcenda a dimensão interestatal. Assim, o fato de o mecanismo ser interestatal (...) não significa que o raciocínio da Corte na fundamentação de uma Sentença tenha que ter presentes tão só os Estados e seus interesses* (TRINDADE, 2013, p. 21-23. Grifos meus).

Em particular, no texto de Cançado Trindade, salta aos olhos a (suposta) predileção da CIJ pela “situação concreta de seres humanos” em detrimento das “meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes”. Na medida em

¹² Nesse ínterim, Cançado Trindade cita, em rodapé, o caso *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein versus Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda versus Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão versus Índia, 1973), dos *Reféns* (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em *Teerã* (Estados Unidos versus Irã, 1980), do Timor-Leste (Portugal versus Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina versus Iugoslávia, 1996), os casos *Breard* (Paraguai versus Estados Unidos, 1998), *LaGrand* (Alemanha versus Estados Unidos, 2001) e *Avena* (México versus Estados Unidos, 2004).

que revela a existência de uma “artificialidade do caráter exclusivamente interestatal do contencioso” e a extrapolação, na fundamentação das decisões judiciais, de um raciocínio que englobe somente a lógica dos Estados como sujeitos de direito internacional, o autor desnuda a influência de um raciocínio não previsto pelo Estatuto – ou pelo *design* estrutural da Corte – sobre o processo decisório da CIJ.

Se há a possibilidade de que a “situação concreta de seres humanos” seja vislumbrada a partir de dissonantes olhares judiciais – limitados, claro, pelas fontes do direito internacional –, é certo que o fator psicológico influi sobre a independência dos juízes – daí ser inverossímil mensurá-la com a exatidão da estatística.

Ainda no âmbito da independência judicial e nas veredas do processo de politização que enrodilha os juízes da CIJ, na luminosa obra *International Law*, Malcolm Shaw (2017, p. 804-805) declara:

The members of the Court are elected by the General Assembly and Security Council (voting separately) from a list of qualified persons drawn up by the national groups of the Permanent Court of Arbitration, or by specially appointed national groups in the case of UN members that are not represented in the PCA. *This provision was inserted to restrict political pressures in the selection of judges.* The elections are staggered and take place once every three years, with respect to five judges each time. *In this way some element of continuity amongst the Court is maintained.* In practice, there is close co-ordination between the Assembly and Security Council in electing judges and political factors do obtrude, especially in view of the requirement contained in article 9 of the Statute. *This process has attracted much criticism on the grounds of attendant politicisation but (...) it is difficult to see a way to avoid this completely*¹³ (Grifos meus).

Para além da abstração normativa do Estatuto da CIJ e da doutrina aqui selecionada, é necessário investigar o delineamento do Trilema a partir do caso concre-

¹³ Os membros da Corte são eleitos pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança (votando separadamente) a partir de uma lista de pessoas qualificadas, elaborada pelos grupos nacionais da Corte Permanente de Arbitragem ou por grupos nacionais especialmente nomeados no caso de membros da ONU que não estão representados na CPA. Essa disposição foi inserida para restringir as pressões políticas na seleção de juízes. As eleições são escalonadas e ocorrem uma vez a cada três anos, das quais participam cinco juízes de cada vez. Dessa maneira, algum elemento de continuidade entre o Tribunal é mantido. Na prática, há uma estreita coordenação entre a Assembleia e o Conselho de Segurança na eleição de juízes e fatores políticos se opõem, especialmente tendo em vista a exigência contida no artigo 9 do Estatuto. Esse processo tem atraído muitas críticas com base na politização que o acompanha, mas (...) é difícil ver uma maneira de evitar completamente (tradução livre).



to. Sob essa ótica, à luz da resolução de um caso contencioso, empreende-se uma tentativa quanto à compreensão da maneira pela qual a tessitura do Trilema se dá no plano real, durante o exercício da função contenciosa¹⁴. A *accountability* – valor já considerado, neste trabalho, maximizado pela CIJ em razão dos procedimentos de reeleição e da duração dos mandatos estabelecidos pelo *design* – será agora relegada a um segundo plano. Os recursos de maior interesse, por ora, são a transparência e a independência; daí a abordagem abaixo os elegerem como centro de investigação.

5. PULP MILLS NO RIO URUGUAI: O CASO DAS PAPELERAS

Papeleras designa, em língua espanhola, as indústrias de papel e de celulose e, ao mesmo tempo, dá nome ao caso contencioso entre Argentina e Uruguai que circunda o Estatuto do Rio Uruguai. A 4 de maio de 2006, a Argentina remeteu à Corte um pedido instituindo procedimentos contra o Uruguai, alegando que o país teria violado obrigações regidas pelo Estatuto do Rio Uruguai – tratado do qual ambas as partes são signatárias. No pedido, a Argentina declarou que a violação teve seu germe na autorização e na construção de duas fábricas *papeleras* no rio Uruguai – referenciando, em particular, os efeitos de tais atividades sobre a qualidade das águas, bem como sobre as zonas afetadas pelo rio. Em menção ao art. 36, 1, do Estatuto da CIJ, a Argentina buscou encontrar a jurisdição da Corte sobre o litígio no art. 60, 1, do Estatuto do Rio Uruguai – que institui que “toda controvérsia acerca da aplicação ou da interpretação do Tratado e do Estatuto que não puder ser solucionada por negociações diretas poderá ser submetida, por qualquer uma das partes, à Corte Internacional de Justiça” (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).

¹⁴ Em virtude da extensão limitada de que disponho, elegi apenas um caso para ser focalizado neste item. Assim, gostaria de explicitar as razões pelas quais optei pelo caso *Pulp Mills*: o processo de escrita deste artigo iniciou-se a partir de discussões realizadas durante a disciplina optativa *Tribunais e Cortes Internacionais*, ofertada pelo Professor Doutor Lucas Carlos Lima na Faculdade de Direito da UFMG, durante o segundo semestre de 2021. Durante as aulas, esse caso ganhou um particular destaque – tanto aos meus olhos quanto nos comentários do Professor Lucas. Ante minha maior *familiaridade* com ele em detrimento de outros casos contenciosos da CIJ, optei por me debruçar sobre ele neste projeto.



Após elencar uma série de fundamentos normativos, jurisprudenciais e de outras naturezas, a CIJ, mediante 13 votos vitoriosos contra um único vencido, declarou ter encontrado violações cometidas pelo Uruguai em relação às obrigações processuais tuteladas pelos arts. 7-12¹⁵ do Estatuto do Rio Uruguai, bem como indicou que a Corte teria jurisdição para julgar o litígio.

O Vice-Presidente Tomka, os juízes Koroma, Al-Khasawneh, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood e o Juiz ad hoc *Vinuesa tiveram seus nomes divulgados dentre os votos favoráveis à declaração* – o que atesta um cumprimento do art. 95, I, do Regulamento da CIJ de 1978, já mencionado. Contra a posição aparece o nome do Juiz ad hoc Torres Bernárdez.

¹⁵ Art. 7: “1. La Parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte. 2. Si así se resolviera o no se llegare a una decisión al respecto, la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra Parte a través de la misma Comisión. 3. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas.”.

Art. 8: “1. La Parte notificada dispondrá de un plazo de ciento ochenta días para expedirse sobre el proyecto, a partir del día en que su Delegación ante la Comisión haya recibido la notificación. 2. En el caso de que la documentación mencionada en el artículo 7 fuere incompleta, la Parte notificada dispondrá de treinta días para hacérselo saber a la Parte que proyecte realizar la obra, por intermedio de la Comisión. 3. El plazo de ciento ochenta días precedentemente señalado comenzará a correr a partir del día en que la Delegación de la Parte notificada haya recibido la documentación completa. 4. Este plazo podrá ser prorrogado prudencialmente por la Comisión si la complejidad del proyecto así lo requiriere.”. Art. 9: “Si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido en el artículo 8, la otra Parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada.”.

Art. 10: “La Parte notificada tendrá derecho a inspeccionar las obras que se estén ejecutando para comprobar si se ajustan al proyecto presentado.”.

Art. 11: “1. Si la Parte notificada llegare a la conclusión de que la ejecución de la obra o el programa de operación puede producir perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, lo comunicará a la otra Parte por intermedio de la Comisión dentro del plazo de ciento ochenta días fijado en el artículo 8. 2. La comunicación deberá precisar cuáles aspectos de la obra o del programa de operación podrán causar un perjuicio sensible a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas, las razones técnicas que permitan llegar a esa conclusión y las modificaciones que sugiera al proyecto o programa de operación.”.

Art. 12: “Si las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV.” (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).



Mediante a vitória de 11 votos sobre três, a Corte não encontrou fundamento para a violação no que tange às obrigações substanciais relativas aos arts. 35-36 e 41¹⁶ do Estatuto do Rio Uruguai. A favor são identificados os nomes do Vice-Presidente Tomka, dos juízes Koroma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Cançado Trindade, Yusuf, Greenwood e do Juiz *ad hoc* Torres Bernárdez; contrários à decisão, os nomes dos juízes Al-Khasawneh, Simmae e do Juiz *ad hoc* Vinuesa.

Em decisão unânime, todos os juízes atuantes no litígio rejeitaram todas as outras considerações submetidas à Corte pelas partes.

O Sumário, ainda, consta que os juízes Al-Khasawneh e Simmah anexaram uma opinião dissidente conjunta ao julgamento; os juízes Keith, Greenwood e Cançado Trindade, uma opinião separada; os juízes Skotnikov e Yusuf, uma declaração; o Juiz *ad hoc* Torres Bernárdez, uma opinião separada; o Juiz *ad hoc* Vinuesa, uma opinião dissidente (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Rememorando-se o art. 95, 2, da Resolução supracitada, observa-se que – embora haja apenas uma *permissão*, não uma obrigação, quanto à anexação de opiniões separadas ao julgamento, bem como a possibilidade de um juiz registrar seu acordo ou sua dissidência sem apresentar quaisquer justificativas, de sorte a poder fazê-lo na forma de uma declaração – os juízes usufruem bastante essa possibilidade. Daí a constatação de que a transparência judicial é um valor maximizado não somente pelo *design* institucional da CIJ, mas também pelo próprio comportamento dos juízes.

A veiculação dos nomes dos juízes participantes do julgamento, a publicidade dos números de votos favoráveis ou contrários a determinada decisão e a divulgação dos nomes de juízes contrários ou favoráveis a ela são obrigatórias conforme

¹⁶ Art. 35: “Las Partes se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el manejo del suelo y de los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del Río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del mismo o la calidad de sus aguas.”

Art. 36: “Las Partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el Río y sus áreas de influencia.”

Art. 41: “Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las Partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales. b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1) Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2) La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos (COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI, 1975).

o regulamento; a anexação de opiniões separadas justificadas e de declarações, entretanto, não o são. Logo, caso os juízes desejassem reduzir a transparência da Corte, poderiam fazê-lo à luz da recusa à emissão de opiniões separadas. Se assim não atuam, é porque provavelmente não ambicionam abrandá-la.

Dessa maneira, é plausível notar que, mesmo sendo possível haver receios por parte dos juízes a retaliações advindas como respostas à identificação individual de opiniões indesejadas – em especial, pelo Estado de origem –, é certo dizer que, caso a posição de vulnerabilidade a que os juízes se submetem fosse significativa, anexações de declarações e, sobretudo, de opiniões separadas aos julgamentos seriam (quase) inexistentes. A partir da presente investigação, porém, não se nota uma grande ameaça pairando sobre a independência judicial¹⁷.

Se sob razoável condição de vulnerabilidade, sete juízes (incluindo-se, na contagem, dois *ad hoc*), dentre quatorze, haveriam de anexar opiniões separadas ao julgamento e outros dois, declarações?

A outra feição da independência a ser analisada, segundo Dunoff e Pollack, reside na correspondência comportamental de juízes a interesses dos Estados. Acredita-se, porém, que esse dado não seja mensurável o bastante para dele se quantificar a pressão exercida sobre a independência, já que, para além de testemunhos, tal influência diz respeito a caracteres, em particular, psíquicos. A subjetividade – imensurável porque única, mutável de indivíduo para indivíduo – não permite a si mesma ser alcançada e testada para fins estatísticos.

Logo, mesmo que as informações trazidas n’O *trilema judicial* a esse respeito sejam válidas, talvez seja possível considerá-las um pouco ousadas na medida em que lidam com algo exterior às fronteiras da estatística. Prefere-se, então, neste trabalho, abster-se de um julgamento relativo à influência exercida pela sede de reeleição sobre os juízes. As provas para bem examiná-las são escassas; logo, qualquer afirmação delas advinda repousará em um terreno escorregadio, instável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O receio a retaliações pode exercer uma pressão sobre a independência judicial; o interesse político, também. Porém, a análise dessas inter-relações consiste

¹⁷ Embora aqui apenas um caso contencioso seja focalizado, sabe-se que, a partir de uma análise global, encontram-se índices semelhantes quanto à anexação de opiniões separadas e de declarações aos julgamentos.



em uma tarefa bastante complexa – de complexidade superior à compreensão de como os eventos entrelaçados à transparência e à *accountability* comportam-se.

Eis a explicação: enquanto a transparência e a *accountability* situam-se eminentemente no plano do *design* institucional – ligando-se portanto à mecanicidade dos estatutos instituídos à luz da promessa de cooperação entre os Estados e, em menor medida, ao comportamento mental do juiz –, a independência entrelaça-se sobremaneira à racionalidade (e à psique como um todo) do juiz-indivíduo, não ao *design* racional-institucional de um tribunal; isto é, para além do gerenciamento burocrático das instituições internacionais, a independência judicial liga-se diretamente à figura do juiz, à sua subjetividade e às reações do juiz aos regulamentos e aos padrões instituídos pelos Estados. Todavia, o *mecânico*, o *automático* e o *rito da burocracia* existentes na transparência e na *accountability* perdem-se, em níveis não quantificáveis, quando se olha para a independência judicial. Os três valores abarcados pelo Trilema exigem atenção simultânea às tradições do *design* racional e da política judicial. Porém, ao passo que a análise dos dois primeiros valores exige uma maior presença do *design* e, logo, uma presença mais branda da política judicial, uma investigação da independência tem de maximizar a política judicial em detrimento do *design*, cuja presença é, ainda assim, essencial ao estudo pretendido.

Haveria então dilemas nas profundezas do próprio Trilema?

Sim; daí a compreensão de sua lógica ser tão profunda – e talvez inesgotável. É a onipresença da *inexorável escolha de valores concorrentes legada ao homem*.

Pico della Mirandola, em *Oratio de hominis dignitate*, concebe o homem como o ser mais admirável que repousa sobre o palco deste grande teatro que é o mundo; pois, distinto dos outros seres, não tem nenhuma imagem que lhe seja inata: animal de natureza multiforme, ele mesmo se molda, fabrica-se e transforma-se, imiscuindo em si imagens estranhas e adventícias.

Projetado como uma criatura de imagem indefinida pelo *supremo artífice* – que, tendo-o colocado no centro do mundo, disse-lhe: “não te demos um lugar determinado, nem um aspecto que te seja próprio, nem dom algum peculiar, a fim de que tu obtenhas e possuas, segundo o teu desejo e por tua decisão, aquele aspecto, aqueles dons que tu mesmo tiveres escolhido” (MIRANDOLA, 2021, p. 35) –, o homem foi designado o escultor de si mesmo, de sorte a modelar-se na forma que prefere de si.

Se as demais criaturas estão encerradas no interior das leis da natureza prescritas pelo Artífice, o homem, por sua vez, não é constringido por quaisquer limites: é ele quem definirá, para si, a sua lei.

A ele foi dado ter o que escolher, ser o que quiser. As feras, no momento em que nascem, trazem consigo, “da barriga materna”, como diz Lucílio, tudo aquilo que haverão de possuir. Os espíritos superiores, ou desde o início ou logo depois, já eram aquilo que serão pelas eternidades perpétuas. Mas o Pai inseriu no homem, em seu nascimento, as sementes de todas as possibilidades e de todas as espécies de vida; e elas hão de crescer em cada um que as tiver cultivado, e nele produzirão seus frutos (MIRANDOLA, 2021, p. 37).

Criatura privilegiada, o poder humano de desenhar a si mesmo somente é ativado com a escolha. A todo instante, a autoescultura somente se opera após o lançamento, em direção ao homem, de pomos de ouro.

Assim também se configura a lógica do Trilema. O *design* dos tribunais é esculpido pelos próprios tribunais – pelos Estados que os criaram e pelos juízes que nele atuam. Lançados novos pomos dourados, é necessário que os tribunais concedam a derrota a um valor e a vitória aos outros dois.

Conforme a discussão acima, vê-se a complexidade de solucionar o Trilema – ele mesmo rodeado de outros dilemas. Semelhante à Hidra de Lerna, a necessidade de fazer escolhas nasce de escolhas já realizadas, de impasses já solucionados.

Tomou-se a Corte Internacional de Justiça, em um primeiro momento, como instituição projetada à luz do terceiro ideal. Portanto, contaria com a *accountability* e com a transparência maximizadas, o que imporia um inarredável sacrifício à independência judicial. Entretanto, variáveis outrora omitidas foram desnudadas, de maneira que à independência foram acrescidos valores para além daqueles contabilizados pelo Trilema originário.

Se não é possível mensurar o interesse quanto à reeleição sobre o comportamento judicial, por que seria verossímil mensurar a influência exercida pelo receio à retaliação sobre esses mesmos juízes, considerando-se que ambas as variáveis se deslocam do espaço público da política burocrática para o espaço privado da psicologia anárquica?

É possível esboçar o seguinte argumento: enquanto a primeira influência sobre a independência judicial pode ter sua *materialidade* comprovada – pois é fato que, diante da *identificabilidade* de opiniões separadas (dissidentes ou concorrentes), sobretudo as justificadas, juízes que não as tivessem anexado ao julgamento seriam reeleitos devido ao apoio de seu Estado de origem; a prova, então, reside na inexistência de fundamentos plausíveis dados pelo Estado, que não a declaração de opiniões indesejadas porque contrárias aos interesses nacionais, para a não renovação do mandato judicial –, pensa-se não ser possível auferir comprovações seguras da segunda; pois, sendo as renovações do mandato judicial um fato co-



mumente observado, seria difícil dizer quando a reeleição do juiz esteve atrelada à emissão de opiniões fundamentadas sobremaneira nos interesses estatais, extrapolando-se interpretações plausíveis das fontes do direito aplicadas à Corte. Portanto, acredita-se que apenas *acordos diplomáticos* visivelmente *pactados* entre o juiz e o Estado poderiam ser utilizados como meio de prova.

Ante essas considerações, conclui-se que o *design* estrutural da CIJ, de fato, apresenta altos níveis de *accountability* e de transparência. A indicação dos níveis da independência, por mais insegura que essa pretensão seja, talvez seja também possível. Diante de toda a análise, sendo inviável demonstrar a minimização da independência pela Corte, acredita-se – em razão das inevitáveis interpenetrações e inter-relações dos três valores do Trilema – também não ser possível considerá-la maximizada; ainda que o interesse em galgar a reeleição não seja mensurável, ele tampouco é inexistente ou não influente sobre o comportamento dos juízes. Entretanto, o receio a retaliações é aparentemente menor do que se presume. Assim, imagina-se que a Corte apresente um nível médio de independência judicial.

Mas a investigação não está concluída: outros *pomos dourados* já serão lançados sobre os estudos dos tribunais internacionais. Aqueles que desejarem solucioná-los não deverão se esquecer de que sempre haverá algo para se solucionar. Caso alguém pretenda julgar todos os enigmas, alcançar todos os esconderijos nos quais os mistérios passíveis (ou não) de serem decifrados se alojam, é preciso adverti-lo: “Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate¹⁹”.

¹⁹ Na tradução de Italo Eugenio Mauro: “Deixai toda esperança, ó vos que entraís.” (ALIGHIERI, 2019, p. 37). Na tradução de Italo Eugenio Mauro: “Deixai toda esperança, ó vos que entraís.” (ALIGHIERI, 2019, p. 37).



REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Tradução de Italo Eugenio Mauro. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2019, p. 37.

AZIZI, Josef. *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?* Era Forum, v. 12, 2011, p. 49-68. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251083717_Unveiling_the_EU_Courts%27_Internal_Decision-Making_Process_A_Case_for_Dissenting_Opinions. Acesso em: 26 mar. 2022.

CESARE, Donatella di. *Estrangeiros residentes: Uma filosofia da migração*. Tradução de César Tridapalli. 1. ed. Belo Horizonte, Veneza: niyé, 2020.

COMISSÃO ADMINISTRADORA DO RIO URUGUAI (CARU). *Estatuto del Rio Uruguay*. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/21413-nacional-estatuto-rio-uruguay-Int0000266-1976-09-09/123456789-0abc-defg-g66-20000tcanyel>. Acesso em: 25 jan. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay). Summary of the Judgment of 20 April 2010. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/135>. Acesso em: 21 jan. 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Statut de la Cour Internationale de Justice*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/fr/statut>. Acesso em: 23 jan. 2022.

DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. *O trilema judicial*. Tradução de Lucas Carlos Lima e de Lucas Mendes Felipe. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

EURÍPIDES. *As Troianas*. Tradução de Trajano Vieira. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2021.

HOMERO. *Ilíada*. Tradução de Frederico Lourenço. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Frederico Lourenço. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Annuaire de l'Institut de droit international. Séssion de Rhodes*, v. 74, 2011. Disponível em: <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/Question1.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

KEELING, David T; MANCINI, G. Federico. *Democracy and the European Court*



of Justice. *The Modern Law Review*, v. 57, n. 2, mar. 1994, p. 175-190. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1994.tb01931.x>. Acesso em: 26 mar. 2022.

LÍCOFRON. *Alexandra*. Tradução de Trajano Vieira. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2017.

LIMA, Lucas Carlos; PALCHETTI, Paolo. *O Trilema Judicial: as muitas razões para uma leitura em português*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. *O trilema judicial*. Tradução de Lucas Carlos Lima e de Lucas Mendes Felipe. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 9-18.

MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Elaine Cristine Sartorelli. 1. ed. Belo Horizonte, Veneza: niyê, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Acesso em: 24 jan. 2022.

OVÍDIO. *Metamorfoses*. Tradução de Domingos Lucas Dias. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2017.

PROTOCOLO (Nº 3) RELATIVO AO ESTATUTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia* (C 83/210), 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2010:083:FULL&from=ga>. Acesso em: 26 mar. 2022.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 18 ed. United Kingdom; New York: Cambridge University Press, 2017

SÓFOCLES. Antígona. In: SÓFOCLES. *Rei Édipo e Antígona*. Tradução de J. B. Mello e Souza. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 103-164.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2013.

A TEORIA DA COCULPABILIDADE NA JUSTIÇA ESTADUAL MINEIRA: UM ESTUDO EMPÍRICO-QUANTITATIVO

THE THEORY OF COCULPABILITY IN THE STATE COURTS OF MINAS GERAIS: AN EMPIRICAL-QUANTITATIVE STUDY

Milenny Lee Cabral Marins*

Resumo: A coculpabilidade consiste na verificação da marginalidade socioeconômica como possível mitigação da culpabilidade. Admite-se a incapacidade estatal em promover condições básicas a parcela da população, cabendo ao Estado-juiz reconhecer que essa negligência propiciou, em certa medida, a ocorrência do fato típico, refletindo, portanto, no quantum da pena. Diante da problemática do estudo, embora tenha expressão na ciência penal, a sua aplicabilidade nos tribunais brasileiros é quase inexistente. O objetivo geral deste estudo consistiu no exame quantitativo das posições da jurisprudência mineira. No tange à metodologia empregada, compreendeu-se na análise quantitativa de 98 sentenças penais condenatórias e de 137 acórdãos do TJMG (2016-2018), elaborando um banco estático com os dados objetivos com as características do julgamento, do acusado e das categorias argumentativas da defesa e dos magistrados. Conquanto o estudo tem alcance regional, os dados objetivos refletem as informações oficiais sobre os perfis das pessoas encarceradas. A partir da análise dos dados quantitativos, este estudo conclui que a coculpabilidade, apesar de progressivamente sendo utilizada pela defesa, sem a positivação no ordenamento jurídico, terá obstáculos na incidência de casos concretos.

Palavras-Chave: Coculpabilidade. Marginalidade. Pesquisa empírica. Jurisprudência mineira.

*Graduanda da 9ª fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2520654882576127>. E-mail: milennymarins@hotmail.com.

O presente trabalho foi realizado sob orientação da Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo e com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq).



Abstract: Co-culpability consists in the verification of socioeconomic marginality as a possible mitigation of culpability. The inability of the State to promote basic conditions to the part of the population is admitted, and it is up to the judge to recognize that this negligence has provided, to a certain extent, the occurrence of the typical fact, reflecting, therefore, the quantum of the penalty. Although it has expression in criminal science, its applicability in the Brazilian Courts is almost non-existent. The general objective of this study was the quantitative examination of the positions of Minas Gerais jurisprudence. Regarding the applied methodology, it was formed by the quantitative analysis of 98 convicting criminal judgments and 137 TJMG's judgments (2016-2018), elaborating a static database with the characteristics of the judgments, of the accused and the argumentative categories of the defence and magistrates. Having the study a regional scope, the objective data reflect the official information about the imprisoned people profiles. Moreover, coculpability has been progressively used by the defense, however, without positivation in the legal order, it is noted that it will have obstacles in the concrete cases incidence.

Keywords: Culpability. Marginality. Empirical research. Minas Gerais Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

A culpabilidade é o único elemento da estrutura do ilícito que está em constante evolução. A doutrina penal majoritária sustenta que três teorias foram desenvolvidas objetivando o seu aperfeiçoamento. Devido a essa evolução dogmática, percebe-se também por parte da ciência penal do final do século XX e início do XXI, um demasiado interesse pela busca de processos verdadeiramente democráticos e humanitários para o aprimoramento dessa.

Determinados juristas, a exemplo do argentino Raúl Zaffaroni, compreendem que a culpabilidade normativamente pura não é suficiente para o aludido objetivo. Desta maneira, foram formulados alguns relevantes mecanismos para a reformulação da culpabilidade, dentre eles, o objeto deste estudo: a teoria da coculpabilidade.

A coculpabilidade tem como base a omissão do Estado em promover os deveres constitucionais para com parte da população, bem como o reconhecimento que esse concorreu indiretamente para a prática do delito. Através do Poder Judiciário, o Estado concede a atenuação da pena, e, em casos excepcionais, a exclusão da culpabilidade, com objetivo de abrandar, ao menos penalmente, os efeitos da sua negligência.

Os juristas que a desenvolveram argumentam que a marginalidade social, em certa medida, pode mitigar a autodeterminação do indivíduo. Assim, a norma não consegue o motivar e, conseqüentemente, não age conforme o Direito exige. Alegam, também, que a incidência prática da coculpabilidade efetiva os preceitos constitucionais da dignidade humana, da isonomia e da individualização da pena.

Diante da problemática deste estudo, embora tenha expressão na ciência penal e seja possível verificar em diferentes instâncias a preocupação dos defensores em dar aplicabilidade nos casos concretos, a sua ocorrência nos tribunais brasileiros é quase inexistente, posto isso, este estudo buscará responder a seguinte pergunta-problema: quais são as características gerais e específicas dos processos judiciais que não aplicam essa pretensão, bem como o porquê?

Essa inaplicabilidade, hipoteticamente, poderia ser respondida pelos reflexos de um legalismo exacerbado no judiciário, bem como pela não crença que marginalidade social poderia influir na culpabilidade. Outrossim, este estudo também considera como hipótese a ser verificada que, em termos quantitativos, a maior proporção de representação de defesa será realizada pela Defensoria Pública, dados as suas características institucionais, assim como pressupõe que as decisões judiciais analisadas versarão, predominantemente, sobre delitos contra o patrimônio e contra a saúde pública, especificamente, o tráfico de drogas.

Para a análise das apresentadas hipóteses, o objetivo geral desta pesquisa científica foi executar a análise quantitativa de 235 decisões judiciais da justiça estadual mineira, com consequente mapeamento objetivo da discussão acerca do tema proposto.

A pesquisa empírica foi orientada pelos seguintes objetivos específicos a (i) analisar quantitativamente 98 sentenças penais condenatória do período de 01/01/2016 a 31/12/2018, assim como 137 acórdãos, do período de 01/01/2016 a 31/12/2017 da justiça do Estado de Minas Gerais e (ii) desenvolver um levantamento estatístico com as informações processuais, com as características dos casos, com as características das argumentações das defesas e dos magistrados e com a aplicabilidade da coculpabilidade.

A pertinência desta pesquisa é demonstrada em um cenário de ampliação dos números do Sistema Penitenciário brasileiro, o que levou o país à terceira posição no ranking mundial de população carcerária. Além disso, diante de pesquisas empíricas que verificam o perfil das pessoas encarceradas, constata-se que o poder punitivo não é exercido de maneira simétrica. À vista disso, a aplicação da coculpabilidade no âmbito processual expressa-se como uma possibilidade de limitar esse histórico poder seletivo. Paralelamente, a predileção de executar esta pesquisa de maneira quantitativa surge da necessidade de examinar o que os juízes e desembargadores mineiros compreendem do tema, além suprir a falta de estudos semelhantes que analisam um notável volume de peças de conteúdo decisório.



Prosseguindo para os métodos e procedimento de pesquisa, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, o tipo de pesquisa é quantitativo, bem como o procedimento foi fornecido pelo método estatístico, sendo que permite a redução da análise de fenômenos em termos quantitativos, buscando a interpretação de correlações e padrões.

A partir da análise dos dados quantitativos, este estudo conclui que a coculpabilidade, apesar de progressivamente sendo utilizada pela defesa, sem a positividade no ordenamento jurídico, terá obstáculos na incidência de casos concretos.

A apresentação da presente pesquisa empírica será dividida em duas subseções. A primeira abordará breves considerações acerca da teoria da coculpabilidade, como a sua origem e definição. Na segunda subseção será apresentado o levantamento estatístico e análise quantitativa das 235 decisões analisadas, expondo o ano de julgamento, a Comarca que prolatou a sentença ou a origem da Apelação Criminal, o sexo do acusado, o tipo penal, se a conduta típica foi cometida com violência ou grave ameaça, a representação da defesa, se o réu é reincidente, o argumento principal da defesa e do magistrado, as Câmaras Criminais onde recurso foi analisado, bem como o relator do acórdão e a aplicabilidade da teoria da coculpabilidade.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA TEORIA DA COCULPABILIDADE

A insuficiência da culpabilidade normativa para definir elementos objetivos para aferição correta do terceiro elemento do ilícito fez com que a doutrina reelaborasse o conceito da coculpabilidade, com a finalidade de diminuir o caráter seletivo do sistema punitivo. Nessa perspectiva, o princípio teve a sua primeira aparição, no último século, no texto do *Política criminal latinoamericana: perspectivas, disyuntiva* (1982), do jurista argentino Raúl Zaffaroni. Nesse texto, o autor considera não ser possível fazer a igual análise da culpabilidade em meios sociais onde não brinde-se de oportunidades equitativas a todos, sendo necessário, além da censura à conduta, a corresponsabilização da sociedade.

No cenário brasileiro, após a singular magna carta de 1988, a doutrina penal se debruça sobre a teoria ao constatar que o Estado assumiu o objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais.



Outrossim, ponderando que tais missões constitucionais foram frustradas, admite-se a incapacidade estatal de promover condições básicas a parcela dos cidadãos, tornando-os socialmente marginalizados. Nesse nexos, “[...] são responsáveis pela manutenção e pelo acirramento das desigualdades e da exclusão social, fatores que implicam na redução da liberdade de escolha e autodeterminação dos indivíduos por eles afetados” (LOUREIRO, 2019, p. 139).

Nesse cenário, Nilo Batista salienta que o exame da culpabilidade tradicional é equivocado, uma vez que “[...] reprovar com mesma intensidade a pessoas que ocupam situação de privilégio e outras que se acha em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade” (BATISTA, 2007, p.105).

Nessa mesma linha, Grégore de Moura entende que a coculpabilidade é calçada nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da individualização da pena. Devido a interpretação sistemática desses princípios, o jurista considera que a coculpabilidade é um princípio implícito constitucional (MOURA, 2019, p.59).

Prosseguindo a conceituação da coculpabilidade, a ciência penal aponta como a sua sustentação teórica a (in)exigibilidade da conduta conforme a norma. De tal modo, argumenta que a marginalidade social tem potencial de mitigar a autodeterminação do indivíduo, em vista disso, a norma não consegue o motivar e agir conforme o Direito determina. Portanto, isso pode gerar uma redução na reprovação da conduta, reduzindo a culpabilidade, na medida da coculpabilidade. Desta maneira, o autor Nilo Batista expõe que a incidência do conceito na dosimetria da pena “[...] faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu” (BATISTA, 2011, p.105).

Por consequência, o reconhecimento da omissão estatal pode conceder ao julgador a oportunidade de examinar as complexas circunstâncias sociais, tais como o desemprego, a ausência de políticas públicas, a insalubridade e o ensino educacional. O que, em tese, podem limitar a experiência social do acusado. Desse modo, se julgar que tais circunstâncias efetivamente influíram no cometimento do delito, anui que o Estado concorre indiretamente para a prática do delito. Assim sendo, concede ao autor do fato típico a atenuação de pena, ou em casos excepcionais, a exclusão da culpabilidade. Contudo, é importante salientar que esse reconhecimento não gera responsabilidade penal ao Estatal, surtindo consequências somente no *quantum* da pena.



A origem histórica e conceitual da teoria da corresponsabilização penal é de difícil aferição. Após a sua reformulação na década de 1980, alguns estudos apontam gêneses destoantes, a se destacar duas concepções majoritárias para tal explicação, as dos juristas Raúl Zaffaroni e Juan Andrés Cumiz.

O primeiro entendimento sustenta que a teoria é “[...] observada há mais de dois séculos, na chamada co-culpabilidade, que tem origem em Marat, e no bom juiz Magnaud” (ZAFFARONI, 2004, p.36). Assim sendo, Zaffaroni acredita que a coculpabilidade foi desenvolvida a partir dos pensamentos do médico, iluminista, revolucionário e não-jurista, Jean-Paul Marat, contidos no *Plano de legislação criminal*, de 1799. A teoria foi “[...] desenvolvida uma crítica socialista e revolucionária ao pensamento talional kantiano.” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011. p. 236). Adiante, a *mea-culpa* foi aplicada nas sentenças do juiz francês Paul Magnaud (1848-1926).

Nessa continuidade, sendo essa concepção a mais apoiada pela doutrina, a mesma tem a sua origem no contexto histórico junto ao surgimento do Estado Liberal, bem como a sua necessidade de desvinculação ao anterior Estado Absolutista. Contudo, com o novo modelo de Estado, pós-Revolução Francesa, “[...] intensificaram-se as desigualdades sociais, o que acabou por reforçar a utilização do direito penal como instrumento de controle social das camadas mais pobres” (LOUREIRO, 2019, p.141).

Dessa forma, Jean-Paul Marat levanta a validade dos contratos sociais, bastante em voga no período iluminista, isso porque “[...] afirmando que os homens se reuniram em sociedade para garantirem seus direitos, mas que a primitiva igualdade social foi rompida através da violência que exercem uns sobre os outros, submetendo uns aos outros, despojando-os da parte que lhes correspondia” (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p.236). Como consequência, Marat propõe que se analise as circunstâncias pessoais e sociais a qual o agente vivenciou, como uma forma de compensação da desigualdade social.

Em sentido contrário, a segunda concepção é apoiada pelo jurista Juan Andrés Cumiz. Este argumenta que a coculpabilidade surgiu junto aos direitos socialistas, sobretudo na República Democrática Alemã (CUMIZ, s/a, p. 7). Nesse momento “[...] propunha-se a reformulação das estruturas jurídicas, de modo que pudessem compensar essas desigualdades” (LOUREIRO, p.144). No entanto, o autor sustenta que a coculpabilidade também pode ter raízes anteriores com as sentenças do juiz Paul Magnaud.



2.2 ANÁLISE QUANTITATIVA DAS DECISÕES DA JUSTIÇA ESTADUAL MINEIRA

2.2.1. Metodologia empregada

A pesquisa empírica quantitativa da possível incidência da coculpabilidade aconteceu através da averiguação dos dados objetivos das decisões judiciais da justiça estadual mineira. Como resultado, foi desenvolvido um levantamento estatístico que contou tanto com decisões da Primeira Instância, quanto com decisões da Segunda Instância.

O exame em grande escala de sentenças e acórdãos ocorreu a partir da plataforma digital de busca da jurisprudência mineira¹, que tem como intuito atender ao princípio processual da publicidade. A busca por decisões aptas aconteceu no campo de pesquisa livre², inserindo o termo “coculpabilidade” e intervalo temporal proposto. A análise quantitativa das sentenças penais condenatórias das Comarcas de Minas Gerais contou com 98 peças, do período de 01/01/2016 a 31/12/2018. Paralelamente, o exame das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais somou 137 acórdãos, do período de 01/01/2016 a 31/12/2017.

Assim, foram retirados os autos número dos processos ou a numeração dos acórdãos, a Comarca que prolatou a sentença ou a origem do recurso de apelação criminal, o ano de julgamento, o sexo dos acusados, o tipo penal, os crimes com violência ou grave ameaça, a representação da defesa, a reincidência legal, o argumento principal da defesa e o argumento principal do magistrado. Julgou-se necessário, como características específicas do julgamento em Segunda Instância, retirar os dados de quais Câmaras Criminais foram responsáveis pelos recursos, bem como quais foram os relatores.

Para maior organização, a apresentação dos resultados do estudo quantitativo será dividida em quatro etapas: as informações processuais, as características dos casos, as características das argumentações, e por fim, a apresentação da incidência prática da teoria da coculpabilidade.

¹ A plataforma com as decisões judiciais de Primeira e de Segunda Instância, respetivamente, está disponível nos endereços, respetivamente, <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/sentenca.do> <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>.

² Nem todas as decisões judiciais da plataforma, dentro do intervalo temporal proposto no estudo, foram aptas para a análise quantitativa. Isso porque continham o termo “coculpabilidade” por mera citação de ementa de jurisprudência, ou até mesmo no caso de algumas sentenças, vinham do mesmo processo criminal de acórdãos já analisados. Desse modo, na plataforma constam 253 sentenças, mas somente 98 sentenças foram aptas, de modo semelhante, constam 153 acórdãos, mas somente 137 foram aptos.



Antes de iniciar a exposição da análise quantitativa, é importante mencionar que todos os dados objetivos apresentados se referem a processos criminais distintos, portanto, não se repetem nas diferentes instâncias. Isso foi possível em virtude da verificação de todos os acórdãos na plataforma de andamento processual do TJMG, a consulta pública do Sistema de Informação dos Serviços das Comarcas (SISCOM/TJMG). Para isso, foram verificados se os autos número do processo de origem correspondiam aos das sentenças já analisadas, assim, se coincidissem, a decisão de primeiro grau era considerada inapta.

2.2.2 Informações processuais

É indispensável a observação dos componentes objetivos do julgamento onde pleiteada a matéria presente. Nesse sentido, permitiu a pesquisa, de maneira mais concreta, o exame mais detalhado da tentativa da aplicação da coculpabilidade.

2.2.2.1 Ano de julgamento

O ano do julgamento analisado foi um dos recortes temáticos para execução da pesquisa empírica. A primeira decisão que versa sobre o pedido de reconhecimento da coculpabilidade, publicada na plataforma digital do tribunal mineiro, foi julgada na data de 06 de agosto de 2013 e prolatada pelo juiz Wagner Aristides Machado da Silva Pereira, da Comarca de Varginha. No entanto, durante a elaboração do plano de trabalho deste estudo, entendeu-se que seria inviável examinar todas as decisões de Minas Gerais. As Tabela 01 e 02 demonstram os anos dos julgamentos em Primeira e Segunda Instância, respectivamente.

Tabela 1 - Ano de julgamento das sentenças penais condenatórias

| Ano de julgamento | Sentenças | Percentual |
|-------------------|-----------|------------|
| 2016 | 53 | 54% |
| Ano de julgamento | Sentenças | Percentual |
| 2017 | 12 | 13% |
| 2018 | 33 | 33% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora

Tabela 2 - Ano de julgamento dos acórdãos

| Ano de julgamento | Acórdãos | Percentual |
|-------------------|----------|------------|
| 2016 | 76 | 55,47% |
| 2017 | 61 | 44,53% |
| Total | 137 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pela autora

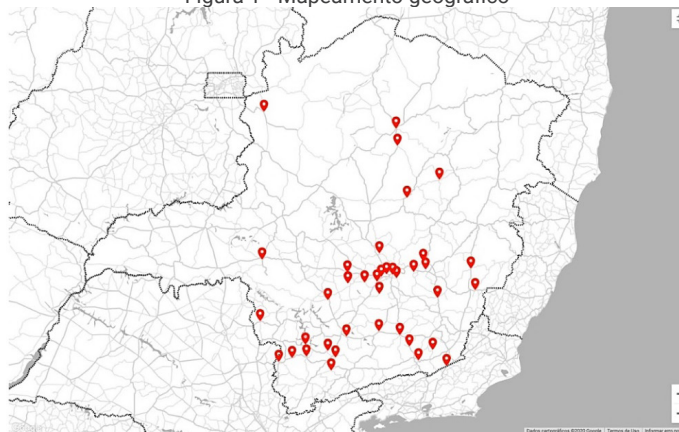
2.2.2.2. Mapeamento Geográfico

A contagem das Comarcas surge da necessidade do mapeamento geográfico acerca de onde atuam os defensores públicos e os advogados que pleiteiam a aplicação da corresponsabilização. Isso possibilitou ao estudo a visualização de quais são as cidades e as regiões onde a coculpabilidade por vulnerabilidade tem mais influência.

Desse modo, o levantamento apontou que na Primeira Instância da justiça estadual mineira, 16 Comarcas julgaram pedidos de atenuação de pena pela coculpabilidade. De maneira diferente, em Segunda Instância, 30 Comarcas constavam como origem do recurso no recorte de tempo estipulado pela pesquisa. Fazendo a intersecção dos dados das Comarcas de julgamento e de origem de recurso de apelação, repetiram na verificação 37 comarcas.

A Figura 1 a seguir expõe que a localização das Comarcas se concentrou, sobretudo, na região central, na região do sul e na região da mata de Minas Gerais.

Figura 1 - Mapeamento geográfico



Fonte: Elaborada pela autora.



Por outro lado, dentre as 98 sentenças, 51 decisões foram proferidas na Comarca de Varginha, no sul de Minas Gerais. Em conformidade com a Primeira Instância, a mesma teve 46 acórdãos com origem de recurso de apelação perante alguns de seus juízos criminais.

Devido a disparidade de dados em relação às cidades, averiguou-se que boa dessas decisões judiciais tiveram a atuação da defensora pública Eline Viviane Marcelo. Ela exerce a função pública na 2ª Vara Criminal e da Infância e Juventude, além de ser presidente do Conselho Fiscal do Conselho da Comunidade (previsto no art. 80 da Lei de Execuções Penais). No entanto, não foi encontrado nenhum elemento que a aproxima diretamente da teoria da coculpabilidade, como por exemplo, currículo *lattes*, tão pouco a sua trajetória na Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Ademais, foi constatado que na sede da Defensoria Pública em Varginha atuam sete defensores públicos.

Apesar do grande número de decisões judiciais envolvendo a cidade, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), conjuntamente o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), que organizaram o Atlas da Violência de 2018, apontaram a cidade de Varginha, que tem aproximadamente 130 mil habitantes, como uma das dez cidades com menores índices de criminalidade do país (CERQUEIRA, 2018).

A Tabela 03 demonstra as Comarcas de julgamento em Primeira Instância, bem como a Tabela 04 demonstra a origem dos recursos de Apelação Criminal.

Tabela 3 - Comarcas dos julgamentos em Primeira Instância

| Comarcas de Minas Gerais | Sentenças | Percentual |
|-------------------------------------|-----------|------------|
| Comarca de Varginha | 51 | 52% |
| Comarca de Alfenas | 12 | 12% |
| Comarca de Ponte Nova | 7 | 7% |
| Comarca de Belo Horizonte | 6 | 6% |
| Comarca de São Sebastião do Paraíso | 5 | 5% |
| Comarca de Divinópolis | 4 | 4% |
| Comarca de Poços de Caldas | 2 | 2% |
| Comarca de Manhuaçu | 2 | 2% |
| Comarca de Contagem | 2 | 2% |
| Comarca de Machado | 2 | 2% |
| Comarca de São João Nepomuceno | 1 | 1% |
| Comarca de São João Del-Rey | 1 | 1% |
| Comarca de São João Nepomuceno | 1 | 1% |
| Comarca de São João Del-Rey | 1 | 1% |
| Comarca de Santos Dumont | 1 | 1% |
| Comarca de Nova Serrana | 1 | 1% |
| Comarca de Lambari | 1 | 1% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 4 - Origem das apelações criminais

| Origem da apelação | Acórdãos | Percentual |
|----------------------------|----------|------------|
| Comarca de Varginha | 46 | 34% |
| Comarca de Unai | 32 | 24% |
| Comarca de João Monlevade | 11 | 8% |
| Comarca de Betim | 7 | 5% |
| Comarca de Três Corações | 4 | 3% |
| Comarca de Caratinga | 3 | 2% |
| Comarca de Poças de Caldas | 3 | 2% |
| Comarca de Além Paraíba | 2 | 1% |
| Comarca de Belo Horizonte | 2 | 1% |
| Comarca de Bonfim | 2 | 1% |
| Comarca de Juiz de Fora | 2 | 1% |
| Comarca de Montes Claros | 2 | 1% |
| Comarca de Nova Lima | 2 | 1% |
| Comarca de Sete Lagoas | 2 | 1% |
| Comarca de Alfenas | 1 | 1% |
| Comarca de Araxá | 1 | 1% |
| Comarca de Barão de Cocais | 1 | 1% |
| Comarca de Barbacena | 1 | 1% |
| Comarca de Campestre | 1 | 1% |
| Comarca de Diamantina | 1 | 1% |
| Comarca de Divinópolis | 1 | 1% |
| Comarca de Formiga | 1 | 1% |
| Comarca de Itamarandiba | 1 | 1% |
| Comarca de Itabira | 1 | 1% |
| Comarca de Itaúna | 1 | 1% |
| Comarca de Lavras | 1 | 1% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.2.3 Representação da defesa

O levantamento dos representantes das defesas dos acusados é imprescindível para verificar uma das hipóteses de pesquisa. O estudo postulou que na maioria dos casos a defesa seria pública, pois poderia incidir diretamente às condições de vulnerabilidade social, alegadas pelo representante. Essa hipótese foi calcada na qualidade de função essencial da justiça da Defensoria Pública, ademais essa tem como uma das missões a concretização dos direitos fundamentais, por meio da assistência jurídica aos cidadãos mais carentes. Portanto, dentre as funções típicas do defensor público, está o papel de garantidor dos princípios do contrário e ampla defesa do acusado, quando há ausência de defesa ou insuficiência da defesa privada.



Corroborando a hipótese, no ano de 2015 o Ministério da Justiça finalizou o IV Diagnóstico da Defensoria Pública (GONÇALVES; BRITO; FIGUEIRA, 2015), que teve como objetivo levantar os dados do funcionamento das Defensorias Públicas dos Estados e da União. Constatou-se, por meio deste, que no Brasil exercem 5.512 defensores públicos estaduais, bem como no estado de Minas Gerais atuam 581 defensores públicos. Desse total, 49% dos defensores públicos responderam aos questionamentos, sendo que dos defensores de Minas Gerais, 61% contribuíram para o levantamento.

Dentre outras perguntas formuladas aos defensores, foram indagados quais seriam os fatores considerados importantes para o exercício da carreira de defensor público estadual. Como resultado, os retornos mais pertinentes foram que (i) 99,6% dos defensores o saber técnico-jurídico seria importante, (ii) 97,1% a afinidade para trabalhar com comunidades socialmente vulneráveis e, por fim, (iii) 96,7% seria o comprometimento com a justiça social. Em síntese, aliado a percepção da condição de vulnerabilidade do indivíduo defendido, essas respostas poderiam justificar a afinidade dos defensores públicos com a coculpabilidade.

Frente aos dados desta pesquisa, na Primeira Instância 85,84% dos casos tiveram a atuação de defensores públicos. Em razão semelhante, em Segunda Instância 80,29% dos acusados foram defendidos por defensores públicos. Todavia, em ambas instâncias, tiveram decisões que não foram possíveis a retirada o dado da defesa do réu³. As Tabelas 5 e 6 expõem os representantes das defesas dos acusados em Primeira Instância e Segunda Instância, respectivamente.

Tabela 5 - Representantes em Primeira Instância

| Representante | Sentenças | Percentual |
|--------------------|-----------|------------|
| Defensoria Pública | 85 | 87% |
| Advogado | 11 | 11% |
| Não encontrado | 2 | 2% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

³ Para a revisão desses dados, quando não era identificada a defesa na decisão, era identificado o Autos Número do processo, e em seguida com esse número, era obtido a numeração única na plataforma digital do TJMG, por fim, era consultado na plataforma do *JusBrasil* que permite realizar consultas públicas de andamentos processuais de tribunais de todo o país. Todavia, principalmente em processos que julgam delitos de menor potencial ofensivo, não é disponibilizado tais dados, ficando impossível a averiguação da representação do acusado, tão pouco os nomes dos defensores e advogados.

Tabela 6 - Representantes em Segunda Instância

| Representante | Acórdãos | Percentual |
|----------------------|-----------------|-------------------|
| Defensoria Pública | 110 | 81% |
| Advogado | 20 | 14% |
| Não encontrado | 7 | 5% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.2.4 Elementos específicos do julgamento em Segunda Instância

O processo penal brasileiro é regido por normas e princípios que norteiam o julgador para que não viole os direitos e as garantias fundamentais do acusado. Nesse sentido, o princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição garante que a sentença de mérito, proferida por juiz singular, seja revista em órgão superior com o julgamento colegiado.

De tal maneira, a doutrina processual penal compreende que a apelação criminal é o recurso adequado para atender ao reexame da decisão em Primeira Instância. Todavia, há elementos do julgamento colegiado que não podem ser compilados junto ao exame das sentenças, como observados nos tópicos anteriores. Esses elementos são a listagem das Câmaras Criminais e dos relatores do recurso de apelação.

2.2.2.4.1 Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A análise das Câmaras Criminais parte da necessidade de entender a fragmentação do tribunal mineiro, assim como a sua postura diante do pedido da atenuação da pena por meio da coculpabilidade. O TJMG conta com oito Câmaras Criminais, com cinco integrantes em cada, sendo que em cada decisão conta com três de seus membros. Por meio da Resolução 886, do ano de 2019, houve a instalação da 8ª Câmara Criminal (MINAS GERAIS, 2019), destarte, anterior ao recorte temporal deste estudo.



Outrossim, todas as setes Câmaras Criminais, no período de 2016 a 2017, julgaram casos que continham a *mea-culpa*. As 1ª, 3ª e 7ª Câmaras Criminais concentraram mais que a metade dos casos (86 apelações criminais). No entanto, isso não é de demasiado interesse, haja vista que os recursos são distribuídos por ordem de sorteio, ou conforme o caso, por dependência.

No que se refere a fragmentação do tribunal, além de compreender quem está decidindo, o objetivo também era perceber quais as maiores incidências de argumentações para negar o provimento da atenuante de pena mediante a coculpabilidade. Desse modo, teve grande incidência na 7ª Câmara Criminal a fundamentação que a defesa não trouxe elementos suficientes - ora inexistentes - para a comprovação da vulnerabilidade do agente. Já as decisões das 1ª e 6ª Câmaras Criminais foram bastante calcadas na legalidade princípio, isto é, o requerimento não era respaldado no ordenamento jurídico pátrio.

Em sentido diferente, a 5ª Câmara Criminal entendeu que a miserabilidade do acusado não é causal para a prática delituosa. Assim, em razão semelhante, mas sem a relação de causalidade, a 4ª Câmara Criminal argumentou que a vulnerabilidade não autoriza a corresponsabilização estatal. E por fim, na 2ª e na 3ª Câmara Criminal tiveram acórdãos que os julgadores entenderam que, por ventura aplicassem a coculpabilidade, estariam estimulando a criminalidade. A Tabela 7 exibe as Câmaras Criminais dos julgamentos em Segunda Instância.

Tabela 7 - Câmaras de julgamento em Segunda Instância

| Colegiado | Acórdãos | Percentual |
|--------------------|-----------------|-------------------|
| 1º Câmara Criminal | 31 | 23% |
| 2º Câmara Criminal | 17 | 12% |
| 3º Câmara Criminal | 21 | 15% |
| 4º Câmara Criminal | 15 | 11% |
| 5º Câmara Criminal | 8 | 6% |
| 6º Câmara Criminal | 16 | 12% |
| 7º Câmara Criminal | 29 | 21% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.2.4.2 Relatores dos acórdãos

O relatório de decisões judiciais é um dos requisitos legais para que essa surta efeitos. Ademais, o seu objetivo é demonstrar que o magistrado compreendeu todos os elementos do julgamento, tais como data do fato típico, as qualidades da vítima, as do acusado, os posicionamentos da acusação e da defesa, entre outros. Dessa maneira, entendeu-se que havia a necessidade de nomear os relatores dos acórdãos devido à grande tendência, entre as decisões ora analisadas, dos desembargadores julgarem de acordo com o relator.

A Tabela 8 mostra os relatores dos acórdãos examinados.

Tabela 8 - Relatores dos acórdãos

| Relatores dos acórdãos | Acórdãos | Percentual |
|---|----------|------------|
| Des. Marcílio Eustáquio Santos (7º Câmara Criminal) | 12 | 9% |
| Relatores dos acórdãos | Acórdãos | Percentual |
| Des. Flávio Leite (1º Câmara Criminal) | 11 | 8% |
| Desa. Maria Luíza de Marilac (3º Câmara Criminal) | 10 | 7% |
| Des. Alberto Deodato Neto (1º Câmara Criminal) | 9 | 7% |
| Des. Jaubert Carneiro Jaques (6º Câmara Criminal) | 8 | 6% |
| Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama (7º Câmara Criminal) | 8 | 6% |
| Desa. Kárin Emmerich (1º Câmara Criminal) | 8 | 6% |
| Des. Octavio Augusto De Nigris Boccalini (3º Câmara Criminal) | 7 | 6% |
| Des. Antônio Carlos Cruvinel (3º Câmara Criminal) | 5 | 4% |
| Des. Cássio Salomé (7º Câmara Criminal) | 5 | 4% |
| Des. Nelson Missias de Moraes (2º Câmara Criminal) | 5 | 4% |
| Des. Eduardo Brum (4º Câmara Criminal) | 4 | 3% |
| Des. Fernando Caldeira Brant (4º Câmara Criminal) | 4 | 3% |
| Des. Wanderley Paiva (1º Câmara Criminal) | 4 | 3% |
| Desa. Beatriz Pinheiro Caires (2º Câmara Criminal) | 4 | 3% |
| Des. Corrêa Camargo (4º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Edison Feital Leite (1º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Eduardo Machado (5º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Renato Martins Jobob (2º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Rubens Gabriel Soares (6º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Sálvio Chaves (7º Câmara Criminal) | 3 | 2% |
| Des. Adilson Lamounier (5º Câmara Criminal) | 2 | 1% |
| Des. Agostinho Gomes de Azevedo (7º Câmara Criminal) | 2 | 1% |
| Des. Catta Preta (2º Câmara Criminal) | 2 | 1% |
| Des. Matheus Chaves Jardim (2º Câmara Criminal) | 2 | 1% |
| Desa. Denise Pinho da Costa Val (6º Câmara Criminal) | 2 | 1% |
| Desa. Márcia Millanez (6º Câmara Criminal) | 2 | 1% |



| | | |
|---|-----|------|
| Des. Júlio César Lorens (4º Câmara Criminal) | 1 | 1% |
| Des. Paulo César Dias (3º Câmara Criminal) | 1 | 1% |
| Desa. Luziene Barbosa Lima (6º Câmara Criminal) | 1 | 1% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.3 As características dos casos

Primordialmente, é importante ressaltar que as características dos casos apresentados neste tópico são somente as que foram possíveis de averiguar mediante os dados que as sentenças e os acórdãos forneceram.

2.2.3.1 Sexo dos acusados

A investigação dos sexos dos acusados serve para a comparação com os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/MJSP), do ano de 2016. Nesse levantamento, o InfoPen (Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário brasileiro) apontou que dos 726.712 indivíduos encarcerados no país, as pessoas do sexo masculino correspondem a 94,2% e as pessoas do sexo feminino a 5,8%.

Nesse segmento, diante da pequena observação desta pesquisa relação aos dados comparados, na Primeira Instância foi constatado que 92,85% são do sexo masculino e que 8,41% são do sexo feminino. De maneira semelhante, em Segunda Instância, foi apontado que 95,62% são do sexo masculino e 7,14% são do sexo feminino. Considerando que são processos criminais distintos, em soma, 94,87% dos indivíduos são do sexo masculino. Portanto, embora seja pequena a amostragem de números, estes coincidem com os dados oficiais.

As Tabelas 9 e 10 mostram os sexos dos acusados em Primeira e Segunda Instância.

Tabela 9 - Sexo dos acusados na Primeira Instância

| Sexo dos acusados | Sentenças | Percentual |
|-------------------|-----------|------------|
| Masculino | 91 | 93% |
| Feminino | 7 | 7% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 10 - Sexo dos acusados na Segunda Instância

| Sexo dos acusados | Acórdãos | Percentual |
|-------------------|----------|------------|
| Masculino | 131 | 96% |
| Feminino | 6 | 4% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.3.2 Reincidência

A reincidência, formalmente, é uma circunstância agravante de pena prevista no art. 61, I, do Código Penal, que tem como característica o seu viés subjetivo. Esse aumento de pena é analisado pelo magistrado de maneira obrigatória e quase automática.

A reincidência, em boa parte dos casos, pode ser entendida como a consequência de sucessivas falhas estatais, portanto, não somente uma adversidade subjetiva do acusado. Essa, ainda dificulta a trajetória no sistema prisional, a exemplo das apreciações de suspensão condicional da pena, pena restritiva de direito, indulto, progressão de regime e livramento condicional.

A aferição da reincidência e a confiabilidade nos dados é uma temática complexa no cenário brasileiro. Primeiramente, as pesquisas quantitativas levantam reincidências diferentes, dado que a reincidência é conceituada nas quatro seguintes categorias como: a) a reincidência genérica é a reintegração do ato típico, antijurídico e culpável, independente de condenação; b) a reincidência criminal é quando há a condenação e independentemente de prazo legal; c) a reincidência penitenciária é quando o indivíduo retorna ao sistema prisional e, por fim, d) a rein-



cidência legal ou formal é a agravante de pena, cujo prazo legal é de 05 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Em segundo lugar, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (JÚNIOR et al, 2015) afirma que até 2015 a população carcerária cresceu oitenta e três vezes em setenta anos. Diante do crescimento expressivo dos números do sistema prisional, tornou-se inviável a aferição das reincidências genérica, criminal e penitenciária. Outrossim, o Instituto, em uma tentativa de difícil aferição, realizou um estudo para o levantamento da reincidência estritamente legal. Assim, foram analisados 817 processos válidos e de cinco unidades federativas do país, em vista disso, a pesquisa chegou à estatística de 24,1% indivíduos reincidentes.

Nessa continuidade, no que tange este estudo, o levantamento estatístico da reincidência também alçou apenas a reincidência legal. Quanto à Primeira Instância, das 98 decisões judiciais, 59,18% eram de acusados reincidentes. Já na Segunda Instância, das 137 Apelações Criminais, 51% eram de réus reincidentes. As Tabelas 11 e 12 demonstram a reincidência legal na Primeira e na Segunda Instância.

Tabela 11- Reincidência - Primeira Instância

| Reincidência legal | Sentenças | Percentual |
|-------------------------|-----------|------------|
| Acusado reincidente | 58 | 59% |
| Acusado não reincidente | 40 | 41% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 12 - Reincidência legal - Segunda Instância

| Reincidência legal | Acórdãos | Percentual |
|-------------------------|----------|------------|
| Acusado reincidente | 71 | 52% |
| Acusado não reincidente | 66 | 48% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.3.3 Tipo penal praticado

É possível afirmar que o delito possui três vieses: o formal, o material e o analítico. Formalmente, consiste em toda ação ou omissão contrária à lei penal, sob a ameaça de pena. Materialmente, é uma conduta lesiva que fere determinado bem jurídico tutelado. Analiticamente, para a maior parte da doutrina e para os tribunais brasileiros, o delito é uma estrutura tripartite, sendo fracionado em três elementos estruturantes: a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Assim, a tipicidade, resumidamente, é o molde da conduta lesiva na lei penal.

O InfoPen de 2016 demonstrou que certos tipos penais têm maiores incidências de penas. O levantamento apontou que dentre as pessoas encarceradas, 30% dos delitos correspondem ao tráfico de entorpecentes, bem como 37% diz respeito aos crimes contra o patrimônio.

Neste levantamento, na Primeira Instância, os tipos penais que mais apareceram na coleta de dados foram: o furto qualificado, do art. 155, §4º; o furto simples do art. 155, caput e o roubo majorado, da figura do art. 157, §2º, todos do Código Penal. De maneira bastante semelhante, na Segunda Instância, os tipos penais mais recorrentes foram o roubo majorado, o furto qualificado e o tráfico de drogas, do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em reunião de todas as decisões analisadas, 74,78% versavam sobre crimes contra o patrimônio. As Tabelas 13 e 14 apresentam os tipos penais nas duas instâncias.

Tabela 13 - Tipos Penais na Primeira Instância

| Tipos penais | Sentenças | Percentual |
|---------------------------------------|-----------|------------|
| art. 155, §4º, do Código Penal | 20 | 20% |
| art. 155, caput, do Código Penal | 19 | 19% |
| art. 157, §2º, do Código Penal | 17 | 17% |
| art. 33 da Lei 11.343/2006 | 9 | 9% |
| art. 157, caput, do Código Penal | 7 | 7% |
| art. 147, caput, do Código Penal | 6 | 6% |
| art. 163, p.ún., III, do Código Penal | 4 | 4% |
| art. 157, §3º, II, do Código Penal | 2 | 2% |
| art. 21 do Decreto-Lei nº 3688/41 | 2 | 2% |
| art. 129, §9º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 121, §2º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 129, caput, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 14, caput, da Lei nº 10.826/03 | 1 | 1% |
| art. 140, 3º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 171, caput, do Código Penal | 1 | 1% |



| Tipos penais | Sentenças | Percentual |
|------------------------------------|-----------|------------|
| art. 180, caput, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 184, §1º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 304, caput, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 309 da Lei 9.503/97 | 1 | 1% |
| art. 312, §1º, Código Penal | 1 | 1% |
| art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/41 | 1 | 1% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 14 - Tipos penais na Segunda Instância

| Tipos penais | Acórdãos | Percentual |
|------------------------------------|----------|------------|
| art. 157, §2º, do Código Penal | 39 | 28% |
| art. 155, §4º, do Código Penal | 30 | 22% |
| art. 33 da Lei 11.343/2006 | 15 | 11% |
| art. 155, caput, do Código Penal | 14 | 10% |
| art. 157, caput, do Código Penal | 13 | 9% |
| art. 157, §1º, do Código Penal | 3 | 2% |
| art. 121, §2º, do Código Penal | 6 | 4% |
| art. 155, §1º, do Código penal | 3 | 2% |
| art. 157, §1º, do Código Penal | 3 | 2% |
| art. 121, caput, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 129, §1º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 129, §9º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 14, da Lei 10.826/2003 | 1 | 1% |
| art. 146, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 148, §1º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 171, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 180, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 184, §2º, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 217-A, caput, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 302, caput, da Lei 9.503/1997 | 1 | 1% |
| art. 304, do Código Penal | 1 | 1% |
| art. 306, caput, da Lei 9.503/1997 | 1 | 1% |
| art. 35 da Lei 11.343/2006 | 1 | 1% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.3.4 Crimes com violência e grave ameaça à pessoa

A observação se a conduta típica foi cometida com violência ou grave ameaça à pessoa é especialmente importante para a possível aplicação da teoria da coculpabilidade. Normalmente, o pleito de reconhecimento da *mea-culpa* é acompanhado pelos princípios da insignificância, da intervenção mínima, e, em alguns casos, da adequação social. Boa parte desses requerimentos partem de defesas de réus que respondem a delitos contra o patrimônio ou tráfico de drogas, isto é, em grande número, cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Nessa perspectiva, é preponderantemente acompanhado pelo princípio da insignificância, desenvolvido pelo jurista Claus Roxin em 1964. Destarte, o princípio da bagatela teve a sua regulamentação e incidência prática pelo Supremo Tribunal Federal somente em 2011. A corte constitucional brasileira entende que a sua aplicabilidade apenas é possível nos casos onde existem quatro condições essenciais: a mínima ofensividade da conduta; a inexistência de periculosidade social do ato; o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão provocada. César Bitencourt entende que o princípio da insignificância tem aplicação quando “[...] é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal” (BITENCOURT, 2011, p. 27).

Regressando novamente aos dados da corresponsabilização estatal, como citado no ponto anterior, a conduta típica acontece quando o indivíduo lesa algum bem jurídico tutelado pelo Estado. Contudo, quando o delito é executado com violência ou grave ameaça, entende-se que o foi lesado gravemente, desse modo, a possibilidade de o julgador admitir a coculpabilidade nesse caso é menor.

No levantamento dos crimes cometidos com violência ou grave ameaça deste estudo, foi observado que na Primeira Instância correspondia a 27,56% das decisões. Já em Segunda Instância, com um número maior, certificou-se que 48,91% dos recursos julgaram delitos com violência ou grave ameaça.

As Tabelas 15 e 16 revelam os dados das condutas cometidas com violência ou grave ameaça à pessoa.



Tabela 15 - Crimes com violência ou ameaça na Primeira Instância

| Crimes com violência ou grave ameaça | Sentenças | Percentual |
|---|------------------|-------------------|
| Ausência de violência ou grave ameaça | 71 | 72% |
| Presença de violência ou grave ameaça | 27 | 28% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 16 - Crimes com violência ou ameaça na Segunda Instância

| Crimes com violência ou grave ameaça | Acórdãos | Percentual |
|---|-----------------|-------------------|
| Ausência de violência ou grave ameaça | 70 | 51% |
| Presença de violência ou grave ameaça | 67 | 49% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.4 As argumentações

2.2.4.1 Principal argumento da defesa

A maior número das decisões judiciais analisadas não trazem no relatório a argumentação da defesa para o reconhecimento da coculpabilidade. Desconsiderando os argumentos não conhecidos por este estudo, a dependência química, na Primeira Instância, tal como a Segunda Instância, teve notoriedade nas fundamentações das defesas. Essa argumentação é bastante elencada ao dever negligenciado do Estado de proteção da juventude, sobretudo de comunidades carentes, do tráfico de drogas e da dependência química. Segunda essa linha de raciocínio, em decorrência da omissão estatal, não é coerente requerer a completa exigibilidade da conduta diversa do acusado, e, por isso, seria necessária a atenuação da pena ou a exclusão da culpabilidade.

As Tabelas 17 e 18 demonstram os principais argumentos das defesas.

Tabela 17 - Argumentos principais das defesas - Primeira Instância

| Argumentos principais das defesas | Sentenças | Percentual |
|---|-----------|----------------|
| Argumento não apresentado no relatório | 65 | 67% |
| Dependência química | 16 | 16% |
| Marginalização social | 10 | 10% |
| Estado de necessidade | 3 | 3% |
| Falha do Estado | 2 | 2% |
| Inexigibilidade da conduta diversa do acusado | 1 | 1% |
| Vulnerabilidade do acusado | 1 | 1% |
| Total | 98 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 18 - Argumentos principais das defesas - Segunda Instância

| Argumentos principais das defesas | Acórdãos | Percentual |
|--|-----------------|-------------------|
| Argumento não apresentado no relatório | 110 | 80% |
| Argumentos principais das defesas | Acórdãos | Percentual |
| Dependência química | 10 | 7% |
| Vulnerabilidade do agente | 8 | 6% |
| Indiferença estatal | 3 | 2% |
| Exclusão social | 2 | 1% |
| Estado de necessidade | 1 | 1% |
| Coculpabilidade às avessas | 1 | 1% |
| Omissão estatal | 1 | 1% |
| O acusado vive em condições precárias | 1 | 1% |
| Total | 137 | 100,00% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.4.2 Principal argumento dos magistrados

As fundamentações dos magistrados, quando provocados para manifestar sobre a teoria da coculpabilidade, foram de diversas formas, todas relativas a não aplicação. No que se refere às argumentações dos juízes singulares, notou-se um



certo receio em relação à aplicação da atuação da pena. Em alguns casos, até a falta de qualidade técnica na refutação, a exemplo de uma juíza que afirma, categoricamente, que não é possível o reconhecimento da negligência estatal, visto que as oportunidades na sociedade brasileira são iguais, independentemente de classes sociais.

Nessa sequência, ainda sobre a Primeira Instância, contiveram muitas decisões cujo o argumento foi que a *mea-culpa* não é respaldada no ordenamento jurídico. Possivelmente, o questionamento da legalidade da coculpabilidade não seja a melhor linha de argumentação para refutá-la, visto que legislador permite o arbítrio ao magistrado, por meio da atenuante inominada do art. 66 do CP. No entanto, também os juristas adeptos entendem sobre a necessidade da sua positivação expressa na legislação penal.

No que se refere às alegações de desembargadores, foi percebido, com maior frequência, melhores posicionamentos e grande fidelidade à jurisprudência do tribunal. Como pode ser melhor observado na Tabela 20, estes se preocuparam, repetidamente, em analisar a relação de causalidade entre a miserabilidade social e a conduta típica. Todavia, nessas decisões não entenderam que haveria essa relação causa e efeito.

As Tabelas 19 e 20 expõem os principais argumentos para denegar a tese da coculpabilidade.

Tabela 19 - Argumentos principais dos juízes singulares

| Argumentos dos juízes singulares | Acórdãos | Percentual |
|---|----------|------------|
| Sem respaldo jurídico | 37 | 38% |
| Não se aplica como atenuante do art. 66 do CP | 12 | 12% |
| A conduta típica do réu não tem nenhuma causa social | 12 | 12% |
| O juiz não discorreu sobre a coculpabilidade | 10 | 10% |
| Sem provas que justifique | 10 | 10% |
| Estímulo a práticas típicas | 7 | 7% |
| A vulnerabilidade social não justifica a conduta típica | 5 | 5% |
| As oportunidades são iguais independente de classe social | 4 | 4% |
| Fere o princípio da igualdade | 1 | 1% |
| Total | 98 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

Tabela 20 - Argumentos principais dos desembargadores

| Argumento principal dos desembargadores | Acórdãos | Percentual |
|--|----------|------------|
| A miserabilidade não justifica a delinquência | 45 | 30% |
| A conduta típica do réu não tem causa social | 28 | 18% |
| Estímulo a práticas típicas | 19 | 13% |
| Não há provas que comprove | 16 | 11% |
| Não é respaldado no ordenamento jurídico | 13 | 9% |
| A vulnerabilidade social não autoriza a corresponsabilização | 4 | 3% |
| Sem elementos que justifique a aplicação | 3 | 2% |
| Não é relevante a condição social do réu | 1 | 1% |
| A aplicação prática da <u>coculpabilidade</u> não possível | 1 | 1% |
| Não se pode responsabilizar o Estado | 1 | 1% |
| Não se pode premiar o réu | 1 | 1% |
| Súmula nº 231 do STJ | 1 | 1% |
| A teoria não se aplica em delitos hediondos | 1 | 1% |
| As desigualdades sociais não interferem na culpabilidade | 1 | 1% |
| A vulnerabilidade social não diminui o dolo | 1 | 1% |
| A dependência química não autoriza a corresponsabilização | 1 | 1% |
| Total | 137 | 100% |

Fonte: Elaborada pela autora.

NOTA: Possíveis diferenças de soma são decorrentes do critério de arredondamento.

2.2.5 Incidência do princípio da coculpabilidade

A coculpabilidade não foi reconhecida em nenhuma das 235 decisões da justiça estadual mineira examinadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da coculpabilidade consiste na verificação da marginalidade socioeconômica como possível fator de mitigação da culpabilidade. Admite-se a incapacidade estatal em promover condições básicas a parcela da população. Cabendo ao Estado-juiz o reconhecimento que essa negligência propiciou, em certa medida, a ocorrência do fato típico, refletindo, portanto, no cálculo da pena.



O seu desenvolvimento na ciência penal nacional vem ampliando, como é possível observar nas diferentes obras, trabalhos acadêmicos e artigos científicos. Em razão semelhante, também nota-se que na prática forense parte dos defensores públicos e advogados vem pleiteando a incidência da *mea-culpa* estatal.

Conquanto os representantes das defesas alegam que a marginalidade social do acusado influi, em certa medida, na exigibilidade da conduta diversa, foi observado na análise quantitativa que os magistrados entendem, em unanimidade, que não poderiam aplicá-la no cálculo da pena. Dessa forma, essas refutações aconteceram sob as alegações que lhe falta o respaldo jurídico, que inexistente um nexo causal entre a marginalidade social e o delito, ou até mesmo mediante a fundamentações vagas, como a sua aplicação consistiria em um “prêmio ao acusado”, logo, essa estimularia a criminalidade.

Diante das hipóteses de pesquisas, acredita-se que todas foram verificadas satisfatoriamente. Assim, foi possível verificar a necessidade dos juízes e desembargadores de julgarem conforme a letra da lei, às vezes, desconsiderando a ampla abrangência da atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal. Sendo assim, em certa proporção, percebeu-se o legalismo exacerbado nas decisões analisadas. Ademais, como foi possível observar no estudo empírico, boa parte dos magistrados compreendem que a miserabilidade não justifica a delinquência, e também que não tem nenhuma causa social.

Diante das pressuposições nos dados quantitativos, surpreendentemente, 74,78% das decisões judiciais tratavam de delitos contra o patrimônio, o que contraria a hipótese inicial, de que os tipos penais seriam esses e o tráfico de drogas – sendo esse último quase inexpressivo nesta pesquisa. Outrossim, em 86 julgados versavam sobre a prática de alguma modalidade de furto, conduta que não se utiliza de violência ou grave ameaça à pessoa.

Ademais, os dados objetivos que esta pesquisa apresenta, embora tenha alcance regional, refletiram diretamente as informações oficiais sobre os perfis das pessoas encarceradas. Exemplo disso é o expressivo percentual de acusados do sexo masculino, 94,84%, número quase idêntico ao levantamento do InfoPen em 2016, 94,2%.

No que tange aos resultados do estudo, acredita-se que esta pesquisa alcançou os objetivos gerais e específicos. Em conclusão, embora a teoria da coculpabilidade conte com relevância no cenário da ciência penal, entende-se que com muita dificuldade terá incidência prática.



REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 dez. 1940.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 11.ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência* – 2018. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf . Acesso em: 22 abr. 2020.

CUMIZ, Juan Andrés. *Un derecho penal igualitário: la culpabilidad por la vulnerabilidad, un estado sujeto a los derechos humanos*. Disponível em: <http://www.derechopenalonline.com/derpenal/derechoigualitario.htm> . Acesso 02 jun. 2020.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira, et al. *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>. Acesso em 27 abr. 2020.

JÚNIOR, Almir de Oliveira. et al. *Reincidência Criminal* – 2015. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 04. mai. 2020.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. *Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Resolução 886*, de 12 de abril de 2019. Belo Horizonte, Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/AD/72/A3/57/4112A610BA3AEE96A04E08A8/Resolucao%20886-2019%20.pdf>. Acesso em 29 abr. de 2020.

MOTA, Indaiá Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Faculdade Federal da Bahia, Salvador, 2013.



MOURA, Grégore. *Do princípio da co-culpabilidade*. Rio de Janeiro: Editora D'Plácido, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p.31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5º ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La culpabilidad en el siglo XXI*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, v. 28, p. 56-71, out./dez. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 796 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política Criminal Latinoamericana: perspectivas y disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi.

A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS EM CONTEXTO DE CRIMES CONTRA A HONRA POR MEIO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

APPLICATION OF RESTORATIVE PRACTICES IN THE CONTEXT OF CRIMES AGAINST HONOR THROUGH SPECIAL CRIMINAL COURTS

*Bruna Batista Caires **

*Beatriz Ferreira Figueredo ***

*Monique Rodrigues Lemos ****

Resumo: A presente inclusão teórica dispõe acerca da aplicação da Justiça Restaurativa com os sujeitos abrangidos em conflitos derivados de crimes contra a honra a partir dos Juizados Especiais Criminais. A Justiça Restaurativa visa a restauração do tecido social por meio do tratamento das relações sociais rompidas pela conduta criminosa, em lugar da mera retribuição de um mal ao autor. Sendo os Juizados criados com o objetivo de solucionar de maneira mais célere os conflitos, utilizam instrumentos desencarceradores para crimes de menor

***Graduanda da 6ª fase do curso de Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6555725449762209>. E-mail: brunabatistacaires@yahoo.com.br.**

****Graduanda da 7ª fase do curso de Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1380787714211563>. E-mail: biaferreif4@gmail.com.**

*****Graduanda da 6ª fase do curso de Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8454531492046113>. E-mail: nique1d.lemos@gmail.com.**

Trabalho sob a orientação do Professor Doutor Luciano de Oliveira Souza Tourinho, Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidade de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Geral da Faculdade Santo Agostinho de Itabuna. Coordenador do Colegiado do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador da Pós-graduação em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - NEDIC. Escritor de obras jurídicas. Secretário do Tribunal de Pós-doutorado do Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Coordenador do Grupo de Estudos em Ciências Criminais - FASA.



potencial ofensivo. Assim, encontra-se nos crimes contra a honra objeto de valor para esses procedimentos a fim de promover uma tutela estatal mais efetiva do que ocorre na Justiça Retributiva. Para tanto, são examinadas as práticas restaurativas já implementadas no Brasil com as quais são aprendidas lições acerca da vivência concreta desse novo paradigma jurídico. Ao fim, foi considerado de que modo a teoria e análise de casos práticos poderiam contribuir com a tese em exame. Em prol disso, utilizou-se a revisão bibliográfica, observando que a Lei 9.099/95 e seus institutos possibilitam a aplicação de práticas restaurativas na seara criminal.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa. Crimes contra a honra. Juizados Especiais Criminais.

Abstract: The present theoretical inclusion deals with the application of Restorative Justice with the subjects covered in conflicts derived from crimes against honor from the Special Criminal Courts. Restorative Justice aims at the restoration of the social fabric through the treatment of social relations broken by criminal conduct, instead of the mere retribution of an evil to the author. Since the Courts were created with the aim of resolving conflicts more quickly, they use extrication instruments for crimes of lesser offensive potential. Thus, crimes against honor are an object of value for these procedures in order to promote a more effective state protection than what occurs in Retributive Justice. Therefore, restorative practices already implemented in Brazil are examined, with which lessons are learned about the concrete experience of this new legal paradigm. Finally, it was considered how the theory and analysis of practical cases could contribute to the thesis under examination. To do so, a bibliographic review was used, noting that Law 9,099/95 and its institutes allow the application of restorative practices in the criminal field.

Keywords: Restorative Justice. Crimes against honor. Special Criminal Courts.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo analisamos a viabilidade de aplicação da Justiça Restaurativa com os sujeitos abrangidos em conflitos derivados de crimes contra a honra a partir dos Juizados Especiais Criminais. Visando a possibilidade de ampliação da implementação de práticas restaurativas no âmbito penal brasileiro, como um método idealizador de uma nova visão sobre os conflitos sociais e a participação dos agentes na busca por soluções que levem em consideração fatores diversos, além da pretensão punitiva.

O interesse pelo tema surge, no cenário moderno, da necessidade de se afastar de uma concepção penal pautada em um modelo puramente punitivo, para elaborar programas reparatórios que visem a participação ativa dos envolvidos em determinados conflitos, para que possam buscar a melhor forma de saná-lo. Diante



das crises do sistema jurídico-penal, a justiça restaurativa surge como novo paradigma que busca respostas e mecanismos aptos à releitura desse subsistema, através da perspectiva de eficácia e cumprimento das finalidades penais. Desse modo, analisamos a viabilidade da implementação de suas práticas para a resolução de conflitos derivados dos crimes contra a honra, à medida que a proteção da honra como garantia constitucional se aproxima dos ideais restaurativos na busca pela garantia da dignidade dos agentes envolvidos no conflito.

O estudo realizado para construção deste trabalho constituiu-se de uma pesquisa exploratória definida pelo método qualitativo que possibilita alcançar e compreender os resultados obtidos através da coleta de dados em pesquisa documental e análise de levantamentos bibliográficos perpassando por perspectivas e visões de estudiosos sobre o assunto, além da observação da Lei 9.099/95 e seus institutos que representam uma porta de entrada para as práticas restaurativas no sistema penal brasileiro. Além disso, foi realizado um estudo das experiências de implementação das práticas restaurativas no Brasil, a partir da análise dos projetos-pilotos existentes e que são exemplos da viabilidade de ampliação do uso de tais práticas no país.

O artigo foi estruturado em quatro etapas: o primeiro trata dos crimes contra a honra - injúria, calúnia e difamação - tipificados no Código Penal Brasileiro. Tais delitos, como crimes de menor potencial ofensivo, são dotados de tratamento distinto ao garantido pelo sistema criminal comum. O crime de injúria admite medidas despenalizadoras que visam a resolução dos litígios de forma mais célere e de maneira consensual. Já os crimes de calúnia e difamação, admitem o instituto da retratação nas situações em que o agente assume seu erro numa tentativa de reparar o dano causado à vítima, extinguindo a punibilidade. Observa-se que tais medidas abrangem a aplicação do instituto da justiça restaurativa, pois se aproximam em seus ideais de distinção a justiça retributiva.

Na segunda seção do trabalho discorremos sobre o escopo teórico da justiça restaurativa como um método inovador que idealiza um novo olhar sobre os atritos sociais buscando a melhor forma para enfrentá-lo e o estabelecimento de medidas destinadas à prevenção da reincidência. Ao modo que visa a retirada da figura de monopólio do Estado sobre o processo, para que as próprias partes assumam essa posição.

No terceiro tópico tratamos dos Juizados Especiais Criminais que surgem no Brasil como resposta a uma política desencarcerada. Apresentando a Lei 9.099/95 como uma norma penal Brasileira que embasa a aplicação da Justiça Restaurativa



no país, à medida que apregoa sanções distintas da pena privativa de liberdade e seu caráter puramente punitivo.

Por fim, são apresentadas experiências da utilização de práticas restaurativas no Brasil, que de forma incipiente concentram-se em programas isolados, como os projetos-pilotos em São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS) e Brasília (DF). Tais experiências e resultados delas decorrentes, reforçam a viabilidade da implementação e intensificação do uso das práticas restaurativas como suporte ao sistema jurídico-penal brasileiro.

2. CRIMES CONTRA A HONRA

A legislação brasileira, com o objetivo de proteger a honra da pessoa, tipificou os crimes contra a honra. A honra é tida como a reunião das características físicas, morais e intelectuais de um ser humano. Além disso, representa a forma pela qual o indivíduo é visto pela sociedade, sua reputação e aceitação. Há uma distinção doutrinária entre honra objetiva e honra subjetiva. Em se tratando de objetividade, o objetivo é proteger a imagem da pessoa frente a sociedade, reputação, boa fama, a forma como ela é julgada aos olhos alheios. Enquanto no critério subjetivo está relacionado a autoestima, a forma como cada indivíduo se vê.

Esses crimes estão diretamente associados ao art. 5º, X, da Constituição da República Federativa do Brasil, em que a honra é tratada como um direito fundamental. Todo e qualquer indivíduo tem direito à honra: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Em decorrência disso, são tipificados os crimes contra a honra no Código Penal, Capítulo V, do Título I da Parte Especial, especificando-os como calúnia, difamação e injúria.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa [...]

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa [...]

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...] (BRASIL, 1940).

Quanto ao bem jurídico tutelado, de acordo com Celso Delmanto (2007), há crimes que ofendem organização social e outros que atingem apenas o particular.

Dessa forma, o interesse na persecução criminal pode ser geral ou depender do interesse do ofendido e é isso que vai determinar se o tipo de ação será pública incondicionada ou condicionada à representação. Em regra, o que prepondera é o interesse do indivíduo de propor ou não uma ação, mas em casos descritos nas disposições comuns desse mesmo capítulo, a organização social é diretamente afetada, o que gera a necessidade de ação penal pública incondicionada.

Nesse sentido, de acordo com o Código Penal, no art. 138, a calúnia pode ser descrita como imputar determinado fato conhecido como crime, sabidamente falso. Ocorre quando o fato imputado jamais ocorreu (falsidade quanto ao fato) ou quando o real fato, não foi a pessoa apontada seu autor (falsidade quanto ao sujeito). Segundo Celso Delmanto (2007), necessita de dolo específico - consciência e intenção de ferir a honra de outrem. É consumado quando o fato imputado chega ao conhecimento de terceiro, caso não chegue, configura tentativa.

O crime de calúnia também imputa que divulga a calúnia, ou seja, não só quem cria é punido, como também que a torna de conhecimento público. O §3º admite a exceção da verdade, se o réu provar que o fato imputado é verdadeiro, é absolvido. É importante diferenciar a exceção da verdade do art. 523 do Código de Processo Penal – exceção da notoriedade, provar que o fato imputado é de domínio público. A calúnia é absorvida pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, Código Penal) em casos de continuidade delitiva. O agente tem a intenção de prejudicar a vítima perante as autoridades constituídas e, fazendo com isso, que se inicie uma investigação policial ou até mesmo uma ação penal.

A difamação, conforme o art. 139 do Código Penal, ocorre com a imputação de ato ofensivo (não criminoso) à reputação de alguém, imputando determinada conduta que afete a honra objetiva. De acordo com Celso Delmanto (2007), consuma-se quando terceiro toma conhecimento da imputação desonrosa e se trata de delito formal (independe de conseguir ou não atingir a honra). Na difamação o fato imputado pode ser verdadeiro ou falso (falsidade não é elemento do tipo). Em regra, não se admite prova da verdade (excepcionalmente se o ofendido é funcionário público no exercício da função); se for provada a verdade, gera absolvição pois há exclusão da ilicitude, exercício regular de direito. Contudo, admite exceção da notoriedade. Há crime de difamação contra pessoas jurídicas, já que tem imagem a preservar e o que este crime visa proteger é a honra objetiva, ou seja, o que terceiros pensam a respeito de determinada pessoa, sendo esta jurídica ou física. Não é possível difamação impessoal, contra as instituições.

Quanto à injúria, tipificada no art. 140 do Código Penal, esta ocorre da ofensa à honra subjetiva, ou seja, na forma como o indivíduo se vê. Para que ocorra esse



crime, Celso Delmanto (2007) descreve que a reputação do indivíduo perante a sociedade não precisa ser afetada, basta atribuir qualidade negativa a alguém. Abrange imputação de fato genérico, vago e indeterminado, o que a diferencia da calúnia e da difamação. Praticar injúria é ofender a honra subjetiva de alguém (atributos morais, físicos, intelectuais, sociais). Esse crime pode violar a dignidade, quando se atenta contra os atributos morais da pessoa, e pode violar o decoro, quando atinge os atributos físicos ou intelectuais da vítima.

A injúria é classificada por Delmanto (2007) em injúria absoluta: a expressão tem para si mesmo e para qualquer um significado ofensivo; e injúria relativa: a expressão assume caráter ofensivo se proferida em determinadas circunstâncias ou formas. Só é consumado quando o fato chega ao conhecimento da vítima, e não necessariamente ao conhecimento de terceiros. Esse crime não admite exceção da verdade, nem exceção de notoriedade. Em seus parágrafos subsequentes, abrange casos em que ocorre o perdão judicial, quando o injuriado provocou a injúria ou no caso de injúria respondida com outra injúria. Nesses casos, o juiz deixa de aplicar a pena prevista em razão de o crime ser justificado, ou ocorrer em circunstâncias específicas.

Abrange também casos específicos de injúria, como a injúria real e a injúria qualificada pelo preconceito, como é tipificado nos §§2º e 3º. Na injúria real o agente se vale de violência ou vias de fato para violar a honra subjetiva, que atua como qualificadora. Para que se caracterize a injúria real, é necessário que a agressão possa causar vergonha ou desonra à vítima. Já nos casos de injúria qualificada pelo preconceito, o autor se vale de insultos contra raça, etnia, religião para atingir a vítima. Não se deve confundir a injúria preconceito com o racismo, que é marginalizar ou segregar alguém com base na raça ou etnia, o que configura crime mais grave.

Em geral, tais crimes são infrações penais de menor potencial ofensivo, o que lhes garante medidas despenalizadoras. Essas medidas têm como função a resolução de conflitos de forma diferente, com consenso, de modo a resolver os litígios com maior celeridade e evitando o acúmulo de processos. A aplicação de medidas despenalizadoras nos crimes contra a honra abrange também a aplicação de um instituto inovador, a justiça restaurativa.

Já nos casos de calúnia e difamação, segundo Celso Delmanto (2007), o instituto da retratação é utilizado em situações em que o agente declara que errou, numa tentativa de reparar o dano causado à vítima, extinguindo a punibilidade. Não se aplica aos crimes cometidos contra funcionário público no exercício de suas atividades. É importante que essa reparação do dano ocorra antes da sentença de



primeiro grau para que possa ser aplicado esse instituto. Não depende da aceitação da vítima para extinguir a punibilidade, nem necessita de retratação pública ou divulgação.

Isso é de extrema importância para a garantia do princípio da razoável duração do processo, uma vez que a celeridade da justiça é um grande problema atualmente. Demandas como essas dos crimes contra a honra poderiam ser alcançadas por métodos consensuais de resolução de conflitos que visassem reconstituir o tecido social lesado pela conduta delitiva, em lugar do procedimento criminal comum, o qual afasta os sujeitos da reflexão sobre o conflito, suas causas, consequências e modos de dirimi-las, como conceitua Delmanto (2007).

Em razão disso, submeter um indivíduo a pena privativa de liberdade, ainda que por curto espaço de tempo, por ter ferido a honra de alguém sem que haja um debate sobre o que levou a tal situação e como a vítima e a comunidade lidaram com esse fato, constitui mero reflexo da cultura punitivista e característica do expansionismo penal. Cultura esta que apenas traz malefícios, uma vez que o sistema carcerário é deficiente e não exerce seu papel ressocializador. Dessa forma, as medidas despenalizadoras nos crimes contra a honra tornam-se fundamentais para um bom funcionamento da justiça no Brasil.

3. ESCOPO TEÓRICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa surge no cenário moderno como uma alternativa às buscas por soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça e, no cenário de reestruturação e reformulação penal, responde a necessidade de se afastar de uma concepção criminal pautada em um modelo puramente punitivo, para se elaborar programas reparatórios que visem a satisfação dos interesses da vítima, à socialização do autor do delito, a reafirmação da vigência da normas e o restabelecimento da paz jurídica como resultado. A ênfase da Justiça Restaurativa está na procura por amparo às vítimas e por atender suas necessidade, dando-lhe papel ativo na condução do conflito, ao mesmo tempo em que se vale de recursos diversos da punição, que além da responsabilização do infrator, possibilitam o encontro dos envolvidos no conflito, assim como de todas as questões que o determinaram, visando ao encaminhamento de possibilidade de sua superação.

Tourinho (2017) define a justiça restaurativa como um novo paradigma à medida que esta, de forma autônoma, surge como uma nova proposta no âmbito das



soluções alternativas para o sistema jurídico-penal, e responde a necessidade de se buscar mecanismos aptos à releitura desse subsistema, a partir de uma perspectiva de eficácia e cumprimento das finalidades penais.

Há divergências quanto à origem das práticas reparatórias nos domínios do Direito Penal, não há um consenso entre os estudiosos para delimitação de contexto histórico e local para surgimento dessa teoria. A Nova Zelândia, considerada como um dos países destaque na prática restaurativa contemporânea, com ênfase na valorização dos modelos de justiça do povo maori. A justiça restaurativa sofre também influência da cultura africana de forma que seus princípios norteadores, apoiados numa concepção de pacificação social e afastando-se da ideia de punição de natureza retributiva, encontram raízes no conceito tradicional africano de ubuntu, que significa “humanidade para todos”, trata-se de uma espécie de “filosofia do nós”, de uma ética coletiva e possui como princípios a solidariedade, a preocupação com o outro, a partilha e a vida em comunidade, como ensina Alexandre do Nascimento (2016).

Assim como ocorre com a delimitação de sua origem, também não há consenso quanto a sua definição. É difícil conceituar um paradigma ainda inconcluso e que não se encaixa nas molduras padronizadas do senso comum, ao contrário, supõe um novo olhar sobre o sistema penal vigente. Encontra-se uma pluralidade de conceitos e com eles divergências a respeito dos elementos compositores fundamentais da justiça restaurativa.

Nesse cenário é possível perceber dois grupos distintos de concepções teóricas que pretendem firmar suas definições, de uma lado as concepções minimalistas desenvolvidas por teóricos como Howard Zehr, de outro as definições maximalistas, que buscam evidenciar os resultados que devem ser alcançados pelas práticas restaurativas. Com relação aos elementos conceituais presentes em conteúdos normativos internacionais, deve-se destacar a Resolução nº 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas que informa princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal (TOURINHO, 2017). A Resolução estabelece como elementos: a resposta ao fenômeno criminal; fundamentos da dignidade e igualdade; a oportunidade de restauração de vínculos através da participação ativa da vítima, do infrator e da comunidade e a finalidade de proporcionar bem-estar comunitário, assim como, a prevenção da criminalidade.

Tourinho (2017) argumenta que qualquer proposta que se apresente com uma estruturação conceitual fechada é inviável e se opõe à própria natureza das práti-



cas restaurativas, multifacetária, em essência. Ele compreende a justiça restaurativa como:

(...) um conjunto de práticas multifacetárias, projetadas nos domínios do sistema jurídico-penal, e orientadas à resolução de conflitos, em uma perspectiva de reconhecimento da sua dimensão interrelacional, por meio de procedimentos com participação ativa da vítima, do infrator e da comunidade, quando necessário e possível, assumindo finalidades plurais, no sentido de possibilitar a reparação dos danos suportados pela vítima, a reintegração do autor do delito, a partir do seu encontro com as consequências decorrentes de sua conduta, tendo em vista a promoção da pacificação social. As práticas restaurativas devem ser balizadas, outrossim, pela voluntariedade e autonomia de vontade dos supervenientes (TOURINHO, 2017, p. 131).

A justiça restaurativa visa o oferecimento de decisões sobre a melhor forma para atender àqueles que mais são afetados pelo crime, vítimas, infratores e a comunidade na qual se inserem. Nesta visão o Estado não mais possui monopólio sobre o processo, e os principais personagens passam a ser as próprias partes. Além disso, a justiça restaurativa preocupa-se em tratar do delito e de suas consequências de maneira significativa, buscando a reconciliação entre os envolvidos através de acordos sobre a melhor forma para enfrentar o conflito, buscando a cura dos traumas causados e o estabelecimento de medidas destinadas a prevenção da reincidência (MORRIS, 2005). Alisson Morris (2005) leciona ainda que a Justiça Restaurativa objetiva enfatizar os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e buscar soluções para esses problemas sob a ótica de restituir aos infratores a responsabilidade por seus crimes e as consequências e restaurar o sentimento de que podem corrigir os atos praticados.

Diante dos fatos postos, podem ser definidas diferenças básicas entre o modelo formal de justiça criminal e o modelo restaurativo. Renato Sócrates Pinto (2005) estabelece como elementos para essa distinção, os valores, os procedimentos, os resultados e os efeitos produzidos para a vítima e para o infrator. Com relação aos valores, a justiça retributiva apresenta conceito jurídico de crime de forma unidisciplinar, como ato contra a sociedade representada pelo Estado, que assumindo sua posição se mostra indiferente às necessidades do infrator, da vítima e da comunidade afetados, ainda a culpabilidade é individual e voltada para o passado.

Ao passo que a Justiça restaurativa, por sua vez, propõe um conceito realístico multidisciplinar de crime, como ato que traumatiza a vítima e lhe traz danos, de modo que a responsabilidade pela restauração é compartilhada coletivamente e voltada para o futuro. Entre os elementos diferenciadores dos procedimentos destaca-se que na Justiça retributiva se exige um ritual solene e público, dotado



de formalidades, enquanto na justiça restaurativa o procedimento é comunitário, informal e voluntário. Aos efeitos ocorre grande distinção entre os dois modelos de justiça, ao modo que na justiça restaurativa a vítima passa a ocupar o centro do processo com papel e voz ativa, e ao infrator é dada a oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima.

Apesar das distinções, o foco da justiça restaurativa não é se opor ou substituir a justiça retributiva, mas complementá-la, em verdade, apesar de atuarem através de práticas distintas, os dois modelos coincidem quanto à finalidade de busca pela paz social e quanto aos objetivos de prevenção.

Não há uma forma correta e definida para implantação e desenvolvimento da justiça restaurativa, sua essência está na adoção de uma forma que reflita seus valores, e possa alcançar seus objetivos e resultados restaurativos. Nesse cenário, Alisson Moris (2005) evidencia que as práticas e os processos restaurativos, devem *empoderar* infratores e vítimas, de modo a lhes oferecer sentimento de inclusão e de satisfação, às vítimas pela satisfação de seus interesses e aos infratores pelo reconhecimento de sua responsabilidade, encorajando-os a reparar os danos causados. Desse modo, há uma pluralidade de práticas e métodos restaurativos que resultam da variação de orientações culturais e político-institucionais.

Alguns dos programas restaurativos mais recorrentes são indicados na Resolução de nº 2002/12, da Organização das Nações Unidas, são a mediação, a conferência ou reunião e ou círculo de decisão ou pacificação. Segundo Tourinho (2017) as conferências ou reuniões restaurativas são realizadas por encontros entre a vítima e o agressor, com a finalidade de realização de um acordo reparatório das consequências causadas pelo delito, além disso podem ser realizadas com a participação de familiares. Os círculos restaurativos, podem ser considerados como um dos mais antigos modelos de Justiça Restaurativa, reúne todos os envolvidos no delito – como a vítima, o agressor, a família e a comunidade – buscando alcançar uma solução adequada para o evento criminoso. Geralmente são construídos dentro do processo, porém existem também pré-círculos e pós círculos e devido tal flexibilidade sua utilização pode ocorrer em fases distintas do processo judicial.

Tourinho (2017) leciona ainda que a mediação é o programa de justiça restaurativa de maior destaque, este possibilita às vítimas e aos infratores a oportunidade de resolução do conflito, com o auxílio de um facilitador, através do diálogo. Os modelos restaurativos de modo geral são balizados por princípios que servem como elementos estruturantes, entre eles: voluntariedade, consensualidade, oficialidade, flexibilidade e confidencialidade. No Brasil, as experiências relativas às práticas



restaurativas estão ainda em fase inicial e contam com o desenvolvimento de programas isolados em alguns estados. Renato Sócrates Pinto (2005) argumenta que as inovações da Constituição de 1988 e principalmente o advento da Lei 9.099/95 abrem uma pequena janela, no sistema jurídico brasileiro, para implementação do modelo sistêmico restaurativo em nosso país, ainda que sem mudança legislativa.

4. OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E A APLICAÇÃO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS

A Justiça Restaurativa ancora-se na premissa de que o delito fere a todo o tecido social e desse modo, este deverá ser não apenas sancionado pela Justiça Retributiva, mas sim tratado em suas raízes a fim de restaurar as relações sociais por ele lesadas, aquela entre os envolvidos, bem como com sua comunidade, que suportou os reflexos da ação criminosa. Os Juizados Especiais Criminais surgiram no Brasil em resposta a uma política desencarceradora, ao tratar distintamente os crimes de menor potencial ofensivo com até 2 (dois) anos de pena privativa de liberdade e as contravenções penais.

Trazendo uma inovação na justiça consensual brasileira e abarcando a possibilidade de composição civil dos danos, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo penal, conseqüentemente, é viável o diálogo entre as partes e a celebração de acordos. Seria a inauguração da justiça do diálogo ou justiça coexistencial, em que os próprios abrangidos pelo conflito são convidados a discutir maneiras de solucioná-lo.

Fomentando o maior acesso à justiça e a celeridade processual, a Lei 9.099/95 constitui uma das normas legais brasileiras que embasam a aplicação da Justiça Restaurativa no país, que prevê práticas despenalizadoras. Tendo em vista como esses impulsionam as sanções distintas da tradicional pena privativa de liberdade, uma das maneiras utilizadas no território nacional para viabilizar às práticas restaurativas é a criação de núcleos de Justiça Restaurativa dos Juizados.

Em relação aos crimes contra a honra, um exemplo perspicaz de delito de menor potencial ofensivo em que é possível a observância do processo restaurativo, a competência para julgamento é dos juizados especiais, o que permite a alternativa por institutos despenalizadores. Especificamente nos crimes de calúnia e injúria, o Código de Processo Penal tem entre seus artigos 519 a 523 a oportunidade de reconciliação, cujo resultado frutífero enseja a desistência da ação penal e arquivamento da queixa-crime.



Ainda que configurem crimes de pequena gravidade, a tutela penal da honra reclama atenção pois define o apreço social ou pessoal de determinado indivíduo, podendo trazer intensas consequências para a sua integridade psicológica e convívio social. Em virtude disso, vislumbra-se a aplicação da Justiça Restaurativa no trato do tecido social rompido por essas condutas. Desse modo, em lugar de impulsionar o popular desejo punitivista da vítima que vê no encarceramento do autor ou na judicialização do conflito a única possibilidade de retomar a estima da comunidade que o cerca, a Justiça levará às partes a refletirem as profundas raízes que culminaram no conflito, não apenas reproduzindo uma mera conciliação a partir de concessões.

A justiça penal deixa de ser apenas uma retribuição do mal, através da prática de outro mal, institucionalmente, aceito e que provoca uma vitimização secundária, e passa a contar com soluções prospectivas, visando o futuro, identificando os interesses comuns das partes envolvidas nos conflitos penais, seguindo, portanto, uma linha de justiça pós-moderna, abertamente, restaurativa (JESUS, 2014, p. 83).

É assim que se vislumbra a pacificação social por meio de novo olhar sobre a resolução dos conflitos, chamando a comunidade para um processo mais intenso de diálogo a fim de produzir o desfecho mais satisfatório para as partes envolvidas e o coletivo colateralmente atingido pelo dano causado.

5. AS EXPERIÊNCIAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Apesar da falta de legislação específica para tratar da Justiça Restaurativa no Brasil, estudiosos fomentaram a discussão sobre sua aplicação a partir da metodologia comparativa com países avançados nesta área. Contudo, somente em 2005 com o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” (PNUD/Ministério da Justiça) que foi dado o primeiro passo para a aplicação concreta de práticas restaurativas no país, tal iniciativa culminou em 3 (três) projetos-piloto em São Caetano do Sul (SP), Porto Alegre (RS) e Brasília (DF).

Conforme Camila Ungar João e Eloisa de Sousa Arruda (2014, p. 203), o programa de São Caetano do Sul-SP foi projetado para aplicação de práticas restaurativas em contexto de atos infracionais cometidos por adolescentes com os pilares: justiça, educação e cidadania. Assim, ocorreu uma parceria entre a 1ª Vara da Infância e da Juventude local e o Sistema de Educação do Estado de São Paulo, sendo ambos sede dos procedimentos restaurativos. Selecionados os casos pelo juiz dessa vara, promotores, assistentes sociais atuantes na situação Conselho

Tutelar e com completa anuência dos responsáveis legais pelos indivíduos, eram celebrados círculos de construção da paz, cujo resultado produtivo seria o acordo, cuja validade e cumprimento devem ser observado pelo Ministério Público e, ao final, em caso de execução integral, poderá requerer remissão.

Nesse mesmo cenário das medidas socioeducativas, foi vislumbrado o projeto de Porto Alegre-RS. Trata-se de um dos grandes destaques da experiência brasileira que atua com metodologia de três fases: o pré-círculo (preparação para o encontro com os participantes); o círculo (realização do encontro propriamente dito) e o pós-círculo (acompanhamento). O Círculo não se destina a apontar culpados ou vítimas, nem a buscar o perdão e a reconciliação, mas a percepção de que nossas ações nos afetam e afetam os outros, e que somos responsáveis por seus efeitos” (MPPR, 2013).

A terceira experiência-piloto foi a de Brasília-DF, a qual se distinguiu das demais por objetivar adultos envolvidos em casos de competência dos Juizados Especiais Criminais do Núcleo de Bandeirante. Destaca João (2014, p.203) que os conflitos são escolhidos pelos juízes, promotores e equipe técnica, constituindo crimes de menor potencial ofensivo em que estejam presentes a necessidade de reparação, patrimonial ou emocional, além do vínculo entre os sujeitos do delito. Por conseguinte, é realizada a mediação penal visando a probabilidade de composição cível ou transação penal.

Segundo o relatório “Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa” (ILANUD/BRASIL, 2006, p. 16 e 17), que examinou os resultados dos três programas, todos eles apresentam a compreensão da Justiça Restaurativa como complementar à Justiça tradicional e não alternativa, dessa forma, é nítida a vinculação do Poder Judiciário à prática. A mesma fonte salienta que inicialmente no projeto de Brasília os juristas viam o modelo sob uma ótica conservadora, retirando deste seu caráter de ‘justiça’ e considerando como método meramente terapêutico, entretanto, os agentes de outras áreas viam nela um potencial transformador. Em uma autorregularão, eles utilizaram a criação de equipes com ambos os grupos de profissionais para selecionar os casos aptos à aplicação das práticas restaurativas, efetivando melhor coexistência do modelo.

É importante enfatizar o projeto de Brasília como meio de aprendizado na aplicação da Justiça Restaurativa nos Juizados, entre erros e acertos, demonstrando que a integração promovida por ela entre o direito e as outras áreas do conhecimento podem enriquecer a tutela jurisdicional e como os procedimentos restaurativos não estão na contramão da justiça tradicional, mas pronto a auxi-



liá-la. Portanto, as experiências práticas do programa demonstram a viabilidade concreta do modelo e seus resultados positivos, promovendo um novo olhar sobre o tratamento processual dos delitos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Restaurativa visa a restauração do tecido social rompido com o crime por meio de práticas que o tratem na raiz do problema e envolva aquela comunidade em sua resolução. Destarte, sua aplicação não implica obrigatoriamente a descriminalização dos crimes de seu objeto, tal qual, os crimes contra a honra, ou a produção do sentimento social de impunidade. Nos casos em análise, quem lesa a reputação de outrem e atinge seu apreço social ou autoestima pessoal, deveria receber uma resposta estatal que mais correspondesse ao nível de ofensividade do delito e cuidasse do modo como o conflito foi gerado, quais suas consequências para a comunidade e por meio de quais instrumentos é possível promover a resolução de conflitos para além da pretensão retributiva, uma vez que o sistema carcerário brasileiro é deficiente e não ressocializa o indivíduo.

Além disso, essas práticas visam mais atender os interesses da vítima e a reparar o dano causado, do que punir o autor, trabalhando também na prevenção da reincidência. A vítima passa a ser protagonista da situação e qualquer dano causado - físico ou emocional - deve ser reparado, além de que o infrator passa por processos para se sensibilizar com a situação da vítima, o que evita a reincidência. Nos casos dos crimes contra a honra, o infrator passa por formas de sensibilização para que possa entender o que causou a outrem.

Dessa forma, com base nos casos apresentados, entende-se pela viabilidade da aplicação das práticas restaurativas não só nos crimes contra honra. Mesmo não tendo previsão legal na maioria dos casos, sua aplicação continua sendo possível por meio da analogia em dispositivos já existentes, haja vista que essa é uma prática que também ocorre em outros países.

É importante enfatizar que a justiça restaurativa não tem a intenção de substituir a justiça retributiva, mas sim complementar. Uma vez que já há legislação prevista para a ocorrência de Juizados Especiais em crimes de menor potencial ofensivo, as práticas restaurativas complementam o que já é previsto em lei e ampliam a viabilidade de sua atuação.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Lei Nº 9.099, de 26 De Setembro De 1995*. Brasília, DF, 1995.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal - Parte Especial*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora. Renovar, 2007.

ILANUD/BRASIL. *Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa, 2006*. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3752>. Acesso em 18/11/2021

JESUS, Joalice Maria Guimarães De. *Justiça Restaurativa Aplicada Ao Juizado Especial Criminal: Em Busca Do Modelo Ideal*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2014.

JOÃO, Camila Ungar; ARRUDA, Eloisa de Sousa. *A Justiça Restaurativa E Sua Implantação No Brasil*. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília (DF), n. 7 p. 187-210, jan/dez, 2014

MORRIS, Alisson. *Criticando os Críticos uma breve Resposta aos Críticos da Justiça Restaurativa*. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

MPPR. *Justiça Restaurativa - Histórico - Centro De Apoio Operacional Das Promotorias Da Criança E Do Adolescente, 2013*. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html>. Acesso em 18/11/2021

NASCIMENTO, Alexandre de. *Ubuntu como fundamento*. Revista UJIMA - Número 01, Junho/2016 - ISSN 9999-9999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 2002/12, de 34 de julho de 2002. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal*. Conselho Social Econômico das Nações Unidas.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A Construção da Justiça Restaurativa no*



Brasil: O impacto no Sistema de Justiça Criminal. Revista Paradigma, v. 1, n. 19, 4 nov. 2011.

TOURINHO, Luciano. *Justiça restaurativa e crimes culposos: Contributos à Construção de um Novo Paradigma Jurídico-Penal no Estado Constitucional de Direito.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

COVID-19, DESEMPREGO E TRÁFICO DE DROGAS: AS IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS, SOCIAIS E JURÍDICAS DA PANDEMIA NO TRÁFICO DE DROGAS

*COVID-19, UNEMPLOYMENT AND DRUG TRAFFICKING:
THE ECONOMIC, SOCIAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF THE
PANDEMIC ON DRUGS TRAFFICKING*

*Carolayne Kelly da Cruz Soares**

*Maria Eduarda Gomes de Sousa Moraes***

Resumo: Este artigo possui o intento de apresentar como a Pandemia do *COVID-19* e suas consequências sociais, econômicas e jurídicas, com evidência nas altas taxas de desemprego em consonância com as escassas e ineficientes políticas públicas estatais, afetaram a lógica de produção, de consumo e, em especial, do Tráfico de Drogas no Brasil. Inicialmente, houve preocupação em apresentar o contexto pandêmico brasileiro e alguns de seus efeitos sociais e econômicos, buscando evidenciar o papel desempenhado pelo Sistema Capitalista e como características essenciais desse sistema contribuíram para o presente contexto. Ademais, apontou-se como as drogas podem apresentar-se como uma alternativa à inércia do Estado como garantidor de direitos, frente à miséria instalada e frente ao ápice da desigualdade. Nesse viés, analisou-se o panorama do tráfico de drogas no Brasil, antes e durante a Pandemia do *COVID-19*, sob uma perspectiva de gênero, classe e raça mostrando, por meio de fontes históricas e de dados, que a população negra e periférica é o principal alvo na falsa guerra às drogas promovida pelo Estado. Desse modo, tornou-se notável a falência do modelo proibicionista e repressivo como política de prevenção às drogas, visto que o mercado de drogas segue movimentando milhões ao passo que se reinventa mesmo em tempos de distanciamento social. Por fim, os resultados de uma ampla pesquisa bibliográfica acionam

*Graduanda do quinto período do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI), atuando como ligante e diretora científica da Liga Acadêmica de Direito Penal da mesma instituição.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0468029008755231>. E-mail: caroliuris@hotmail.com / carolaynesoares@aluno.uespi.br

** Graduanda do quinto período do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI), atuando como ligante da Liga Acadêmica de Direito Penal da mesma instituição.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5006891017185779>. E-mail: mdudagomesmd@outlook.com / mariaemoraes@aluno.uespi.br



para a urgência do debate de nova política de drogas, sob uma perspectiva racializada, mapeando os impactos que a Pandemia trouxe e trará na vida dos indivíduos que são diretamente afetados por esse mercado.

Palavras-Chave: COVID-19. Desemprego. Crise. Tráfico de Drogas. Guerra às Drogas.

Abstract: This article intends to present how the COVID-19 Pandemic and its social, economic, and legal consequences, with evidence in the high unemployment rates in line with scarce and inefficient state public policies, affected the logic production, consumption, and, in particular, Drug Trafficking in Brazil. Initially, there was a concern to present the Brazilian pandemic context and some of its social and economic effects, seeking to highlight the role played by the Capitalist System and how essential characteristics of this system contributed to the present context. In addition, it was pointed out how Drugs can present themselves as an alternative to the inertia of the State as a guarantor of rights, in the face of installed misery and of the apex of inequality. The panorama of drug trafficking in Brazil, before and during the COVID-19 Pandemic, was analyzed from gender, class, and race perspective, showing, through historical and data sources, that the black and periphery is the main target in the false war on drugs promoted by the State. In this way, the failure of the prohibitionist and repressive model as a drug prevention policy has become remarkable, since the drug market continues to move millions while reinventing itself even in times of social distancing. Finally, the results of extensive bibliographic research trigger the urgency of the debate on a new drug policy, from a racialized perspective, mapping the impacts that the Pandemic has brought and will bring on the lives of individuals who are directly affected by this market.

Keywords: COVID-19. Unemployment. Crise. Drug Trafficking. War on Drugs.

1. INTRODUÇÃO

A criminóloga venezuelana Rosa del Olmo trouxe em sua clássica obra “A Face Oculta das Drogas” (1990), dentro de um panorama histórico, social, econômico do pós-guerra, especificamente da década de 1950 à década de 1990, uma análise pertinente e detalhada acerca dos discursos e políticas em torno das drogas, bem como debruçou-se em demonstrar como o contexto de cada época refletia no olhar e no comportamento dos indivíduos e do Estado frente às drogas, usuários e produtores, possibilitando, assim, a compreensão do fenômeno de modo holístico dentro de cada conjunto circunstancial e dentro de cada marco temporal.

Nesse sentido, ao analisar as questões do tráfico, consumo e produção de drogas no Brasil vê-se como indispensável a consideração de todos os fatores ma-



teriais, históricos, sociais e econômicos que as envolvem, visto que como produto social, suas raízes e possíveis formas de compreensão, não apenas dos fenômenos em questão, mas das políticas de combate e enfrentamento empregadas pelo Estado e pelas diversas instituições sociais, estarão dentro da própria sociedade em suas diversas esferas.

Em consonância com o exposto, o neurocientista Carl Hart em seu livro “Drogas para Adultos” (2021), mostra, dentro dos diversos resultados obtidos nos anos de pesquisa na área, que o envolvimento com drogas, seja para o consumo ou venda tem como grande impulsionador, motivador dilemas e problemáticas presentes no sistema socioeconômico capitalista e no contexto de desolação e omissão por parte do Estado, no qual os indivíduos estão inseridos.

Nesse sentido, o presente artigo busca, através de uma pesquisa bibliográfica, análise de dados e relatórios, evidenciar que o cenário de pandemia do *COVID-19* impactou de modo a promover um aumento no consumo de drogas ilícitas e lícitas, como álcool e ansiolíticos, no aumento da produção e, em especial, no crescimento do tráfico de drogas em resposta, dentre outros fatores, à omissão estatal frente ao desemprego, fome, falta de oportunidades, apresentando-se muitas vezes como uma alternativa e adaptando-se ao novo contexto, apresentando novas formas de atuação e se reinventando.

Além disso, o presente artigo visa apontar que ao passo que o tráfico de drogas se adaptou, as políticas de segurança e a forma de atuação das forças policiais também passou por modificações, a fim de compreender, assim, o papel e a atuação da política de guerra às drogas no Brasil no presente contexto de pandemia.

Para análise dos impactos supracitados, leva-se em consideração o contexto social, econômico, cultural e político que envolveu esta crise, com ênfase em como a crise econômica, as altas taxas de desemprego e insegurança alimentar afetaram e ainda podem afetar o fenômeno do tráfico de entorpecentes. Além disso, é necessário perceber em qual medida o Estado, com a sua política de guerra às drogas - que se demonstra ineficiente - e com a ausência de políticas públicas de saúde, educação e segurança é responsável, direta ou indiretamente, pelos impactos sociais de aumento da produção, consumo e do tráfico de drogas no Brasil.



2. COVID-19: EFEITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

A priori, vale ressaltar que o sistema capitalista, sistema atualmente vigente, é ontologicamente perpassado por contradições e são nessas contradições que consiste a sua própria existência, como já apontado pelo filósofo húngaro e intelectual marxista István Mészáros em sua obra “Para Além do Capital” (2002), bem como se ancoram as suas diversas crises. Nesse sentido, o sistema capitalista passou e continua a passar por uma série de instabilidades e momentos de decréscimo, as chamadas crises cíclicas, a exemplo da crise mundial de 1929, marcando o início da grande recessão e da crise de 2008.

Desse modo, é fundamental pontuar que cada crise econômica carrega em si, em variados níveis e intensidades, motivações e consequências de cunho social, político, econômico e cultural que acabam por intensificar os índices de desigualdade, o pleno acesso e execução dos direitos sociais, ferindo princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana. Estas crises podem ter seu estopim e efeitos intensificados pelas próprias características inerentes ao capital, como as disparidades sociais, bem como catástrofes ambientais e de saúde, a exemplo da gripe espanhola, gripe suína e, atualmente, o *COVID-19*.

Nesse mesmo sentido, a então professora da Universidade Federal Fluminense e historiadora Virgínia Fontes em entrevista intitulada por “Coronavírus e a Crise do Capital” (2020) para o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES, ADUFS, 2020) apontou que:

O avanço das expropriações de direitos sociais incidiu diretamente na saúde, privatizando parcelas expressivas das políticas universais, precarizando trabalhadores, transferindo boa parte da saúde pública para mãos empresariais ávidas de lucro, além da destinação crescente de recursos públicos para o setor privado. Esta é, portanto, uma pandemia totalmente acoplada à crise da vida social provocada pela expansão do capital e do capitalismo, sem falar da profunda internacionalização das relações sociais de produção.

No final do ano de 2019, foi comunicado o primeiro caso de *COVID-19* no mundo, possuindo seu epicentro na China. Em face do alto poder de disseminação, contágio e reprodução, o coronavírus encontrou nas características basilares do mundo globalizado o seu forte e grande aliado. O contínuo e ininterrupto tráfego de pessoas e mercadorias pelo mundo facilitou sua disseminação e em janeiro de 2020 alertava-se o mundo sobre a pandemia do *COVID-19*, incluindo o Brasil que já conta com mais de meio milhão de mortos.

Nesse ínterim, o *COVID-19* e os mais de 600 mil mortos no Brasil, evidenciaram muito além de uma crise de saúde pública, uma crise econômica, política e social. Apesar de popularmente indicada como “Crise do Coronavírus”, ao ser analisada a realidade brasileira e do sistema socioeconômico vigente, é possível perceber que a referida crise tem os seus efeitos na escala que se apresentam, por conta, em grande parte, da preexistente crise de saúde pública. Isto se deve ao fato de o sistema de saúde brasileiro não receber, historicamente, investimentos suficientes para atender com maior eficiência, qualidade e estrutura a população brasileira, bem como pela omissão do Estado, com políticas públicas insuficientes e clara crise política com um governo negacionista que negou e nega a real potencialidade do vírus.

O atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, antes mesmo de ser eleito presidente em 2018, teve destaque por suas falas contraditórias, violentas, preconceituosas e repletas de *fake news*, com a chegada do coronavírus no território brasileiro a sua postura não foi diferente. Como apontado em matéria publicada no jornal A Gazeta (2020) de “gripezinha” ao “e daí” o representante brasileiro relativizou e zombou do real impacto e potencial ofensivo do *COVID-19*.

Além disso, frente ao crescente número de contaminados e de mortes, Bolsonaro, com sua postura negacionista e conspiracionista, demitiu ministros da saúde que discordavam de seu posicionamento (GAZETA, 2020), em consonância com o disposto na emenda 95/2016 (BRASIL, 2016) que determina congelamento dos salários de profissionais da saúde por 20 anos, os mesmos que estavam na linha frente na luta contra o vírus, conteve outros investimentos na área da saúde, bem como na educação, INSS e meio ambiente (G1, 2021).

Nesse contexto de cortes e discursos negacionistas, em meio às medidas de isolamento, aos escassos e insuficientes auxílios prestados pelo Governo Federal Brasileiro, como a criação do auxílio emergencial, o resultado, a nível econômico e social, e de programas de assistências às empresas, a exemplo do Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Pronampe), foi a falência de grandes e, em especial, pequenas e médias empresas.

A falência de empresas agregou à grande massa de desempregados mais milhões de brasileiros, chegando a contabilizar, no segundo trimestre de 2021, 14,8 milhões de desempregados no Brasil, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), o que surtiu e surtirá várias consequências para a população brasileira, em especial para a pobre e periférica.



De acordo com pesquisa do Data Favela em parceria com Locomotiva – Pesquisa e Estratégia e a Central Única das Favelas (CUFA), denominada “A Favela e a Fome” (2021), 71% dos moradores das favelas perderam renda, sobrevivendo com próximo da metade do que recebiam, sendo os maiores afetados pela pandemia a população de mulheres que desenvolvem funções de cuidado e população negra que ocupa as maiores taxas de desemprego e trabalhos informais, sendo estes os que mais morreram em relação à população branca, conforme pesquisa do Instituto Pólis (2021).

Segundo o Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) de 2021, foram levadas para uma situação de extrema pobreza em torno de 119 a 124 milhões de pessoas no mundo e segundo relatório anual (2021) da Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), 209 milhões de pessoas na pobreza, sentindo, assim, os maiores efeitos da pandemia e da crise os países emergentes e baixa renda, aumentando os índices de insegurança alimentar, como apontado no relatório da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, “O Estado da Segurança Alimentar e Nutricional no Mundo” (FAO, 2020):

A desigualdade de renda, em particular, aumenta a probabilidade de insegurança alimentar - especialmente para grupos socialmente excluídos e marginalizados - e diminui o efeito positivo de qualquer crescimento econômico na segurança alimentar individual. Vulnerabilidades estruturais, incluindo desigualdades relacionadas a gênero, juventude, etnia, povos indígenas e pessoas com deficiência, tendem a exacerbar a pobreza, a insegurança alimentar e a desnutrição durante períodos de desaceleração e desaceleração econômica, ou após conflitos e desastres relacionados ao clima. Além disso, esses níveis de desigualdade estão sendo acelerados pela pandemia de *COVID-19*.

Ademais, além de o referido contexto propiciar uma maior insegurança alimentar, problemas como acentuação da injusta divisão sexual do trabalho, marcando uma sobrecarga das mulheres e maiores índices de informalidade se tornaram cada vez mais comuns. Nesse contexto, buscando sobressair às condições precárias de insegurança alimentar, em especial com o aumento dos valores da cesta básica no Brasil (DIEESE, 2021), difícil acesso à saúde, à educação, o desemprego, os altos índices de desigualdade econômica e social, a pobreza, a insuficiente oferta de oportunidades aos indivíduos o leva, muitas vezes, a recorrer à criminalidade ou ao uso de drogas.



3. DROGAS: ALTERNATIVA À REALIDADE DA CRISE DO COVID-19 E AO VÍRUS DA MISÉRIA INSTALADO?

A priori, é de grande importância frisar que o tráfico, consumo e produção de drogas estão essencialmente imbricados a fatores econômicos, políticos, sociais e culturais de cada época. Entretanto, antes de tudo, é indispensável notar que a relação entre miséria e o tráfico de drogas é apenas uma parcela de um problema, no Brasil e no mundo, que tem a atuação do Estado e a estrutura do sistema capitalista, essencialmente excludente, como base.

Deve-se compreender, a princípio, que o Estado possui responsabilidade, direta e indiretamente, por conta da constante omissão e de insuficientes políticas de suporte à população, bem como por apresentar a criminalização da pobreza, a exclusão social ou inclusão de modo precário, o encarceramento, a violência institucional como as principais e, em alguns casos, as únicas respostas àqueles que veem no mercado das drogas ilícitas uma forma de sobreviver, se alimentar e ter acesso à moradia. Ou seja, àqueles que veem no tráfico, na produção e no consumo de drogas uma alternativa frente a ausência do Estado como garantidor dos direitos constitucionalmente previstos à toda a população brasileira.

Nesse contexto, em pesquisas que foram realizadas na América Latina (UNODC, 2021), foi colocado em evidência que as taxas elevadas de desemprego, o difícil acesso à educação e à concretização dos direitos sociais dos indivíduos, em especial da população jovem, aumentam consideravelmente o risco de incorrência à delinquência, à violência, aumentando a probabilidade de adentrarem nas estruturas de crime organizado, bem como do consumo, produção e tráfico de drogas:

O cultivo de drogas à base de plantas e a produção da folha de coca e do ópio são impulsionados por uma infinidade de fatores, como fatores socioeconômicos, como falta de sustento oportunidades, falta de acesso a empregos lícitos ou educação e a ausência de instalações básicas necessárias para desenvolvimento sustentável (como água potável e saúde, cuidado) sendo alguns dos principais motivadores[...]. Além disso, as mudanças nos mercados de trabalho como o aumento do desemprego, têm sido associadas a aumentos no uso de drogas em alguns segmentos da população. (p. 87)

Sendo assim, o desemprego, o corte de verbas na saúde e na educação colaboram para a movimentação do mercado de drogas, para o acréscimo no uso e na produção delas, a medida que empurra uma parcela populacional para as margens de um sistema que tem como característica basilar a desigualdade social. Para além disso, tem como aparelho mantenedor desta ordem o Estado que se omite



como garantidor e atua como repressor, possuindo como forte alicerce para a sua atuação a Lei Penal e no caso em questão a Lei nº 11.343 de 2006 (Lei de Drogas).

Ademais, vale apontar que a população brasileira foi exposta de modo distinto à pandemia e aos seus efeitos, marginalizando em sua maioria a população de uma determinada classe, raça e gênero a estas situações de vulnerabilidade. Nesse sentido, mais da metade da população das favelas perderam renda (DATA FAVELA, CUFA, 2021), isto é, aqueles que já viviam marginalizados, expostos ao lado mais obscuro do poder e do controle estatal, com difícil acesso aos hospitais, à educação e aos seus direitos básicos, passaram a ter que viver com menos da metade do que já recebiam (DATA FAVELA, CUFA, 2021).

E em um contexto que, segundo pesquisas do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em janeiro de 2022, para o cidadão brasileiro viver razoavelmente o salário mínimo ideal deveria ser em torno de 6 mil reais, a taxa de ocupação das mulheres e da população negra reduziu consideravelmente em 2020 segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Ainda segundo o IPEA, em 2021, os índices de desemprego reduziram, em parte, pelo crescimento do trabalho informal, entretanto é nas dificuldades do trabalho informal e na dificuldade de acesso aos direitos básicos, e no desemprego que a busca por alternativas de renda clandestinas passam a ser vistas como opção.

Assim, a miséria é um vírus que antecede o *COVID-19*. Entretanto ele é mantido pelo sistema econômico e social em vigência e pelo próprio Estado e pelo Direito Penal que com sua omissão e construção de discursos criminalizantes em torno do comércio e uso de drogas intensifica os efeitos sob as populações que ficam cada vez mais vulneráveis, sem renda e sem acesso aos direitos básicos. Assim, encontram no tráfico de drogas, muitas vezes, uma forma de adquirir essa renda e no consumo uma forma de fugir desta realidade de miséria, conforme o exposto no *Global Drug Survey (2020)*.

4. TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA

A crise socioeconômica alavancada pelo coronavírus (*COVID-19*) afetou drasticamente o mercado financeiro no Brasil e no mundo. Desde o começo do ano de 2020, os países enfrentaram um vírus perigoso e sem precedentes que levou a adoção de medidas rigorosas de controle da doença, dentre elas, o fechamento de restaurantes, bares, lojas, indústrias, comércios, entre outros. Entretanto, é interes-

sante perceber que embora a circulação de pessoas e mercadorias tenha diminuído, as apreensões de drogas em 2020 apresentaram recordes.

Segundo dados divulgados pelo próprio governo federal em *site* oficial, em 2020 a Polícia Rodoviária Federal (PRF) apreendeu mais de 727 toneladas de maconha, uma alta de 123% se comparado ao ano de 2019, bem como, a quantidade de cocaína apreendida pela PRF cresceu 25%. Ou seja, os números indicam que foram 30,3 toneladas no ano de 2020, contra 24 toneladas no ano de 2019, além disso, se comparado a 2018, as apreensões do entorpecente subiram 66%.

A intensificação do tráfico de drogas durante a pandemia é apontada também no UNODC, divulgado em junho de 2020, em que são identificados fatores que refletiram esse aumento: o desemprego - permeado pela redução de oportunidades - e a saúde mental dos indivíduos que, com a pandemia, permaneceram mais tempo em casa ao passo que lidavam com a insegurança alimentar, a morte de pessoas próximas e o caos mundial.

Nesse contexto de mortes, doença, desemprego, negligência e fome é fácil perceber como esse mercado ilegal se tornou tão atrativo para o consumo, para produção e para a venda. Por um lado, convivendo com as dores de um cenário de incertezas, ficou mais claro para os indivíduos que o uso de substâncias ilícitas poderia amenizar, momentaneamente, suas angústias. Isso é demonstrado conforme indica a edição especial sobre a *COVID-19* da *Global Drug Survey* (2020), que declara que o Brasil registrou um aumento de 17,2% no consumo de maconha e 13,5% no consumo de álcool em 2020. Além disso, os dados da pesquisa divulgada demonstraram um percentual de 7,4% no uso de cocaína e de 12,7% no uso de remédios para ansiedade, como Diazepam e Clonazepam. Esse aumento também é cristalizado no Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2021):

De acordo com as evidências disponíveis até o momento, o bloqueio, as medidas, o desemprego, estresse, distanciamento físico, isolamento e tédio, mudanças na disponibilidade de certas substâncias contribuíram para as mudanças observadas no comportamento de uso de drogas. A prolongada crise econômica, com níveis elevados de desemprego e incertezas econômicas duradouras solidificaram as tendências observadas durante a pandemia, o que significa que o aumento da prevalência do uso de sedativos como benzo diazepínicos e de *cannabis* pode continuar, em seu nível mais alto nível, e distúrbios de uso de drogas podem se manifestar em taxas também.

De outro lado, enquanto milhares de pessoas perdem seus empregos e são afundados na linha da pobreza extrema, são criadas condições suscetíveis para a entrada de indivíduos em um dos mercados que praticamente não foi abalado pela



pandemia do coronavírus e apresentou uma forma inovadora de se reinventar. O acesso às drogas se tornou mais fácil e rápido seja pelas vendas *online* seja pelo uso de rotas marítimas, como é explicado no mesmo Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2021):

A pandemia *COVID-19* trouxe novas tendências no tráfico de drogas e acelerou algumas das existentes: um aumento no uso de rotas marítimas e aquáticas foi observado em muitas regiões, inclusive em países da Europa, América Latina, Norte da África e Sudeste Asiático. Essas mudanças podem ter sido iniciadas ou aceleradas por fechamentos de fronteira e dificuldades no tráfico por terra, bem como pela redução em voos comerciais.

Diante disso, é possível perceber que o tráfico de drogas não teve grandes perdas de demanda, lucro ou vendas durante a pandemia do *COVID-19* e conseguiu se adaptar facilmente ao “novo normal”. Em contrapartida, há uma parcela, historicamente marginalizada e negligenciada pelos governos, que sofre ainda mais as consequências do contexto pandêmico visto que, grupos marginalizados e periféricos são os mais afetados quando os sistemas de saúde e sociais estão em colapso o que torna o abismo social entre classes ainda mais evidente.

Nesse viés, de acordo com dados coletados pela Comunidades Catalisadoras (ComCat) e organizados no Painel Unificador da *COVID-19* do Rio de Janeiro, que está disponível para consulta pública na *internet*, com 6.061 óbitos registrados desde o início da pandemia até o julho de 2021, as favelas cariocas somam mais mortos do que 166 países. Sendo assim, visualizar essa dicotomia é perceber que enquanto grande parte da população brasileira - vulnerável e esquecida pelo gerenciamento de crise do Estado brasileiro - sofre com a insegurança alimentar e convive diariamente com a morte dos seus entes queridos, o sucesso econômico do narcotráfico continua perpetuando números gigantes, como demonstrado pela pesquisadora e reitora da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) Soraya Smaili na revista científica *EntreTeses* (2016) que aponta os percentuais astronômicos do tráfico de drogas. São cerca de 900 bilhões de dólares ao ano no mundo inteiro, o equivalente a 35% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, ou 1,5% do PIB mundial. Isto é, torna-se atrativo para essa mesma população desfavorecida e desempregada a atuação seja na produção ou no próprio mercado de ilícitos.

Desse modo, o tráfico de drogas no Brasil, durante a pandemia do *COVID-19*, apresentou novos desenvolvimentos no consumo e no comércio que podem deixar implicações a médio e a longo prazo. Assim, é evidente a exploração de novos indivíduos para o tráfico de ilícitos – geralmente, réu primário, com bons antecedentes e que não se dedica a atividade ilegal, o chamado tráfico privilegiado – o que torna



esse mercado ainda mais poderoso e perigoso para o convívio social. Ademais, o aumento no consumo dessas substâncias sem uma devida política pedagógica de redução de danos, torna a dependência química uma via possível para aqueles que elevaram o contato com as drogas durante o isolamento social.

5. A POLÍTICA DE DROGAS E SEUS EFEITOS

Com a adaptação estratégica do tráfico de drogas frente a pandemia do *COVID-19* foi necessário que as forças policiais também atualizassem as tendências de enfrentamento ao crime organizado, como aponta o estudo realizado em dezembro de 2021 pelo Centro de Excelência para a Redução da Oferta de Drogas Ilícitas (CdE) em parceria com o UNODC e com a Secretaria de Operações Integradas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SEOPI/MJSP):

No que se refere à percepção dos policiais civis e militares brasileiros quanto às formas de interação com os cidadãos, mais de 80% dos respondentes afirmaram que a pandemia ocasionou alterações nessas relações e, consequentemente, no trabalho policial, por meio das abordagens, atendimentos, entre outras atividades (apud LOTTA, et al., 2020, p. 34)

Paralelo a isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da iniciativa popular “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) das favelas”, avaliou e impôs restrições que ratificam a excepcionalidade das operações policiais nas favelas cariocas no período pandêmico. Em contrapartida, segundo o G1, um levantamento feito pelo Grupo de Estudos de Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (Geni/UFF) apontou que 45,7% das operações policiais em favelas do Rio de Janeiro descumpriram a determinação do STF.

Ademais, o levantamento ainda concluiu que, neste período, quase 1 em cada 5 mortes ocorridas no Rio de Janeiro foi resultado de ações policiais. Ou seja, os moradores de comunidades periféricas além de perpassarem pelas dificuldades ampliadas pela pandemia do *COVID-19* tiveram que lidar com ações policiais ilegais que causaram a morte de pessoas próximas e descumpriam direitos fundamentais percebidos pelo próprio STF. Isso, pois o proibicionismo - política ineficiente e anterior a pandemia - que fomenta a falsa guerra às drogas, continua fazendo mais vítimas do que fato atingindo o mercado do tráfico de drogas.

Desse modo, as variadas imprecisões existentes na própria definição do termo “droga” corroboram para essa fomentação, tanto no sentido de marginalizar



quanto no de carregar uma ideia negativa à nomenclatura associando-a a vícios, preconceitos e medos irracionais. Nesse sentido, com base no art. 1º da Lei nº 11.343/2006, a Lei de Drogas, são consideradas drogas: “As substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006).

No entanto, essa perspectiva apresenta-se na história recente de modo que, ainda no século XV, a partir da expansão ultramarina e da comercialização de especiarias - como o chocolate, o ópio, o açúcar, o tabaco, o café e as bebidas alcoólicas - essas novas descobertas de sabores transformaram-se em artigos de luxo que mobilizaram poderosas nações para o seu comércio legal na época (CARNEIRO, 2018). O historiador Henrique Carneiro aponta em a “História do proibicionismo” (2018):

Somos todos consumidores de drogas, uma condição humana eterna que foi potencializada na era mercantil e industrial, porém contemporaneamente é pouco discutida no que se refere a natureza comum de se tomar remédios psicoativos, café, bebidas alcoólicas, tabaco e substâncias ilícitas separados por cargas simbólicas altamente significativas e por seus regimes de normatização. (p.13)

Os regimes diferenciados de legalização perpassam pela justificativa dos danos gerados no organismo humano e que são causados por essas distintas substâncias. Mesmo assim, é de total conhecimento popular os prejuízos à saúde potencializados pelo uso crônico e abusivo, de curto a longo prazo, do álcool e de bebidas açucaradas, como os refrigerantes, além dos efeitos e riscos adversos contidos nas bulas gigantescas dos anticoncepcionais, por exemplo, que são bem reconhecidos e conhecidos pelas mulheres – feitos e testados em laboratórios, mas que ainda assim, como todo medicamento, apresenta contraindicações e riscos a alguns grupos de pessoas, como é explicado pela jornalista de saúde e editora-chefe do Portal Drauzio Varella, Mariana Varella em sua matéria “A pílula anticoncepcional é segura?” (2021) no mesmo Portal. Apesar disso, é curioso perceber que o consumo dessas substâncias é lícito e até incentivado pela mídia em geral, no caso das bebidas. Segundo o historiador Carlos Eduardo Martins Torcato, em “A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República” (2016), esse critério divisionário não é algo novo, como avalia em sua tese de doutorado:

Essas contradições não são novidade. Durante grande parte do século XX, a proibição de determinadas substâncias e a proibição de outras foi colocada nesses termos por uma classe médica ansiosa em transformar a saúde em reserva de mercado. Entretanto, desde 1963, a Divisão de Farmacologia e Toxicologia da Organização Mundial de Saúde (OMS) é categórica em afirmar que



era possível estabelecer uma correlação entre dados biológicos e medidas administrativas. Está claro desde então que essa divisão entre drogas lícitas e ilícitas responde a fatores outros que técnicos. Essa divisão não foi decidida por químicos, médicos e toxicologistas. (p.16)

Dessa forma, de maneira alguma o intuito desse artigo é estabelecer a proibição também das drogas lícitas, pelo contrário, deve ser repugnada toda forma de proibicionismo, ideológico e político, materializado pelo controle social. Muito menos rejeitar o efeito negativo que as drogas possam acarretar no organismo. Na verdade, trata-se de encontrar uma solução que traga melhores resultados tanto na área da saúde quanto na área socioeconômica, como em um sistema legalizado que colocaria fim ao lucro exagerado da economia paralela do tráfico de drogas. Além disso, trazer opções de regulamentação e controle de qualidade para benefício da saúde do usuário, que teria acesso às informações e possíveis efeitos que o uso da droga, depois de estudada e testada em laboratório, traria no seu organismo. Paralelo a isso, poupar gastos com a política de repressão ineficiente que poderiam ser realocados em saúde, educação, cultura e lazer à população.

Nesse aspecto, percebe-se que todo discurso demonizado acerca das drogas, bem como ações proibicionistas e repressivas não fazem com que as substâncias psicoativas deixem de existir. Em sua tese de mestrado, “Drogas: a falência do proibicionismo e alternativas de política criminal” (2009), o advogado criminalista Rogério Fernando Tafarello aponta que:

O consumo de drogas quando inadequado constitui um mal a ser controlado mas que, arriscamo-nos dizer, jamais será extinto. É preciso que se consiga lidar adequadamente com a questão e não parece ser o direito penal o melhor meio de se tutelá-la juridicamente. É o que levam a crer os resultados históricos do proibicionismo penal aplicado ao longo do século XX, seja do ponto de vista de sua (in-)eficácia preventiva, seja do ponto de vista das consequências sociais nefastas dele exurgidas. (p.9)

Nesse sentido, pousando nessa perspectiva, a efetividade da atual política de combate às drogas é duvidosa ao passo que não resolve o problema da segurança pública no país, bem como, não desmantela o mercado do tráfico de ilícitos no Brasil. Sob esse viés, apesar de elevar drasticamente a taxa de pessoas encarceradas no país - de acordo com a Agência Brasil e os dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ, 2016), a Lei de Drogas aumentou o número de encarceramento por crimes relacionados às drogas de 15% de pessoas que eram presas respondiam por crimes relacionados a drogas no ano de 2006 para 28% em 2014 – o mercado de ilícitos continua bem sucedido. Isso porque há muito tempo o uso de drogas e a alteração do estado de consciência faz parte da



história e é necessário aprender a lidar com a perspectiva realista da sociedade: o proibicionismo e a repressão não impedem o uso de drogas; as drogas existiram, existem e sempre existirão. O que deve ser pretendido são as práticas de redução de danos e de regulamentação.

Desse modo, o proibicionismo corrobora para a perpetuação do nosso passado escravagista ainda sob um modelo racista e elitista, visto que permite há décadas que pessoas, sobretudo negras e moradoras de favelas e periferias, sejam estigmatizadas, encarceradas ou mortas. Nesse viés, o relatório publicado em novembro de 2021 pelo *Global Drug Policy Index*, projeto da entidade internacional *Harm Reduction Consortium*, especializada em redução de danos, coloca o Brasil como o país que tem a pior política de drogas do mundo. Em vista disso, a revista *Carta Capital* (2021), em *site* oficial, aponta que no *ranking* inédito foram avaliados 30 países e a conclusão é de que a predominância de uma política de drogas baseada em repressão e punição fez com que o Brasil ficasse atrás de nações em que há pena de morte para tráfico de drogas, como Indonésia e Tailândia. Ao passo que, as poucas políticas de redução de danos constroem caminho para que o país fique em uma posição pior do que outros com PIB e IDH menores, como a Uganda e o Afeganistão.

Além disso, outro efeito negativo desse segmento é cristalizado por Osvaldo Fernandez (1997), no seminário internacional “Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva”, que avalia o proibicionismo como fator que agrega valor à mercadoria e potencializa o surgimento do narcotráfico uma vez que “As drogas são mercadorias, cuja proibição vem possibilitando lucros extraordinários e consolidando uma poderosa economia ilegal [...]. O proibicionismo e a política de guerra se mostraram um fracasso como política de controle de drogas.” (FERNANDEZ, 1997, p.120)

Isso porque, o mercado ilegal é extremamente lucrativo partindo da lógica que se obtém um produto materialmente desejado, sendo ele proibido ou não, por significativa parte da população - O Relatório Mundial sobre Drogas 2020 divulgado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2021) mostra que cerca de 269 milhões de pessoas usaram drogas no mundo em 2018, aumento de 30% em comparação com 2009 – que é comercializado pelo crime organizado com total exclusividade e com alto valor de troca. Ou seja, parece ser ignorada a capacidade de expansão e reinvenção desse comércio altamente lucrativo que é também fomentado pelas políticas proibitivas.



O tráfico de drogas lucra com o proibicionismo e precisa que as drogas sejam proibidas para exercer o seu poder sob a sociedade. Dessa forma, essa perspectiva é refletida pela doutora em serviço social Andrea Pires Rocha (2013), em seu artigo “Proibicionismo e a criminalização de adolescentes pobres por tráfico de drogas”:

Há uma imensa diferença no entendimento histórico da droga-produto, que possuía apenas valor de uso, em relação a droga-mercadoria, que possui, antes de tudo, valor de troca. É essencial considerarmos que a droga-mercadoria só ganha *status* de mercadoria na sociabilidade burguesa por ser um objeto suscetível à mercantilização, que de uma maneira ou outra satisfaz necessidades de alguns sujeitos, ou seja, aqueles capazes de pagar um preço por ela. (p.3)

Desse modo, isso significa que quando é atribuído valor de troca, produção em larga escala, distribuição de mercadorias, modificações científicas e exploração do trabalho humano - elementos típicos do sistema capitalista - o mercado de ilícitos torna-se lucrativo de maneira que é essencial para ele que as drogas sejam proibidas já que legalizar e cobrar a regulamentação das drogas é privar o narcotráfico do seu maior lucro: a clandestinidade. Ao mesmo tempo em que traria para a superfície o mercado de exploração humana, descontrole de qualidade, corrupção e falsificação fomentado pela ilegalidade das drogas que torna esses vilões desconhecidos.

Ao acenar para uma parcela moralista e conservadora da sociedade, o governo brasileiro associa erroneamente o vício em drogas a uma questão de segurança pública, embora o uso de drogas seja considerado por muitos estudiosos da área uma questão de saúde pública. Exemplo disso é a pesquisa realizada pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA em parceria com a Rede UNA-SUS cujo tema “Drogas: um dos principais problemas de saúde pública no mundo” (2014) demonstra as dificuldades no tratamento de dependentes químicos.

Desse modo, o aparato militar é utilizado para maquiar um falso avanço no combate ao tráfico de drogas visto que mesmo após grandes apreensões o mercado de ilícitos segue se reerguendo à medida que o crime organizado se profissionaliza cada vez mais. A consultora do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Isabel Figueiredo em entrevista para a BBC Brasil (2020) explica: “A polícia diz que quebrou a quadrilha x ou y com uma grande apreensão, mas esse impacto não é duradouro, porque o tráfico se reorganiza muito rapidamente.” Sendo assim, a falsa guerra às drogas, dominada pela política restritiva do governo, segue fazendo mais vítimas do que trazendo resultados, bem como, demonstrando sua face mais nociva. Segundo Maria Lucia Karam, em seu artigo “Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais” (2013):



[...] o proibicionismo oculta também o fato de que a anunciada proteção da saúde pública, que estaria a formalmente fundamentar a criminalização das condutas relacionadas às drogas tornadas ilícitas, é afetada por esta mesma criminalização, que impede um controle de qualidade das substâncias entregues ao consumo, impõe obstáculos a seu uso medicinal, dificulta a informação e a assistência, cria a necessidade de aproveitamento de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, incentivando o consumo descuidado ou anti-higiênico propagador de doenças como a *AIDS* e a *hepatite*. (p.7)

Dessa forma, é fulcral perceber que a política proibicionista do governo atual, bem como, de todo sistema político-econômico não traz resultados palpáveis no combate ao tráfico de drogas. Assim, as diversas apreensões de drogas e mortes causadas pela falsa guerra às drogas é mais uma das alternativas usadas pelo aparelho opressor do Estado no encarceramento de indivíduos baseados em sua raça, gênero e classe. Logo, é urgente pensar numa política de drogas que, a priori, repense as oportunidades de redução de danos aos usuários, estabelecendo uma regulamentação sadia em torno do controle de qualidade das drogas, ao passo que, não criminalize os indivíduos ignorando os reais entraves sociais e a perpetuação da desigualdade social entre grupos. A posteriori, estabeleça o incentivo na produção científica de usos terapêuticos, comerciais e de tratamento para a população em geral.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo possibilitou a compreensão das implicações sociais, econômicas e jurídicas da pandemia do *COVID-19* no tráfico de drogas, bem como, os desdobramentos do mercado de ilícitos frente ao “novo normal” estabelecido dentro do contexto de isolamento social dos indivíduos. Tendo em vista os aspectos abordados, foi possível perceber que as justificativas históricas apontadas sob os moldes das crises cíclicas do sistema capitalista revelam um projeto político repressivo decadente do ponto de vista pedagógico e da saúde pública. Posto isso, acaba por ferir princípios basilares do próprio Estado democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana, quando evidencia o abismo social entre classes, principalmente em um contexto pandêmico.

Nesse ínterim, viu-se que os efeitos da soma entre um vírus mortal causador de uma pandemia nunca antes presenciada, mais um Estado – negacionista e opressor - ausente em políticas públicas concretas para lidar com a disseminação da doença geram prejuízos de curto a longo prazo no convívio social. Com efeito,



foi necessário analisar dados e relatórios - recentes quando temos em mente que a pandemia ainda existe e ainda trará modificações sociais – que revelaram o terreno fértil da estabilidade e do poder de reinvenção do tráfico de drogas frente a um contexto de morte, doença, altas taxas de desemprego e insegurança alimentar.

Sob essa ótica, tecemos os rumos e possíveis trajetões que as inovações e as novas rotas do lucrativo narcotráfico, fomentadas pela pandemia do *COVID-19*, somados a uma política de drogas inábil, trouxe e trará na vida dos indivíduos. Com isso, percebe-se que essa mesma política de drogas carece de um imenso e detalhista processo de produção de pesquisas acerca da própria história do Brasil apontando para debates raciais fundamentais para a destruição da hierarquia de classes dominantes dentro do sistema capitalista vigente. Além disso, a necessidade de uma discussão que, antes de tudo, estabeleça medidas pensadas sob a ótica antiproibicionista, antirracista e anticlassicista.

O músico Don L, na canção “Pela Boca” (2021), relembra: “Eles mataram, escravizaram, torturaram na cela e confinaram na favela; depois querem recontar a história e me negar os fatos; eu prefiro recontar os corpos para medir o estrago”. Desse modo, é urgente estabelecer processos educacionais, desde a base, em que seja pautado o historicismo além de propor políticas públicas que elevem os direitos humanos e de uma vez por todas assumir a derrota da guerra às drogas.

Dentro desse contexto, o genocídio recorrente da população preta e periférica e o seu encarceramento em massa motivado por essa guerra, que se molda numa forma de controle social altamente segregacionista e racista com alvos bem definidos, precisa ser reconhecido. Urge uma reforma na Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006), a Lei de drogas, em que se estabeleçam medidas regulatórias de descriminalização das condutas, no Direito Penal conhecido como *abolitio criminis*, em especial do art. 28, de modo que acompanhe as modificações socioculturais inerentes da ciência penal principalmente quando é notável o fracasso do modelo proibicionista frente ao mercado de drogas.

Com efeito, os controles estatais devem ocorrer de forma crescente decretando a produção, o estudo e o comércio regulamentados e controlados. No que se refere ao consumo, amplos programas de redução de danos em que sejam bem definidos os possíveis efeitos colaterais da droga estudada no organismo de cada grupo de pessoas são excelentes para promover o debate educacional e seguro sobre as drogas, assim como programas de tratamentos efetivos disseminados em todos os âmbitos. Isso porque, como explica o neurocientista norte-americano Carl Hart (2014), as pessoas sempre utilizaram drogas, sendo elas legalizadas ou



não e vão continuar usando, ou seja, a ideia de um mundo sem drogas é utópica. E é mais do que necessário enfrentar a situação com políticas reais.

Fundamentalmente, é de suma importância perceber que não só o proibicionismo é impulsionador do tráfico de drogas, dentro e fora do contexto pandêmico, mas também a responsabilidade civil – ou a falta dela - do Estado em relação a políticas públicas tanto no enfrentamento ao coronavírus, visando o menor número de perdas possíveis para a doença, quanto no planejamento administrativo e orçamentário de maneira a garantir estabilidade e a seguridade de renda àqueles que sentiram os impactos econômicos na pandemia do COVID-19.

Desse modo, a população em geral não deveria procurar opções de renda clandestinas, ofertada na maioria dos casos pelo lucrativo tráfico de drogas, enquanto assiste ao desemprego, à insegurança alimentar e à miséria já que é dever do poder público resguardar os direitos essenciais do ser humano que são elevados pela própria Constituição Federal em seu artigo 5, por meio de auxílios econômicos que sejam de fato fiéis a realidade da sociedade brasileira, pautada na infinita crise econômica que passa pelo país, e da geração de empregos a fim de movimentar a renda da população em geral. E, principalmente, dar voz àqueles que foram e são impactados diariamente pelo tráfico ilegal de drogas e pelos males da pandemia.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL; DATA FAVELA; LOCOMOTIVA – PESQUISA E ESTRATÉGIA; A CENTRAL ÚNICA DAS FAVELAS (CUFA). *Quase 70% dos moradores de favelas não têm dinheiro para comida*. 2021. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/ag%C3%Aancia-brasil-quase-70-dos-moradores-de-favelas-n%C3%A3o-t%C3%AAm-dinheiro-para-comida>. Acesso em: 25 nov. 2021.

ALVES, Raoni. *Quase metade das operações policiais em favelas do RJ não cumpriu decisão do STF sobre aviso ao MP, diz UFF*. G1. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/11/24/estudo-diz-que-457percent-das-operacoes-policiais-em-favelas-do-rj-descumpriram-decisao-do-stf-por-falta-de-comunicacao-ao-mp.ghtml>. Acesso: 10 de mar. 2022

BITTENCOURT, Claudia. *Drogas: um dos principais problemas de saúde pública no mundo*. UNA – SUS, 2014. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/drogas-um-dos-principais-problemas-de-saude-publica-no-mundo>. Acesso em: 3 jan. 2022.

BOLSONARO sanciona o orçamento de 2021 com cortes de quase R\$ 30 bilhões. G1, 2021. *Jornal Nacional*. Disponível em: <https://g1.globo.com/noticia/2021/04/23/bolsonaro-orcamento-de-2021-cortes-de-30-bilhoes.ghtml>

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm

BRASIL. *Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-norma-atualizada-pl.html#:~:text=Para%20fins%20desta%20Lei%2C%20consideram,Art.&text=Il%20%2D%20a%20repress%C3%A3o%20da%20produ%C3%A7%C3%A3o,do%20tr%C3%A1fico%20il%C3%ADcito%20de%20drogas>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BRASIL tem a pior política de drogas do mundo, aponta relatório internacional. *CartaCapital*, 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-a-pior-politica-de-drogas-do-mundo-aponta-relatorio-internacional/>. Acesso em: 10 de abril de 2022

CARNEIRO, Henrique. *Drogas: a história do proibicionismo*. 1. Ed. São Paulo. Autonomia Literária, 2018.

CENTRO DE EXCELENCIA PARA REDUÇÃO DA OFERTA DE DROGAS ILÍCITAS; UNODC; SEOPI/MJSP. *Covid-19 e tráfico de drogas no Brasil: A adaptação do crime organizado e a atuação das forças policiais na pandemia*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/14meg3m6aJHaVoi900LrLNeSeNefLs6Z6/view>. Acesso em: 10 de mar 2022.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego*. 2020. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>. Acesso: 12 jul. 2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. *Após quase dez anos, Lei de Drogas aumentou número de pessoas encarceradas*. Agência Brasil, 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/apos-quase-dez-anos-lei-de-drogas-aumentou-numero-de-pessoas-encarceradas>. Acesso em: 3 jan. 2021.

DIEESE. *Em 2021, cesta básica aumenta em todas as capitais*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/2021/202112cestabasica.pdf&ved>



=2ahUKEwi03MnVzZT3AhWEgpUCHeBaAqsQFnoECAQQBg&usg=AOvVaw04laJt-HxfscfLPJBK9rkb. Acesso em: 21 jan. 2022.

DIEESE. *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos*. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DON L; NAVE. *pela boca*. In: DON L e Fabriccio. Roteiro pra Aïnouz vol.2. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kfkcyHvOZCo>. Acesso em: 22 jan. 2022

FAO; IFAD; UNICEF; PMA; OMS. 2021. *O Estado da Segurança Alimentar e Nutricional no Mundo 2021. Transformando os sistemas alimentares para a segurança alimentar, melhor nutrição e dietas saudáveis acessíveis para todos*. Roma, FAO. Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cb4474en>. Acesso: 19 nov. 2021.

FERNANDEZ, Osvaldo. *Drogas e (des)controle social*. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias. (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

FIGUEIREDO, Isabel. *Por que a apreensão de drogas é recorde em 2020 – e o que isso significa*. Entrevista concedida a Mariana Schreiber. BBC News Brasil, 2020. Brasília. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55264932>. Acesso em: 3 jan. 2022.

FONTES, Virgínia. *Coronavírus e a crise do Capital - Entrevista com Virgínia Fontes*. ANDES - Sindicato Nacional. Entrevista reproduzida por ADUFS. Disponível em: <https://adufs.org.br/conteudo/1883/coronavirus-e-a-crise-do-capital-entrevista-com-virginia-fontes>. Acesso: 19 jan. 2021.

GLOBAL DRUG SURVEY. *Special Edition: Key Findings Report. Global Drug Survey, 2021*. Disponível em: <https://www.globaldrugsurvey.com/gds-covid-19-special-edition-key-findings-report/>. Acesso em: 11 dez. 2021.

HART, Carl. *Drogas para Adultos*. São Paulo: Zahar, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua- Segundo trimestre de 2021*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=31478&t=destaques>. Acesso em: 08 ago. 2021.



INSTITUTO PÓLIS. *Trabalho, território e covid-19 no Município de São Paulo*. 2021. Disponível em: <https://polis.org.br/estudos/trabalho-territorio-e-covid-no-msp/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

IPEA. *Pandemia afetou mais o trabalho de mulheres, jovens e negros*. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37963#:~:text=Os%20indicadores%20mostraram%20que%20as,%2C1%25%20para%20os%20homens.

IPEA. *Trabalho informal e retomada no setor de serviços reduziram desemprego em 2021*. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38697

KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6402>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MÉSZÁROS, István. *Para além do Capital: rumo a uma teoria da transição*. Trad. de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Resultados operacionais da PRF apontam recordes de apreensões e redução da violência no trânsito em 2020*. **Gov.br**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias/nacionais/resultados-operacionais-da-prf-apontam-recordes-de-apreensoes-e-reducao-da-violencia-no-transito-em-2020>. Acesso em: 11 dez. 2021.

OLMO, Rosa del. *A Face Oculta das Drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROCHA, Andréa Pires. *Proibicionismo e a criminalização de adolescentes pobres por tráfico de drogas*. 2013, n. 115 Tese (Doutorado em Serviço Social) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista, São Paulo. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/5QhqGrm7CRzNqC5J33XTfKc/?lang=pt#>. Acesso em: 3 Jan. 2022.

SILVA, Rafael; PASTI, Daniel. *Da "gripezinha" ao "e daí?": as falas de Bolsonaro em cada fase da pandemia*. A Gazeta, 2020. Política. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/politica/da-gripezinha-ao-e-dai-as-falas-de-bolsonaro-em-cada-fase-da-pandemia-0520>

SMAILI, Soraya. *Drogas: Um debate científico*. Revista Entreteses, São Paulo, v.6, n.6, jun, 2016. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/edicoes-antiores-entreteses/item/2187-as-drogas-e-a-universidade-publica>. Acesso em:



11 dez. 2021.

TAFARELLO, Rogério. *Drogas: A falência do proibicionismo e alternativas de política criminal*. 2009. 155p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

THE GLOBAL DRUG POLICY INDEX. *Consórcio Internacional de Política de Drogas*. IDCP, 2021. Disponível em: <https://idpc.net/publications/2021/11/the-global-drug-policy-index-2021-analytical-report>. Acesso em: 3 jan. 2022.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. *A história das drogas e sua proibição no Brasil: da Colônia à República*. 2016. 371 f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

UM ANO DO PAINEL UNIFICADOR COVID-19 NAS FAVELAS: *Conheça Sua História*. ComCat, 2021. Disponível em: <https://comcat.org/painel-um-ano/>. Acesso em: 11 dez. 2021.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *World Drug Report 2021: Covid-19 and Drugs: Impact Outlook*. Disponível em: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_5.pdf. Acesso em: 27 jun. 2021.

VARELLA, Mariana. *A Pílula Anticoncepcional É Segura?* Portal Drauzio Varella UOL, 2021. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/para-as-mulheres/a-pilula-anticoncepcional-e-segura/>. Acesso em: 25 jan. 2022.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NOS CRIMES PASSIONAIS CONTRA MULHERES: SOB A ÓTICA DA ADPF 779 JULGADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SELF-DEFENSE OF HONOR IN CRIMES OF PASSION AGAINST WOMEN: FROM THE VIEWPOINT OF ADPF 779 JUDGED OF THE SUPREME COURT

*Lucas Medeiros Minatel**

*Eduarda Sayuri Yamauti***

*Natacha Paola Crusco****

*Maria Julia Faidiga Rodrigues*****

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a tese recentemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da ADPF 779. Inicialmente, analisou-se o contexto histórico em que a legítima defesa da honra foi utilizada nos crimes passionais para absolver os uxoricidas, tendo como origem as Ordenações Filipinas. No momento seguinte, analisou-se o caso com maior repercussão dentro desse contexto, o homicídio de Angela Diniz, em que seu companheiro, Doca Street, teria se utilizado da tese da legítima defesa da honra, sendo absolvido, o que fez com que houvesse um debate sobre a existência de uma violência específica contra as mulheres e a realização de um novo julgamento. Também, foi trazido ao debate, o recente caso que ocorreu em Nova Era, na qual os jurados legitimaram a tese e houve a ratificação pelo Supremo, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos. Por fim, discutiu-se o conflito entre os direitos fundamentais da soberania dos veredictos proferidos pelos jurados leigos do Tribunal do Júri, utilizando-se de

*Graduando do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7199841784559368>. E-mail: lucasminatel10@hotmail.com.

** Graduanda do 5º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3048040252134093>. E-mail: duda.yamauti@hotmail.com.

*** Graduanda do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1615971113909418>. E-mail: natachacrusco@icloud.com

**** Graduanda do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6814041354056432>. E-mail: mjfaidiga14@gmail.com



argumentos jurídicos e extrajurídicos e a dignidade da pessoa humana, mais precisamente, da mulher, e como a sua utilização desrespeita veementemente os próprios direitos e princípios presentes na Constituição.

Palavras-Chave: Inconstitucionalidade. Legítima defesa da honra. Femicídio. Crime passional. ADPF 779.

Abstract: This article aims to analyze the thesis that was recently declared unconstitutional by the Supreme Court through the judgment of ADPF 779. First, it was analyzed the historical context in which the self-defense of honor was used in the crimes of passion to absolve the uxocides, having as its origin the Philippine Ordinations. After the case with the greatest repercussion within this context, the murder of Angela Diniz, in which her partner, Doca Street, would have used the thesis of self-defense of honor, being acquitted, which led to a debate on the existence of specific violence against women and the realization of a new judgment. Also brought up for debate was the recent case that took place in Nova Era, in which the jurors legitimized the thesis and there was ratification by the Supreme Court, in respect of the principle of sovereignty of the verdicts. Finally, the conflict between the fundamental rights of sovereignty of the verdicts rendered by the lay jurors of the Jury Court was discussed, in which legal and extrajudicial arguments can be used, and the dignity of the human person, more precisely, of the woman, and how the its use vehemently disregards the rights and principles present in the Constitution.

Keywords: Unconstitutionality. Self-defense of honor. Femicide. Crime of passion. ADPF 779.

1. INTRODUÇÃO

Dentre os assuntos de maior repercussão na esfera penal, inclusive, nos últimos tempos em virtude do posicionamento da Suprema Corte brasileira sobre o assunto, diz respeito à legítima defesa da honra.

A legítima defesa da honra era prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas, na qual a mulher era considerada como propriedade do homem e caso cometesse adultério poderia ter sua vida ceifada, a fim de “limpar” a honra de seu marido.

Os crimes passionais sempre existiram e ainda permeiam a sociedade, tornando-se cada vez mais frequentes, com o aumento exponencial do número de assassinatos contra o sexo feminino. Conforme a Organização das Nações Unidas (2016), a taxa de feminicídio no Brasil, era a quinta maior do mundo, de 4,8 a cada 100 mil mulheres. Com a pandemia, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve um aumento de 22% nos registros desses casos no país (UNIVERSA, 2020), além de que, em 90% deles, as mulheres são mortas por seus maridos ou ex-companheiros (RESENDE, 2020).

Nesse contexto, a tese da legítima defesa da honra ainda era alegada nos Tribunais do Júri, mesmo sem encontrar previsão no ordenamento, com a plenitude de defesa permitindo que essa tese atécnica pudesse ser utilizada pelos defensores nos crimes passionais, ainda que sob a vigência da Carta Magna atual.

Para tanto, devemos compreender a origem histórica da legítima defesa da honra e os reflexos na sociedade atual, bem como as razões socioculturais que corroboram que tal tese seja aceita, colidindo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e a plenitude de defesa.

Diante disso, o presente artigo visa estudar esse processo evolutivo sociológico e cultural nos crimes passionais e se a utilização da legítima defesa da honra pelos defensores, nos crimes passionais do Tribunal do Júri, estaria de acordo com a Constituição Federal.

Os métodos aplicados para cumprir os objetivos mencionados anteriormente são: pesquisa bibliográfica, com captação de informações por meio de livros, artigos e demais materiais bibliográficos, além do estudo de caso da ADPF 779, com uma investigação verticalizada da tese de legítima defesa da honra, desde o seu advento até o contexto atual, e sua aplicabilidade no seio jurídico.

O trabalho é dividido em 3 partes: a primeira voltada para o contexto histórico da legítima defesa da honra, com a análise do panorama geral da situação da violência contra a mulher; a segunda parte analisa o caso concreto de Doca Street e Ingeleza Diniz, bem como o caso de Nova Era e quais efeitos as absolvições produziram na sociedade. Por fim, a última parte aborda a legítima defesa da honra sob a ótica da ADPF nº 779 e o conflito aparente de normas – dignidade da pessoa humana versus plenitude de defesa.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO BRASIL

A legítima defesa da honra estava positivada nas Ordenações Filipinas, que eram leis portuguesas aplicadas durante a colonização do Brasil, e que apresentavam “resquícios dos textos da Santa Inquisição, e por essa razão que os crimes possuíam um cunho religioso como se fossem um pecado” (RAMOS, 2012, p. 59). Eram formadas por um conjunto de cinco livros, os quais possuíam as leis e as regras morais pertinentes a sociedade daquela época.

O código possuía como principal característica a desigualdade entre as pessoas da sociedade, discriminando-as antes pela origem do que propriamente pe-



los crimes praticados por elas (RAMOS, 2012, p. 60). Uma das normas contidas no Código Filipino, era o direito do homem em matar sua esposa, caso ela fosse flagrada em adultério. Esse direito encontrava-se no Título XXXVIII do Livro V, era denominado como: “Do que matou a mulher, pô-la achar em adultério”, conforme um dos trechos do Código:

Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar a ella, como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade.

[...]

1. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero que achar com ella em adultério, mas ainda os pôde lícitamente matar, sendo certo que lhe commetterão adultério (PORTUGAL, 1603).

A mulher, para ser considerada adúltera, apenas precisava que algumas testemunhas comprovassem o casamento, pois o homem exercia o direito de propriedade sob ela, da mesma forma que exercia sob seus escravos, objetos e animais (BARSTED; HERMANN, 1995, p. 55).

Ela não possuía o direito à fala e por consequência não tinha como apresentar sua versão sobre a história, em um possível caso de adultério. A esposa não precisava ser pega em flagrante, apenas a desconfiança do marido permitia que ele pudesse matá-la. E isso ocorria em todas as classes sociais, não sendo privilégio apenas das classes mais abastadas.

O adultério era considerado pelo Código Filipino um crime extremamente grave, pois mexia com a reputação e o status que esse homem possuía na sociedade. A mancha da desonra do adultério feminino causava ao marido um questionamento sobre a sua masculinidade perante sua classe (RAMOS, 2012, p. 61).

A honra desse homem traído deveria ser urgentemente restaurada, pois era considerada um bem jurídico valioso, sendo tutelado pelo Estado. Vale evidenciar que o motivo da diferenciação da punição entre homens e mulheres no crime de adultério é a forma como a mulher carrega consigo o estigma do perigo, da transgressão e da corrupção dos homens (RAMOS, 2012, p. 62).

A vigência das Ordenações Filipinas no Brasil perdurou até 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império do Brasil, visando criar uma autonomia da legislação portuguesa. Nesse novo código, não havia mais a autorização de se matar a mulher adúltera, mas existia a possibilidade de se punir a mulher, se



esta cometesse adultério, com uma pena de um a três anos, sendo a pena maior que a cominada ao marido adúltero, conforme o art. 250 do dispositivo da época (BRASIL, 1830). Havia nesse caso uma diferença entre o adultério praticado pelo homem e o praticado pela mulher: para o homem, a relação punida era aquela duradoura (RAMOS, 2012, p. 62), enquanto para a mulher qualquer relação poderia ser considerada adultério, precisando apenas da presunção do fato (BARSTED; HERMANN, 1995, p. 55).

A honra era um bem juridicamente tutelado pelo Estado, mas que “não havia uma proporcionalidade entre o bem lesado e a intensidade dos meios para defendê-lo, com a honra do homem traído, nesse período, sendo muito mais valiosa do que a vida da mulher adúltera” (BARSTED; HERMANN, 1995, p. 55).

A honra pode ser entendida de duas formas: a primeira é a subjetiva, essa é relacionada com a forma que a pessoa tem de si mesma sobre a sua imagem e juízo. A segunda já nos remete a objetiva, que pode ser definida como o apreço e o respeito que o meio social tem sob essa pessoa (RAMOS, 2012, p. 66). Assim, cabia a mulher o dever de assegurar a honra de seu marido, bastando que se este desconfiasse da possibilidade de estar sendo traído, poderia matá-la, a fim de limpar a sua reputação.

Apenas em 1988, houve uma equiparação entre os direitos e obrigações de homens e mulheres de forma mais adequada, dentro da Constituição Federal, em especial no art. 5, I (BRASIL, 1988). Mesmo com todo o avanço da Carta Magna e da sociedade, encontram-se ainda, diversos casos em que foram utilizados argumentos discriminatórios referentes à violência contra a mulher, com inúmeros casos de feminicídios em nossa sociedade atual, ocorrendo em todas as classes sociais, não sendo privilégio dos mais ricos ou dos mais pobres.

Interessa, para o presente estudo, analisar o contexto sociológico de alguns casos de crimes passionais e sua persistência na sociedade atual, é o objetivo do tópico que segue.

3. O CASO DOCA STREET E A PERSISTÊNCIA DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA NO SÉCULO XXI

Em 1976, o assassinato da socialite Ingrid Diniz chocou o país e tornou-se um marco no combate dos homicídios contra as mulheres da época. Como visto no capítulo anterior, o país enfrentou uma série de legislações permissivas aos



uxoricidas e por muito tempo permitiu que os maridos tirassem a vida de suas esposas, devido a questões de adultério e ciúmes. E mesmo com mudanças no Código Penal, na década de 1940, principalmente em relação ao art. 28, excluindo questões de emoção ou paixão como excludentes de ilicitude (BRASIL, 1940), por muito tempo persistiu ainda a absolvição dos homicidas nos crimes passionais.

Apesar de não ser o primeiro caso de feminicídio cometido contra uma mulher, o crime da Praia dos Ossos despertou a atenção da população para a importância do tema na época, que era marcada pelo conservadorismo.

ngela Diniz foi uma socialite que se destacou nos círculos sociais das cidades do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais na década de 1970. Mantinha um relacionamento com Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street, que segundo amigos próximos, possuía um comportamento agressivo e com ciúmes intensos de ngela, agredindo-a constantemente (RÁDIO NOVELO, 2020a, 20:37).

No dia 30 de dezembro de 1976, o casal estava passando as festas de fim de ano, na cidade de Búzios, em uma casa de veraneio próxima da praia dos ossos, a qual ficaria marcada pelo crime que viria a ocorrer. Em um determinado momento, ngela e Doca tiveram um desentendimento, algo que segundo ele, sempre ocorria, e com isso ele saiu da casa e aguardou que ela o chamasse de volta e se arrependesse, mas isso não chegou a ocorrer. Revoltado, Raul adentrou a residência e iniciou uma discussão, que segundo seus relatos teria ela, o xingado e o agredido com sua pasta, que ao cair, derrubou seu revólver e diante de um estado de violenta emoção, disparou 4 vezes contra o rosto dela (RÁDIO NOVELO, 2020a, 47:10).

Da análise do histórico do relacionamento do casal, é notório as fases do ciclo da violência doméstica, que foram identificadas pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, que identificou que as agressões cometidas em um contexto conjugal ocorrem dentro de um ciclo, que é constantemente repetido, sendo dividido em três fases.

A primeira, seria o aumento da tensão, na qual o agressor tem ataques de raiva, humilha a vítima e destrói objetos, enquanto sua parceira tenta acalmá-lo e pensa que é apenas uma situação passageira. No segundo momento, a fase do ato de violência consiste na explosão do agressor, que chega ao seu limite e materializa em atos de violência verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial e a vítima sofre de um sentimento de impotência, vergonha e ansiedade resultando no afastamento do agressor. E por fim, a fase do arrependimento ou da “lua de mel”, na qual se caracteriza pela tentativa de reconciliação do agressor que se torna amável



para conseguir o perdão da agredida. A mulher se sente confusa e pressionada a manter o seu relacionamento diante da promessa de mudança e em decorrência de muitas vezes depender financeiramente do agressor, levando esse ciclo a se repetir (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

Passados três anos, em 1979, Doca foi pronunciado e seu julgamento seria feito pelo Tribunal do Júri, que no Brasil é o competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É composto por sete jurados, que não precisam possuir conhecimentos técnicos-jurídicos, sendo muita das vezes pessoas leigas que representam a sociedade.

Diante desse cenário, a defesa de Doca Street foi realizada pelo jurista Evandro Lins e Silva, que tinha sido um advogado especializado em crimes do Júri e ex-ministro do Supremo, que se utilizou da tese da legítima defesa da honra, em decorrência do julgamento ter sido realizado em uma cidade do interior, Cabo Frio, em decorrência de Búzios ser um distrito dela na época, e com isso haveria uma maior chance de aceitação dessas pessoas, por conta do maior conservadorismo e formação mais rígida, que alguém poderia matar por amor (SILVA et al., 1997, p. 430). No dia do julgamento, Evandro tentou construir uma imagem que Doca teria agido por uma violenta emoção, inspirado no Código Penal de 1890, que dizia: “Art. 27. Não são criminosos: § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime” (BRASIL, 1890).

Ele se utilizou de argumentos não jurídicos, principalmente sociológicos e morais, devido a legítima defesa da honra não encontrar suporte legal, já que o art. 28, do Código Penal, expressamente prevê que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal e também por não se enquadrar na legítima defesa, do art. 25, que prevê a sua ocorrência quando “usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). Lembrando que no Brasil, os sete jurados não precisam ter conhecimentos técnicos-jurídicos e nem fundamentar suas decisões, apenas votam sim ou não aos quesitos formulados. A estratégia formulada pela defesa, consistiu em criar uma imagem amistosa do Doca, que ele teria agido por um impulso ao matar a Angela, que segundo Evandro, “o passional teria talento especial para o trágico”, ao passo que tentava desconstruir a imagem dela, ao dizer no dia do julgamento: “Ela provocou a ele, este estado de espírito, este homem que era um exemplar humano, que se encantou pela beleza e sedução de uma mulher fatal, de uma vênus lascívia, pantera que arranhava os corações dos homens” (RÁDIO NOVELO, 2020b, 38:14).



E a partir disso, ele tentava legitimar para os jurados, que as provocações, os insultos e a infidelidade dela, teriam corroído o estado de espírito dele e aquela violência que não era física, mas sim um ataque a sua dignidade pessoal, justificaria o cometimento do crime, alegando que haveria posicionamentos de Tribunais na época, que o companheiro que descobria que a mulher o traía, em caso de flagrante adultério, teria o direito de matá-la (SILVA et al., 1997, p. 429). E a estratégia prosperou, com os jurados acatando parcialmente a tese da defesa, e condenando Doca por excesso culposo na legítima defesa, que veio a ser apenado com um *quantum* de dois anos de pena, e por conta da suspensão condicional do processo, por ter cumprido sete meses, saiu livre do Tribunal.

Isso gerou uma grande indignação em parte da população da época, e em 1980, um movimento de mulheres se organizou contra os feminicídios que aconteceram na região de Belo Horizonte, marcando um ato de protesto na escadaria da Igreja São José, em Minas Gerais, que ficaria conhecido como movimento Quem Ama Não Mata (RÁDIO NOVELO, 2020b, 57:04). Essa repulsa se deu, segundo Barsted (1994, p. 18), devido à grande impunidade que os agressores possuíam na época, sendo na maioria das vezes absolvidos ou condenados a penas mínimas, o que levou o movimento feminista a levantar a pauta da existência de uma violência específica contra a mulher, acobertada pelo Estado e ignorada pela sociedade.

Nesse contexto, a acusação havia recorrido da sentença, pedindo o anulamento do julgamento, devido a decisão dos jurados ter ido no sentido contrário à prova dos autos, o que veio a ser acatado por um Tribunal de instância superior. E diante desse cenário, com intensos debates sobre violência doméstica na televisão e os holofotes sobre o caso, em um novo julgamento, os jurados condenaram o Doca a uma pena de quinze anos de reclusão. E o Superior Tribunal de Justiça, visando trazer uma pacificação sobre a aplicação da legítima defesa da honra, proferiu em 1991, a seguinte decisão:

Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade a prova dos autos (art. 593, parágrafo 3, do cpp). Não há ofensa a honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela e pessoal, própria de cada um dos cônjuges (BRASIL, 1991).

Passados quarenta anos do caso Ingrida Diniz, um feminicídio marcou o Júri da cidade de Nova Era, interior de Minas Gerais, na qual um homem teria atacado sua ex-companheira a facadas, devido a questões de ciúmes ao desconfiar que ela estava tendo um novo relacionamento (BRASIL, 2017). No dia do julgamento,



a defesa alegou que o ex-companheiro teria agido em um estado de violenta emoção e teria protegido sua honra ao atacá-la, o que foi aceito pelos jurados, que o absolveram, mesmo reconhecendo que praticou o crime. Isso levou a Promotoria Estadual a recorrer do caso, com base no art. 593, III, d, pela decisão dos jurados ter sido manifestamente contrária à prova dos autos (BRASIL, 1941), conseguindo a anulação do Júri no Tribunal de instância superior. A Defensoria Pública recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

Antes da análise da ação que tramitou no Supremo, é necessário traçar alguns paralelos entre os casos. Os motivos são muito parecidos, com o ciúmes de ambos os companheiros que não aceitaram o fim da relação, sendo o estopim para os atos de violência contra suas companheiras. O fator populacional também influenciou a escolha da defesa, com a cidade de Nova Era possuindo um baixo nível demográfico, assim como Cabo Frio em 1979, ocasionando em grande parte, uma população mais conservadora e que aceitaria com mais facilidade essa tese, que não encontrava mais guarida em Tribunais de grandes cidades tanto na época do caso Doca, quanto hoje. Além do fato, que ambos os acusados confessaram o *animus necandi* (intenção de matar) contra suas companheiras, vindo a falecer e a mulher do caso Nova Era sobreviveu, embora com várias lesões.

A Defensoria Pública visando impedir o anulamento do Júri, impetrou o *Habeas Corpus* 178.777 no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, alegando que “sendo obrigatório o quesito genérico de absolvição, a resposta afirmativa não implica contradição ou decisão contrária às provas do processo” (BRASIL, 2020, p. 3) e com isso, o Tribunal do Júri, por previsão constitucional possui soberania dos veredictos, e a decisão dos jurados teria que ser respeitada, independentemente das provas sustentadas e das teses suscitadas pela defesa.

Os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso se posicionaram a favor da realização de um novo julgamento, destacando o primeiro, questões mais técnicas e que a maioria da doutrina e jurisprudência entendem que seria possível a realização de um novo julgamento, devido ao princípio do duplo grau de jurisdição e por ser uma “questão meramente devolutiva, pois ao rescindir a decisão atacada, entrega novamente ao Júri popular a ampla cognição sobre a matéria, cujo mérito, definitivamente será analisado, sem a possibilidade de uma segunda apelação” (BRASIL, 2020, p. 12). E o Ministro Roberto Barroso destacou a controvérsia do Júri, ao confirmar a autoria e materialidade do delito e absolver o acusado, que teria confessado a tentativa de matar sua ex-companheira. E ressaltou os altos índices de feminicídios no país e que manter a decisão dos jurados seria abrir um precedente para impunidade.



E prosperou a tese levantada pelo relator, Ministro Marco Aurélio, que recebeu apoio dos Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber, que ficou decidido que:

Em razão da norma constitucional que consagra a soberania dos veredictos, a sentença absolutória de Tribunal do Júri, fundada no quesito genérico de absolvição, não implica nulidade da decisão a ensejar apelação da acusação. Os jurados podem absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, considerados elementos não jurídicos e extra-processuais. (BRASIL, 2020, p. 4).

Segundo o entendimento do Ministro Toffoli, a decisão por um novo julgamento seria para condenar, ressaltando que a Constituição garante a soberania dos veredictos e que os jurados tinham a possibilidade de condenar, mas optaram por absolver por clemência, e que o Júri seria uma instituição anacrônica e muito burocrática (BRASIL, 2020, p. 23-24).

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal criou um precedente para garantir segurança jurídica, mas gerou um grande temor de impunidade nos crimes passionais, na qual advogados passariam a utilizar com maior frequência a tese da legítima defesa da honra, levando o Partido Democrático Trabalhista (PDT) a ajuizar a ADPF 779, que será aprofundada no próximo capítulo.

4. ANÁLISE DA ADPF 779 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Como já exposto anteriormente, a tese da legítima defesa da honra foi aceita na década de setenta, pelo julgamento de Doca Street, após ter matado sua companheira, e também recentemente, na tentativa de assassinato no caso Nova Era.

O argumento de lavar a honra por causa de adultério, como no passado, não condiz com o convívio social contemporâneo e nem com o ordenamento jurídico atual. Ademais, o adultério não é mais crime e ao fomentar esse argumento e entendimento, remontamos aos primórdios, com a justiça das próprias mãos, tendo em vista a desproporcionalidade de proteção dos bens jurídicos, sendo imprescindível nesse caso, o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Da análise do Código Penal, em seu art. 23, III, considera-se a legítima defesa como uma causa de exclusão de ilicitude do crime, ou seja, há fato típico, mas não há ilicitude (BRASIL, 1940), excluindo o crime como consequência. A legítima defesa é conceituada no art. 25 do mesmo Código, como o “uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, de direito seu ou de



outrem, bem como uso moderado dos meios necessários pelo agente público para repelir agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes” (BRASIL, 1940).

A legítima defesa da honra, por sua vez, é um mecanismo de defesa muito utilizado no Tribunal do Júri em casos de feminicídio, crime este, tipificado no art. 121, § 2º, VI do Código Penal, em que é argumentado que o crime se deu em defesa da honra do agressor, pois a mulher estava em adultério. Percebe-se, que a legítima defesa da honra não está incluída na definição do art. 25, mas era utilizada na tentativa de convencer os jurados a absolverem o réu. Mister se faz que, a defesa da honra, nos casos de feminicídio - praticados contra a mulher em virtude de violência doméstica e familiar, menosprezo ou em razão da sua condição, inserido pela Lei nº 13.104/2015, como qualificadora do homicídio, é uma fundamentação extrajudicial e amparada no preconceito contra as mulheres.

Isso porque, no Tribunal do Júri prevalece o princípio da livre convicção dos jurados, que são geralmente pessoas do povo e que não possuem formação em direito. Desse modo, podem absolver (ou condenar) o réu com base em questões extrajurídicas e extraprocessuais e não precisam exteriorizar os motivos de seus votos. Esse procedimento é expreso nos art. 5º, XXXVIII da Constituição (BRASIL, 1988) e arts. 482 e seguintes do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Entretanto, essa tese, a luz da Constituição vigente, seria inconstitucional, já que coloca a honra masculina como um direito fundamental acima da vida da mulher, quando se sabe que a vida é um dos direitos fundamentais mais imprescindíveis em nosso ordenamento jurídico, sendo o primeiro dos direitos elencados no art. 5º da Constituição vigente (BRASIL, 1988). Ao aceitarmos essa tese, fomenta-se a discriminação da mulher por uma cultura deturpada, na qual ela é vista em uma posição de inferioridade, de forma sexista e objetificada, reforçando os padrões de comportamento social de que a vida feminina se submete aos caprichos masculinos, que, a qualquer momento para honrar a masculinidade, poderia o homem retirá-la.

Diante disso, foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 pelo Partido Democrático Trabalhista, para que o Supremo Tribunal Federal conferisse interpretação conforme a Constituição aos arts. 23, II, e art. 25, *caput* e parágrafo único, ambos do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, com objetivo de se afastar a tese jurídica da legítima defesa da honra e se fixar entendimento acerca da soberania dos veredictos.

Em sua decisão, o ministro Dias Toffoli, relator do processo, aponta os motivos pelos quais a tese de legítima defesa da honra deve ser tida como inconstitucional.



O primeiro deles é a “atecnia da tese da legítima defesa da honra”, pois, como citado anteriormente, a legítima defesa da honra não está incluída no conceito do art. 25 do Código Penal. Juntamente com a agressão injusta e atual ou iminente, ânimo de defesa e o direito próprio e de terceiro, são requisitos da causa excludente de ilicitude e que estão ausentes na legítima defesa da honra (BRASIL, 2021, p. 14-15).

Entretanto, quando se fala na referida tese, não foi utilizado um meio moderado ou necessário, já que o ato de matar alguém para defender a sua honra é mais que exagerado, restando caracterizado, nesse caso, a atecnicidade da defesa, pelo fato de amparar-se no machismo que permeia a sociedade. Todavia, para alguns doutrinadores, a honra pode ser protegida pela legítima defesa, mas, nesse caso, o problema não está na tecnicidade e sim, na proporcionalidade dos meios necessários.

Além disso, a honra é um direito personalíssimo, não podendo ser atacada por ato de terceiro, que decorre de seu próprio conceito. Logo, fica claro que a justificativa de que o adultério “mancha” a honra de terceiro, que não o que cometeu o ato de traição, é uma concepção retrógrada que remonta a época em que os pais e maridos eram responsáveis pelos atos das filhas e estas poderiam desprestigiar a família, no sentido de que as mulheres, esposas e filhas, eram subalternas e submissas a algum homem.

O segundo é a ofensa constitucional à dignidade da pessoa humana, a vedação de discriminação, ao direito a vida e a igualdade. O ministro explica, em suma, que a utilização da tese da legítima defesa da honra contribui para a perpetuação da naturalidade e tolerância da sociedade quando se trata de violência doméstica, aumentando a desigualdade entre os gêneros (BRASIL, 2021, p. 18). Ainda, vai totalmente contra os princípios e direitos fundamentais da Constituição vigente, principalmente os citados acima, que são pilares de todo o ordenamento jurídico.

Quando essa tese é acolhida, eximindo os autores de crimes violentos e passionais contra as mulheres, principalmente o feminicídio, abre-se uma oportunidade e justificativa para que tais crimes continuem acontecendo, sem a devida punição e reprovabilidade, contrariando o que foi previsto na Constituição em seu art. 226, § 8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Aplicando o exposto ao Tribunal do Júri, é preciso lembrar que a Carta Magna assegura, nesse procedimento, a plenitude de defesa aos réus, como dispõe o art. 5º, XXXVIII, alínea a (BRASIL, 1988). Destarte, cria-se um conflito aparentemente



de normas, pois, de um lado, a inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra e de outro, a garantia de plenitude de defesa conferida pela Lei Maior. Todavia, é importante ressaltar que nenhum direito é absoluto, mesmo o direito à vida, que admite exceção pela autorização de pena de morte em caso de estado de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a) (BRASIL, 1988). É preciso analisar qual direito, nesse caso, deve prevalecer.

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares do ordenamento jurídico pátrio, sendo um fundamento constitucional, previsto no art. 1º, III, (BRASIL, 1988) e, dessa forma, é aplicado e observado em todas as áreas e aspectos do ambiente normativo e na vida social. Por outro lado, a plenitude de defesa é um importante direito e princípio aplicado no âmbito do Tribunal do Júri, sendo uma extensão do princípio da ampla defesa, que também encontra proteção no ordenamento constitucional, art. 5º, LV (BRASIL, 1988).

Como também explica Fernando Capez:

A plenitude de defesa é o exercício de defesa em grau ainda maior do que ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. [...] Segundo, o exercício da autodefesa, por parte do próprio réu, consistente no direito de apresentação de sua tese pessoal no momento do interrogatório, relatando ao juiz a versão que entender ser a mais conveniente e benéfica para sua defesa. (CAPEZ, 2018, p. 647).

Por isso, explica-se o motivo pelo qual a tese da legítima defesa da honra era utilizada amplamente no Tribunal do Júri. Entretanto, a plenitude de defesa deve ser usufruída observando o princípio da dignidade da pessoa humana, que se aplica em todos os âmbitos do Direito.

Diante do exposto, o ordenamento jurídico deve criar mecanismos, através de ações positivas, para coibir qualquer tipo de violência, seja ela física, psicológica ou social, a fim de reduzir os crimes de feminicídio e outras modalidades no âmbito da violência doméstica, bem como extinguir a visão de inferioridade que a mulher é vista na sociedade.

Nesse contexto, que foi arguido dentro do Tribunal do Júri, onde há a previsão constitucional da plenitude de defesa, conforme disposição expressa do art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, que não se limita a argumentos jurídicos, sen-



do aceitos extrajurídicos, a tese de legítima defesa da honra não só atenta contra os bons costumes e a moral social, mas aos próprios princípios basilares constitucionais. Logo, refuta-se a tese, bem como a criação de um óbice que impeça de ser alegada pela defesa, tanto na fase pré-processual, fase processual e no julgamento em plenário, sob pena de nulidade do ato processual (BRASIL, 2021, p. 3).

Para corroborar com a inconstitucionalidade da tese arguida, foi proposto o Projeto de Lei nº 781/21, de autoria da Deputada Federal Renata Abreu, visando fortalecer a proteção da dignidade da pessoa humana, da defesa à vida e da igualdade de gênero (HAJE, 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o período imperial, até o presente, o Brasil tem apresentado uma grande taxa de feminicídios, que na maioria das vezes, são praticados pelos companheiros das próprias vítimas. A legislação permissiva aos interesses dos uxoricidas, foi fundamental para enraizar dentro da população e por muitos anos no ordenamento pátrio, a legitimidade de normas penais, cujos objetivos eram de isentar ou diminuir a pena daqueles que cometiam o assassinato de mulheres.

Atualmente, a quantidade de casos de feminicídios aumentam a cada ano, e por se tratar de um crime doloso, a competência para julgamento recai ao Tribunal do Júri, que é formado por sete jurados leigos, que não precisam necessariamente terem conhecimentos técnicos-jurídicos e nem fundamentar suas decisões, aceitando critérios jurídicos e não jurídicos.

Nos casos analisados, percebe-se que grande parte dos jurados, principalmente em cidades com menor densidade populacional, tendem a aceitar a tese da legítima defesa da honra, na qual o agressor “estaria legitimado para matar” sua companheira, a fim de proteger sua reputação dentro da sociedade. Ao proibir a anulação de decisões do Júri na análise do caso de Nova Era, em respeito à soberania dos veredictos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal abriu um precedente que poderia levar a impunidade nos crimes passionais.

Histórico das legislações brasileiras em relação ao assassinato de mulheres, com as Ordenações Filipinas autorizando explicitamente o uxoricida a matar sua companheira em traição, vindo somente o Código Penal em 1940 a proibir a emoção e a paixão como causas de excludente de ilicitude, a enraizar uma cultura leniente e até favorável aqueles que cometessem o crime de feminicídio, que perdura até os dias atuais, como na decisão do caso de Nova Era.



É nesse contexto, na qual a ADPF nº 779 foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e decidiu-se que a plenitude de defesa não poderia abarcar a tese da legítima defesa da honra perante os jurados, que sob a luz da Constituição vigente, não permitiria que a honra de um homem possuísse valor superior a vida de uma mulher. O constituinte teria no primeiro artigo da Carta Magna, previsto o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além da proteção à vida e da igualdade de gênero no art. 5º, e com isso essa “legítima defesa” seria inconstitucional e não poderia ser enquadrada no âmbito do art. 25 do Código Penal, que prevê as hipóteses que o autor estaria verdadeiramente acobertado.

Portanto, visto a relevância social do tema, a Suprema Corte atuou para garantir o direito fundamental a vida, daquela mulher que poderia sofrer o feminicídio, e obstar a utilização da tese da legítima defesa da honra, direta ou indiretamente, sob pena de nulidade do julgamento.

Em relação aos jurados, mesmo com a proibição da tese, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, poderiam infelizmente continuar absolvendo aqueles que cometerem o feminicídio, sendo muito mais uma questão sociológica do que jurídica, necessitando da maior conscientização da sociedade em relação ao tema.

REFERÊNCIAS

BARSTED, Leila Linhares. *Em busca do tempo perdido: mulher e políticas públicas no Brasil 1983-1993*. Brasília: UNICEF/Ministério das Relações Exteriores. 1994.

BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jaqueline. *O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a desordem familiar*. Rio de Janeiro: Cepia, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 1517/PR*. Recurso provido para cassar decisão do Júri. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [1991]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=198900121600&dt_publicacao=15/04/1991. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779/DF*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2021]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346469193&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HABEAS CORPUS 178.777 MINAS GERAIS*. Recurso provido para restabelecer a decisão absolutória. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2020]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5819308>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Sentença de pronúncia*. Minas Gerais: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, [2017]. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=10216793&hash=cd22a96b0997ecc5a0239d037ab1074a. Acesso em: 21 ago. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*: 25 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HAJE, Lara. Projeto de lei reitera proibição da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio. *Agência Câmara Notícias*, 10 maio 2021. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/753198-projeto-de-lei-reitera-proibicao-da-tese-de-legitima-defesa-da-honra-em-crimes-de-feminicidio/>. Acesso em: 31 de jul. 2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Ciclo da violência*: saiba identificar as três principais fases do ciclo e entenda como ele funciona. 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>. Acesso em: 13 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução. *Nações Unidas*, 09 de abr. 2016. Disponível em: ONU: Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução | As Nações Unidas no Brasil. Acesso em: 12 set. 2021.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1188.htm>. Acesso em: 18 ago. 2021.

RÁDIO NOVELO. *Episódio 6. Doca*. Organização: Branca Vianna e Flora Thomson-DeVeaux. [S. l.: s. n.], 2020a. 1 vídeo (1 h). Disponível em: <https://youtu.be/o37S-JSeNNY>. Acesso em: 17 ago. 2021.

RÁDIO NOVELO. *Episódio 2. O julgamento*. Organização: Branca Vianna e Flora Thomson-DeVeaux. [S. l.: s. n.], 2020b. 1 vídeo (1 h). Disponível em: https://youtu.be/V_m2GRKwtql. Acesso em: 17 ago. 2021.

RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012.

RESENDE, Leandro. Maridos e ex-maridos são responsáveis por 90% dos feminicídios no Brasil. *CNN*, 25 de dez 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/maridos-e-ex-maridos-sao-responsaveis-por-90-dos-femicidios-no-brasil/>. Acesso em: 12 set. 2021.

SILVA, Evandro Lins e *et.al.* *O Salão dos passos perdidos*: depoimento ao CPDOC. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. cap. 10, p. 429-430. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/6737>. Acesso em: 12 ago. 2021.

UNIVERSA. Número de casos de feminicídio no Brasil cresce 22% durante a pandemia. *UOL*, 01 de jun. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/06/01/numero-de-casos-de-femicidio-no-brasil-cresce-22-durante-a-pandemia.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.



AS IMPLICAÇÕES DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER PELA LEI 14.188/2021 NO QUE CONCERNE AO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

THE IMPLICATIONS OF THE CRIMINALIZATION OF PSYCHOLOGICAL VIOLENCE AGAINST WOMEN BY LAW 14.188/2021 WITH REGARD TO FIGHTING VIOLENCE AGAINST WOMEN

*Cecília Evellyn Catão Dantas**

Resumo: O presente trabalho tem como cerne que o norteia a análise das consequências jurídicas e sociais da criminalização da violência psicológica contra a mulher pela Lei 14.188/2021 no que concerne ao combate da violência contra a mulher, objetivando averiguar as formas de violência contra a mulher presentes na Lei Maria da Penha, as alterações trazidas pela Lei 14.188/2021 e o que muda no combate à violência contra a mulher com a inserção do tipo penal 147-B ao Código Penal. Para tal, foi realizada uma revisão bibliográfica que permitiu a seleção de artigos científicos para o estudo do tema, de forma a ter por base uma análise qualitativa dos conceitos apresentados e também foi utilizado o método documental. Desse modo, percebeu-se ao final que a criminalização da violência psicológica pela Lei 14.188/2021 representa avanço legislativo no que concerne à proteção das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro, todavia há muito ainda a ser percorrido no que concerne à luta para a mitigação da violência contra as mulheres.

Palavras-Chave: Violência psicológica. Lei 14.188/2021. Violência contra a mulher. Criminalização.

* Graduanda da 4ª fase do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5443663077704200>. E-mail: ceciliaevelindantas@gmail.com.



Abstract: The present work has as its core that guides the analysis of the legal and social consequences of the criminalization of psychological violence against women by Law 14.188/2021 with regard to the fight against violence against women, aiming to investigate the forms of violence against women present in the Law Maria da Penha, the changes brought by Law 14.188/2021 and what changes in the fight against violence against women with the insertion of the criminal type 147-B to the Penal Code. To this end, a bibliographic review was carried out that allowed the selection of scientific articles for the study of the theme, in order to be based on a qualitative analysis of the concepts presented and it was also used the documentary method. In this way, in the end it's realized that the criminalization of psychological violence by Law 14.188/2021 represents a legislative advance regarding the protection of women in the Brazilian legal system however, there is still much to be covered in terms of the fight to mitigate violence against women.

Keywords: Psychological violence. Law 14.188/2021. Violence against women. Criminalization.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres se evidencia como problemática ao longo da história que corroborou para que estas fossem submetidas a posições de dominação e inferiorização, sendo que não raras vezes encontra suporte em fatores culturais historicamente construídos que reforçam o patriarcalismo e a desigualdade de gênero. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos das mulheres se deu de forma lenta e a duras penas, ainda que não alcançado em plenitude, sendo um exemplo a Lei 11.340/2006, intitulada Lei Maria da Penha que busca criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nessa perspectiva, a supracitada legislação disciplina em seu artigo 6º que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.” (BRASIL, 2006). Dessa forma, é urgente o combate à essa violência e é necessária a proteção e efetivação dos direitos das mulheres, sendo um destaque nessa luta as alterações recentes que foram alcançadas por intermédio da Lei 14.188/2021 que definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho, alterou o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.

Desse modo, indaga-se quais as consequências jurídicas e sociais da criminalização da violência psicológica contra a mulher pela Lei 14.188/2021 no que concerne ao combate da violência contra a mulher? Assim, o presente artigo objetiva



analisar as formas de violência contra a mulher presentes na Lei Maria da Penha, as alterações trazidas pela Lei 14.188/2021 e o que muda no combate à violência contra a mulher com a inserção do tipo penal 147-B ao Código Penal.

Para tal, foi realizada uma revisão bibliográfica que permitiu a seleção de artigos científicos para o estudo do tema, de forma a ter por base uma análise qualitativa dos conceitos apresentados e o método documental também foi utilizado por intermédio do qual foi possível o exame de leis, sobretudo a Lei 14.188/2021 e a Lei 11.340/2006 e de documentos oficiais. Por fim, a presente pesquisa justifica-se pela urgente necessidade de trazer conscientização a respeito da gravidade da violência psicológica contra as mulheres, tendo em vista que é muitas vezes despercebida pelas vítimas e tem implicações tão gravosas quanto às demais formas de violência.

2. BREVE ANÁLISE DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER PRESENTES NA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006)

O Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996 promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher concluída em 9 de junho de 1994, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995. Nesse sentido, a intitulada “Convenção de Belém do Pará” reafirmou a violência contra a mulher como ofensa contra a dignidade humana e como manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre os gêneros, constituindo-se violação dos direitos humanos (BELÉM DO PARÁ, 1994), trazendo implicações significativas para o ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao enfrentamento da violência contra a mulher.

Nessa esteira de pensamento, reflexo do tratamento desigual no âmbito laboral, político, familiar, da negligência estatal e da persistência de estigmas discriminatórios, entre outros, a problemática em questão persiste mesmo diante de uma maior conscientização ao seu respeito. Diante desse panorama, alterações legislativas objetivaram trazer luz e estimular o combate a esse cenário, sendo um destaque a Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha:

Daí por que o advento da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006, constituiu avanço inovador do Brasil em sede de direitos humanos, mostrando-nos, em agosto de 2006, como o 18º país da América Latina a aperfeiçoar sua legislação sobre a proteção da mulher. (JESUS, 2015, p. 52).

Destarte, de forma a seguir o modelo da supracitada Convenção de Belém do Pará, a Lei Maria da Penha disciplinou variadas formas de violência contra a mulher, que serão abordadas posteriormente nesse artigo, de forma a representar avanço legislativo significativo. Fruto de um longo processo que teve como estopim o caso vivenciado por:

Maria da Penha que sofreu agressões de seu marido de forma exaustiva e constante, até que, em 1983, seu esposo atentou contra sua vida ao disparar uma espingarda, o que, apesar de não a ter matado, a deixou paraplégica. Ao retornar para sua casa, sofreu uma nova tentativa de assassinato, dessa vez, diferentemente da anterior, por meio de uma descarga elétrica. No momento em que decidiu denunciar seu agressor, acabou sofrendo com o descaso e incredulidade por parte da justiça, razão que a levou a acionar organismos como o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), que, em 1998, direcionaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Comissão acabou por condenar o Estado brasileiro por omissão e negligência, o que fez com que o Brasil se comprometesse a reformular suas políticas e leis referentes à violência doméstica e familiar, visando uma maior proteção e tutela às vítimas. (BEZERRA, 2019 apud GARCIA, 2019, p. 66).

Dessa forma, verifica-se que a referida Lei foi resultado de um processo penoso e extremamente longo para as mulheres, tendo sido conquistada a duras penas. Nessa perspectiva, é importante ressaltar que a legislação em comento também contribuiu ao analisar a problemática como um fenômeno complexo. Assim sendo, esta necessita de especial atenção estatal, posto que reflete práticas enraizadas que submetem às mulheres a condições de submissão, inferioridade e de dominação, explicitando três âmbitos em seu artigo 5º no decorrer dos seus incisos nos quais tal violência pode ser concretizada: “no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” (BRASIL, 2006), ou seja, não se faz necessária relação de parentesco, englobando pessoas esporadicamente agregadas.

Além deste, o relacionamento doméstico: “no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa” (BRASIL, 2006). E “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL, 2006). Dessa forma, o relacionamento entre o agressor e a vítima pode se configurar no presente ou no passado, independente de coabitação.



Portanto, é possível conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher como toda e qualquer conduta omissiva ou comissiva, baseada no seu gênero e cometida no âmbito da unidade doméstica, no seio da família ou na esfera das relações íntimas de afeto presentes ou passadas que venha a ameaçar a vida, a integridade física e/ou psicológica, lhe cause dano moral ou patrimonial. Além disso, a Lei Maria da Penha descreve quais as formas que tal violência pode apresentar, são elas a física, sexual, patrimonial, moral e psicológica.

Nesse sentido, a violência física:

trata do uso de força cujo objetivo é ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, mediante empurrões, tapas, socos, pontapés, arremesso de objetos, uso de líquidos ou objetos quentes que causam queimaduras, ferimentos com instrumentos cortantes, deixando marcas nas vítimas [...] (ROSA; SILVA, 2021, p. 34).

Nesse ínterim, o artigo 7º, inciso I da supracitada Lei ressalta que a violência física pode ser compreendida “como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal” (BRASIL, 2006). Portanto, o objetivo é a ofensa aos bens jurídicos integridade e a saúde corporal, sendo que para tanto, diversos meios podem ser utilizados. Ademais, a lei também traz no inciso III do mesmo artigo, outra modalidade:

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

A violência sexual representa violação aos direitos sexuais e reprodutivos das vítimas e se concretiza por condutas que podem fazer uso da força ou não, baseadas no não consentimento. Como ressalta Carvalho (2019) o estupro é uma das mais perversas formas de da violência em análise, tendo em vista que representa meio cruel de dominação, aliena a mulher do domínio do seu próprio corpo. Assim, é urgente a necessidade de mitigação desse cenário, observado que as consequências são nefastas para aquelas que sofrem esse tipo de violação seja no que diz respeito à integridade física e à saúde quanto ao lado psicológico.

Por conseguinte, tem-se a violência patrimonial disciplinada por Rosa e Silva (2021) como condutas que tenham como finalidade a subtração, retenção, destruição parcial ou total de bens móveis pertencentes a mulher, tais como eletrodomés-



ticos, documentos, roupas, entre outros, conforme explicita o artigo 7º, inciso IV da Lei Maria da Penha, incluindo “bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades” (BRASIL, 2006). Destarte, observados os âmbitos já mencionados nos quais é possível a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher, é importante ressaltar que o objetivo desta modalidade é a privação do uso de bens, recursos e direitos que pertencem à vítima.

Além desta, tem-se a violência moral que, por sua vez, também se encontra presente nos seguintes artigos do Código Penal:

Calúnia Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. **Difamação** Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. **Injúria** Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

Tais delitos são crimes contra a honra, sendo que quando praticados contra a mulher, baseados no gênero, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, passam a configurar violência doméstica e familiar. Por fim, tem-se a violência psicológica, conceituada pelo artigo 7º, inciso II da Lei 11.340/2006:

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

Nessa perspectiva, percebe-se que o legislador deixa claro os danos à saúde da vítima oriundos da violência psicológica, cujos impactos resplandecem na seara emocional, mas também física, sendo destacado pelo legislador sete verbos na descrição desta, quais sejam:

1- *ameaçar*, que consiste na promessa de causar mal injusto e grave; 2- *constranger*, que significa tentar impedir de realizar algo que a lei não proíbe; 3- *humilhar*, que significa depreciar, rebaixar; 4- *isolar*, que consiste em deixar a pessoa só, sem parentes ou amigas, sem apoio; 5- *manipular*, que é interferir na vontade de outrem, obrigando-a a fazer o que não gostaria; 6- *chantagear*, que consiste em proferir ameaças perturbadoras; 7- *ridicularizar*, que significa



submeter à zombaria; e 8- *limitar o direito de ir e vir*, que significa impedir a livre locomoção ou encarcerar. (ELUF, grifo do autor, 2021)

Diante disso, resta nítida a preocupação do legislador em esclarecer diversas formas pelas quais pode se caracterizar violência psicológica. Tendo em vista as consequências desta, as juristas Azambuja e Velter (2021) esclarecem que:

A violência psicológica inicia-se de forma branda, com atos que passam despercebidos pela vítima, onde o agressor lança mão de pequenos insultos a fim de tornar a vítima insegura e baixar sua autoestima, bem porque, para partir para agressão física, o agressor precisa tornar a mulher desvalorizada de tal modo que ela aceite a agressão e se sinta culpada pela violência sofrida. Assim, o agressor passa a dissuadir a mulher, visando que esta, manifestamente vulnerável, torne-se emocionalmente dependente e aja conforme sua vontade, acatando suas decisões e aceite o tratamento a ela despendido. (AZAMBUJA; VELTER, 2021, p. 9)

Dessa forma, a violência em análise consolida-se de forma escalonada e que não raras vezes seguem acompanhadas das outras modalidades já mencionadas, de modo que os danos extrapolam o lado psíquico das vítimas. Além disso, é imperioso destacar que nessa categoria a busca pela diminuição da mulher é mais nítida, objetivando o controle, a humilhação, o constrangimento, a manipulação etc., sendo em muitas ocorrências despercebida.

Nesse íterim, a violência psicológica prejudica a autoestima da mulher, atua de forma a reforçar a desigualdade já existente nas relações com o agressor e maleficia pleno desenvolvimento desta na sociedade. Em resumo:

Desta feita, resta evidente que a violência psicológica praticada contra a mulher, além de causar danos de grave ou difícil reparação na vida da vítima, que podem resultar em consequências fáticas irreversíveis, ante ao provável agravamento da atuação do agressor e aos inúmeros abalos emocionais decorrentes da depreciação e perseguição sofridas, também é pouca difundida na sociedade, desconsiderada pelo agressor e muitas vezes, sequer percebida pela vítima. (AZAMBUJA; VELTER, 2021, p. 11).

Assim, analisa-se que um dos principais problemas atrelados a violência psicológica concerne ao fato de ser pouco difundida como ressaltam as autoras, por ser praticada de forma silenciosa e aparentemente inofensiva. Nesta senda, a Lei 14.188/2021 trouxe amparo no que se refere ao combate desta modalidade de forma a ressaltar a sua gravidade.

Portanto, é possível depreender que diversas são as formas de violência contra a mulher trazidas pela Lei Maria da Penha de modo que estas reforçam a desi-

gualdade de gênero e a inferiorização das mulheres. Nessa esteira de pensamento, a repercussão da Lei 11.340/2006 tem construído uma nova cultura apontada por Dias: “de que a mulher não pode ser considerada propriedade do homem; que ele não tem o direito de dispor do seu corpo, da sua saúde e até da sua vida.” (DIAS, 2021, p.33).

Nessa perspectiva, é clara a relevância da Lei Maria da Penha, sendo que a violência psicológica apesar de já contemplada na supracitada legislação é pouco difundida e combatida e a criminalização desta fez com que tal conduta alcançasse punição exata de forma a reforçar a sua repressão. Além desta alteração, a Lei 14.188/2021 trouxe outras mudanças significativas como a definição do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, a inserção do parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal e do artigo 12-C à Lei Maria da Penha.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NO CÓDIGO PENAL COMO UMAS DAS ALTERAÇÕES CAUSADAS PELA LEI Nº 14. 188/2021

O Projeto de Lei 741 de 2021, sugerido pela Associação dos Magistrados Brasileiros que no Senado teve como relatora a Senadora Rose de Freitas e foi apresentado ao Congresso Nacional pela deputada federal Margarete Coelho, tendo sido aprovado com alterações no Plenário em 2 de junho de 2021 e transformado na Lei Ordinária 14.188 em 28 de julho do mesmo ano. Referida Lei trouxe algumas modificações merecedoras de análise, sendo uma delas a definição do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional (BRASIL, 2021).

O programa objetiva proporcionar um maior combate à problemática tendo em vista o aumento no número de casos na pandemia do Coronavírus, de forma que o sinal “X” que pode desenhado na palma da mão ou em pedaço de papel com batom vermelho ou outro material revela que a mulher que mostra esse sinal é vítima de violência.

Dessa forma, a mulher poderá pedir ajuda em órgãos públicos, farmácias, prefeituras, entre outros. Assim, verifica-se que o programa é extremamente positivo quando se observa a realidade do isolamento social que acaba por inviabilizar denúncias e o “Sinal Vermelho” poderá facilitá-las. Nesse ínterim, cabe ressalva a



importância da divulgação do programa para que o código do “Sinal Vermelho” seja reconhecido por mais e mais pessoas com vistas a possibilitar mais denúncias e, por conseguinte, proteger as vítimas.

Ademais, outra modificação trazida pela Lei 14.188/2021 é a alteração do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (BRASIL, 2021).

É importante ressaltar que o Código Penal já disciplinava como qualificadora do crime de lesão corporal a violência doméstica:

Art. 129 Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (BRASIL, 1940).

De forma que abrangia vítimas de ambos os sexos que tivessem ofendida a sua integridade física, já com a inserção do parágrafo 13 ao artigo 129, tem-se que: “§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (BRASIL, 2021). Assim, a ofensa à integridade ou à saúde da mulher por razões da condição do sexo feminino, descritas no artigo 121, parágrafo 2º-A do Código Penal, são elas: quando o crime envolve a violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, terão sanção mais gravosa, qual seja a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Em resumo, a inserção da qualificadora em análise passou a proteger abstratamente de forma mais nítida as mulheres, sobretudo em face da violência doméstica e familiar e quando se há menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Ademais, a Lei 14.188/2021 também incluiu o artigo 12-C à Lei Maria da Penha:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASIL, 2006).

Desse modo, a alínea supracitada esclarece que o agressor deve ser imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, seja pelo juiz, delegado ou policial quando se verifica a existência de risco que seja atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher vítima de

violência doméstica ou familiar ou de seus dependentes. Destarte, o risco à integridade psicológica passou a ser considerado para que estabeleça o afastamento do agressor.

Nessa senda, a alteração em destaque trazida pela Lei 14.188/2021 foi a criação do tipo penal de violência psicológica contra a mulher, sendo importante ressaltar que a previsão dessa modalidade já existia em nosso ordenamento na Lei Maria da Penha como já explicitado anteriormente. Nessa esteira de pensamento, o que se enfatiza é a criminalização dessa forma de violência pela referida legislação, sendo que como aduz Osaiki (2021) uma das principais características desta, é a relação desigual de poder entre o autor e vítima, desigualdade essa historicamente construída e reiterada.

Ademais, como observa a autora, não há violência doméstica sem violência psicológica, posto que o agressor conduz a vítima à submissão, causando-lhe dependência emocional e humilhação. É possível evidenciar a frequência da problemática por intermédio de um estudo realizado pelo Núcleo de Enfrentamento à Violência contra a Mulher (Nudem) da Defensoria Pública-Geral, em Fortaleza, com 573 mulheres atendidas no local no ano passado:

De janeiro a novembro de 2019, o Núcleo atendeu 7.820 mulheres. Dessas, 573 aceitaram participar do levantamento que, dentre outras informações, identifica quais situações de violência foram vivenciadas pelas vítimas. Do total de entrevistadas, 562 afirmaram ter sofrido violência psicológica. O número representa aproximadamente 98,08% das participantes. O estudo contabilizou as cinco formas de expressão da violência previstas na Lei Maria da Penha (11.340/2016), que inclui a psicológica, física, sexual, moral e patrimonial. O segundo tipo de agressão mais frequente entre as participantes do estudo foi a física, relatada por 414 mulheres. (C MARA, 2020).

Desse modo, verifica-se a recorrência dessa modalidade de violência, sendo que muitas vezes ela passa despercebida pelas vítimas por meio de humilhações, ameaças, manipulações, constrangimentos entre outras formas que as afetam e fazem com que o agressor passe a ter cada vez mais controle sobre elas. Assim sendo, as consequências psicológicas diferentemente das físicas podem perdurar por mais tempo e conforme a interpretação do texto legal por Rosa e Silva (2021) o dano não é físico ou material. Por isso, trata-se de uma forma de violência de difícil identificação, posto que pode ser praticada por condutas aparentemente inofensivas como deboche e atos que afetam a autoestima da mulher.

Além disso, muitas vezes, não há uma conscientização ao seu respeito e aos danos decorrentes de sua prática para as vítimas. Assim, é comum que estas não



percebam que estão sofrendo danos emocionais o que é preocupante, uma vez que impossibilita denúncias e torna mais árduo o seu combate.

Dessa maneira, trata-se de um crime que tem o seu momento consumativo mediante o dano emocional à saúde da mulher, sendo que para a devida comprovação de materialidade do delito:

a existência do delito, deverá ser feito mediante depoimento da vítima, de testemunhas, relatórios psicológicos e/ou atendimentos médicos, que possam demonstrar o impacto do dano emocional no seu abalo da saúde psicológica. Destarte, não tratando-se de dano psíquico, é dispensável laudos técnicos [...] (OSAIKI, 2021, p. 4).

Ou seja, para a sua comprovação é preciso que se demonstre o impacto dos danos emocionais, não necessitando de laudos técnicos caso não se trate de dano psíquico como demonstra a supracitada autora, podendo ser a prova testemunhal suficiente.

Portanto, resta claro que as alterações trazidas pela Lei 14.188/2021 colimam reforçar o combate à violência contra a mulher, sendo que a criminalização da violência psicológica contra as mulheres traz implicações sociais e jurídicas, como exemplo uma ampliação da conscientização a respeito da problemática. Ademais, outra consequência supracitada legislação é a oferta da tutela penal para além dos âmbitos doméstico, familiar e afetivo trazidos na Lei 11.340/2006, entre outros efeitos benéficos que serão discutidos neste artigo.

4. IMPLICAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS DA CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER

As implicações sociais e jurídicas da criminalização da violência psicológica contra a mulher são relevantes para análise para que se identifiquem os progressos e as mudanças que ainda precisam ser realizadas. Desse modo, verifica-se que a criação do tipo penal representa avanço legislativo no que concerne ao amparo às mulheres no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a explicitar que tal modalidade de violência pode ser tão gravosa quanto às demais, posto que apesar da Lei Maria da Penha trazer essa modalidade não abrangia exata punição para a sua prática.

Outrossim, a Lei 14.188/2021 e o seu conhecimento podem aumentar a conscientização a respeito da violência psicológica, observado que muitas vítimas não percebem que também estão sofrendo danos emocionais que prejudicam seu ple-

no desenvolvimento ou que visem a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitando o direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação (BRASIL, 2021).

Dessa forma, resta nítido que: “faz-se necessário que a vítima tenha conhecimento que atos de violência psicológica são práticas de violência doméstica, previstos no ordenamento, e passíveis de aplicação de medidas protetivas, a fim de resguardar a vida e boa saúde da mulher ofendida” (AZAMBUJA; VELTER, 2021, p. 11).

E a partir da supracitada Lei passa-se a ter sanção cominada no Código Penal de “reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave” (BRASIL, 2021). Nesse ínterim, é importante ressaltar a relevância dessa compreensão acerca do que são atos de violência psicológica abordada por Azambuja e Velter (2021) mas também que as vítimas tenham conhecimento a respeito de todas as modalidades de violência a fim de que possam denunciar:

Todas as mulheres precisam conhecer os tipos de violência que eventualmente podem vir a enfrentar. É importante que o assunto esteja em alta e que informações sejam compartilhadas, para que a vítima tome conhecimento do que acontece com ela e para que possa ser ajudada. É importante que ela conheça o ciclo da violência e que saiba reconhecer que não existe somente a violência física, mas também outras como a psicológica, sexual, patrimonial e moral e que estas podem ser denunciadas (SALIBA, 2021).

Destarte, a repressão a tal conduta torna-se mais eficiente quando as denúncias são realizadas, sendo que uma problemática evidente concerne ao fato de que essa pressão psicológica resultante, muitas vezes, do controle das ações da mulher por parte do agressor é um dos motivos pelos quais muitas vítimas não denunciam que também sofrem outras formas de violência doméstica e familiar. Nesse contexto, aproximadamente 60% das mulheres que sofreram da problemática em questão não realizaram boletim de ocorrência, de acordo com um estudo realizado pelo Senado Federal, sendo um dos entraves o medo supracitado (MAZIERO, 2019).

Assim sendo, esse controle de suas ações por parte do agressor desencoraja e inviabiliza o denunciar, sendo, portanto, necessário amparo às vítimas e a efetivação da proteção destas. Nesse sentido, um fator que se evidencia é a pandemia do Coronavírus na qual se tem percebido um aumento nos casos de violência doméstica e familiar. Dessa maneira, é destaque desta análise o agravamento da violência psicológica enquanto modalidade de violência doméstica e familiar, mas



também enquanto tipo previsto no Código Penal a partir da Lei 14.188/2021, sendo que o isolamento social, medida com a qual se objetivou evitar a contaminação do vírus Sars-Cov-2, tornou possível que muitas mulheres ficassem confinadas com o agressor e nessa esteira de pensamento:

As mulheres passaram a ser vigiadas com mais frequência por seus agressores e, em alguns casos mais graves, foram até impedidas de terem contato com seus amigos e familiares. Além de ter sido ampliado o espaço de ação dos agressores, a manipulação psicológica acentuou-se. Os homens passaram a ter mais controle sobre as finanças domésticas, o que até então praticamente não possuíam, pois essas, em geral, estavam sob o domínio das mulheres. Soma-se a isso a sobrecarga com as tarefas domésticas advindas do aumento do tempo de permanência das pessoas em casa, ou seja, as mulheres mantiveram-se confinadas e constantemente solicitadas ao atendimento dos filhos e dos cônjuges/companheiros, padecendo de cansaço, sofrimento e ausência de interações que lhes permitissem ter momentos de lazer. (BARBOSA; BOFF, 2021, p. 153).

Como abordam Barbosa e Boff a manipulação psicológica acentuou-se, aliçada a ausência de interações com pessoas fora do âmbito doméstico e os danos emocionais se intensificam, posto que momentos de lazer se tornam mais raros. Ademais, as redes de apoio se enfraqueceram, tendo em vista que o confinamento impossibilitou um contato mais amplo com o mundo exterior ou o reduziu, tornando as mulheres mais expostas e vulneráveis à violência psicológica e mais inseguras no que concerne à denúncia.

E é nesse aspecto que a Lei 14.188/2021 foi extremamente positiva, ao estabelecer uma forma de mitigar os casos e proteger as vítimas, preenchendo uma lacuna legislativa que existia no que tange ao combate da violência psicológica de forma a extrapolar o âmbito da unidade doméstica, da família ou de qualquer relação íntima de afeto abarcadas pela Lei Maria da Penha.

Assim, a violência psicológica contra a mulher praticada no ambiente de trabalho com a nova Lei passa a trazer implicações penais:

Antes, caso a mulher fosse vítima desse crime dentro do ambiente de trabalho era caracterizado como delito de assédio moral que é punido na esfera trabalhista. Com a promulgação da lei de violência psicológica contra a mulher, o indivíduo que praticar esse delito sendo ele empregador ou colegas de trabalho poderá ser punido na esfera penal com reclusão de seis meses a dois anos e multa se a conduta não constituir crime mais grave. Ademais, no âmbito laboral é muito comum os empregados serem vítimas do crime de violência psicológica e a maior porcentagem de vítimas são mulheres. (MAGALHÃES, 2021).

Dessa forma, a Lei 14.188/2021 reforça o combate contra a violência psicológica contra a mulher em diversos âmbitos, além disso a sua denúncia e combate também é ponto de partida para o enfrentamento a outras modalidades de violência contra a mulher, sendo ressaltado pela advogada Ana Maria Colombo (2021) que é motivo de celebração a atenção dada pelo Estado ao tema. Todavia, é importante lembrar que a criminalização de condutas não é solução para todos os males e precisa do acompanhamento de políticas públicas aptas a promover uma urgente mudança cultural acerca de temas como desigualdade de gênero. Nesse sentido, interpretam Borges e Lucchesi que:

o ciclo vicioso das agressões não cessará com a criminalização do seu ofensor, mas depende de um empoderamento da mulher capaz de libertá-la deste ciclo escravizante, ao qual está submetida por ser a violência muitas vezes a única linguagem possível para se comunicar com aquele com quem coabita [...] (BORGES; LUCCHESI, 2015, p. 228).

Portanto, para além da criminalização da conduta são necessárias medidas que objetivem impedir a vitimização da mulher de forma que se alcance o empoderamento desta como esclarecem os supracitados autores, possibilitando o questionamento das práticas de poder e da dominação masculina. Nesse ínterim, tais medidas devem ser pensadas não mais dentro da ordem masculina, mas sim tendo em vista os contextos vivenciados por estas:

Adotar o ponto de vista feminista significa um giro epistemológico, que exige partir da realidade vivida pelas mulheres (sejam vítimas, réus ou condenadas) dentro e fora do sistema de justiça criminal. Penso que aí está o objetivo maior de uma criminologia feminista, que não tem como ser concebida como “um novo ingrediente” nos marcos do que já foi produzido por outras criminologias. (MENDES, 2017, p. 157).

Logo, como destaca a autora, é preciso que a análise da problemática parta da realidade vivida pelas mulheres. Assim, é possível constatar que a Lei 14.188/2021 representa passo importante para o combate da problemática, porém também é vital uma mudança social no que concerne à desigualdade de gênero, à vitimização da mulher, à estruturação de poder hierarquizada da sociedade na qual o controle é exercido homens, entre outros problemas que orbitam em torno da violência contra a mulher. Dessa forma, estes precisam ser pensados e combatidos para que se possa mitigar a problemática em estudo.

Por fim, quando se verifica o contexto pandêmico e o conseqüente aumento nos casos de violência contra a mulher urge que a aplicação da legislação seja eficiente. E que o amparo às vítimas seja barreira para a perpetuação da violência,



alicerçado ao combate dos fatores que a geram, objetivando verdadeira mudança no tratamento da problemática de forma a evitar exclusivamente soluções masculinas e proporcionar o enfrentamento à desigualdade de gênero.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, resta nítido que a violência psicológica contra as mulheres transcende o âmbito da unidade doméstica, da família e das relações íntimas de afeto, embora nelas também possa se concretizar, podendo ocorrer, igualmente, por exemplo, no ambiente de trabalho. Em vista disso, a criminalização dessa violência pela Lei 14.188/2021 representa avanço legislativo no que concerne à proteção das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa perspectiva, verifica-se que tal proteção faz-se ainda mais necessária diante do contexto pandêmico, no qual se percebeu aumento nos índices de violência e as barreiras no que concerne à denúncia, sobretudo em face do isolamento social.

Além disso, a supracitada legislação auxiliou para que ocorresse uma maior conscientização a respeito da gravidade da violência psicológica e de seus danos, de forma que esclareceu que esta pode ser tão perigosa quanto às demais modalidades de violência e cujos efeitos podem ser mais duradouros e trazer sintomas físicos além dos psicológicos.

Nesse sentido, é perceptível que a violência psicológica pode crescer de forma escalonada e desaguar ou ser concomitante à prática das outras formas de violência contra a mulher, sendo que o combate desta também representa enfrentamento a riscos maiores pelos quais as vítimas podem ser submetidas.

Portanto, verifica-se que a criminalização da violência psicológica contra a mulher representa progresso, todavia há muito ainda a ser percorrido no que concerne à luta contra a violação dos direitos humanos, para a proteção das vítimas e para a mitigação de todas as formas de violência contra as mulheres. Tal entendimento pode ser percebido, posto que para além da criminalização é necessário que medidas sejam pensadas não mais dentro da ordem masculina e que objetivem impedir a vitimização da mulher de forma que se alcance o empoderamento desta, possibilitando o questionamento das práticas de poder, da dominação masculina e da desigualdade de gênero.



REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Lidiane Campos; VELTER, Stela Cunha. Violência psicológica e moral contra a mulher à luz da Lei Maria da Penha. *TCC-Direito*, 2021. Disponível em: <http://repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1095/1051>. Acesso em: 23 jan 2022.

BORGES, Clara Maria Roman; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O machismo no banco dos réus uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba. v. 60., n. 3., p. 217-247. set/dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/41788>. Acesso em: 14 mar 2022.

BRASIL. Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará*, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 19 jan 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jan 2022.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 19 jan 2022.

BARBOSA, Valéria Koch; BOFF, Rogers Alexander. O acirramento da violência doméstica contra a mulher no Brasil durante a pandemia da COVID-19. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, n. 9., p. 147-161. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/3453&file=1>. Acesso em: 23 jan 2022.

COLOMBO, Ana Maria. Advogada avalia lei sobre violência psicológica contra mulher. *Migalhas.com.br*, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/350076/advogada-avalia-lei-sobre-violencia-psicologica-contra-mulher>. Acesso em: 23 jan 2022.



CÂMARA, Barbara. Pesquisa revela predomínio de violência psicológica contra mulheres. *Diariodonordeste.verdesmares.com.br*, 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/pesquisa-revela-predominio-de-violencia-psicologica-contra-mulheres-1.2201894>. Acesso em: 15 jan 2022.

CARVALHO, Camila Lara Gaia e. *Violência sexual contra a mulher no Brasil: a fragilidade no Código Penal constatada a Lei Maria da Penha*. Orientadora: Patrícia Cristina da Silva Pinheiro, 2019. Monografia, (Graduação em Serviço Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

ELUF, Luiza Nagib. Novo tipo penal: violência psicológica contra a mulher. *Conjur.com.br*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-25/escritos-mulher-tipo-penal-violencia-psicologica-contraa-mulher>. Acesso em: 11 jan 2022.

GARCIA, Micaella Moraes. Lei nº 11.340/2006: das formas de violência doméstica e familiar contempladas pela Lei Maria da Penha. In: SIMPÓSIO NUMAPE “AS DUAS FACES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER”, III., 2019, Paraná. *Anais de evento...* Londrina, 2019. p. 63-73.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11. 340/2006*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZIERO, Alana Emanuely. A importância da aplicação da Lei Maria da Penha para o combate à desigualdade de gênero no Brasil. In: SIMPÓSIO NUMAPE “AS DUAS FACES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER”, III., 2019, Paraná. *Anais de evento...* Londrina, 2019. p. 81-86.

MAGALHÃES, Isabela Ketry de Andrade. A criminalização da violência psicológica contra a mulher e seus impactos no âmbito trabalhista. *Migalhas.com.br*, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356693/a-criminalizacao-da-violencia-psicologica-contra-a-mulher>. Acesso em 19 jan 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

OSAIKI, Gabriela Emi Ito. LEI Nº 14.188/2021: a criminalização da violência psicológica contra a mulher e a produção probatória. *Etic*, São Paulo v. 17., n. 17, p. 1-5. 2021. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9105>. Acesso em: 27 jan 2022.



ROSA, Amanda Cristina Lage; SILVA, Nilce Delha Oliveira da. Violência psicológica da mulher sob ótica da Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta*. v. 17, n. 1, p. 31-43. jul/dez. 2021. Disponível em: Vista do VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA DA MULHAR SOB ÓTICA DA LEI Nº 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021 (ienomat.com.br). Acesso em: 14 jan 2022.

SALIBA, Ana Luisa. Especialistas comentam lei que criminaliza a violência psicológica contra a mulher. *Revista Consultor Jurídico*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/especialistas-comentam-lei-criminaliza-violencia-psicologica>. Acesso em: 23 jan 2022.



OS IMPACTOS DAS LEIS TRABALHISTAS PANDÊMICAS NO CONTEXTO LABORAL BRASILEIRO

THE IMPACTS OF PANDEMIC LABOR LAWS IN THE BRAZILIAN LABOR CONTEXT

Diogo Francisco Curcio*

Resumo: No contexto da pandemia, em que foi estabelecido o princípio do distanciamento social como regra para o combate à doença, alterando profundamente a forma que o trabalho seria exercido, o seguinte artigo se debruça sobre o estudo dos efeitos pandêmicos sobre o mundo laboral e os efeitos das leis promulgadas visando reduzir os impactos da COVID-19 sobre emprego. Para isso, utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento comparativo. Analisando-se o cenário trabalhista e seus desafios antes da pandemia e os novos, advindos da crise sanitária, além de um olhar sobre as leis promulgadas durante o período, objetiva-se chegar à resposta do problema principal: as leis promulgadas para reduzir os impactos da pandemia de COVID-19 no mundo laboral foram eficazes à manutenção dos postos de trabalho? A partir de uma análise de dados, documentos, versões e fatos materiais concretos, a resposta a que se chega é objetiva e clara: não, as leis promulgadas no período não conseguiram preservar empregos e mitigar os efeitos da pandemia para essa classe.

Palavras-Chave: Pandemia. Desemprego. Leis trabalhistas. Trabalho. Trabalhadores.

Abstract: In the context of the pandemic, in which the principle of social distancing was established as a rule for combating the disease, profoundly altering the way work would be performed, the following article focuses on the study of pandemic effects on the world of labor and the effects of laws enacted to reduce the impacts of COVID-19 on employment. For this, it uses the deductive approach method and the comparative procedure method. Analyzing the labor scenario and its challenges before the pandemic and the new ones, arising from the health crisis, in addition to a look at the laws enacted during the period, the objective is to arrive at the answer to the main problem: the laws enacted to reduce the impacts of the COVID-19 pandemic in the world of labor were effective in maintaining jobs? From an analysis of specific data, doc-

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisador em Grupo de Estudos em Meios Consensuais da UFSC (GEMC) e membro do corpo editorial da Revista Avant/UFSC. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4162802937969934>. E-mail: curciodiogo@gmail.com



uments, versions and material facts, the answer to which one arrives is objective and clear: no, the laws enacted in the period failed to preserve jobs and mitigate the effects of the pandemic for this class.

Keywords: Pandemic. Unemployment. Labour laws. Work. Workers.

1. INTRODUÇÃO

Em março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que a doença provocada pelo vírus da SARS-COV-2 havia evoluído a um patamar de pandemia, provocando a alteração das relações cotidianas, recessão econômica e mortes por todo o planeta. Nesse contexto, o Brasil foi duramente castigado pela doença e suas consequências, agravando a já conturbada situação socio-político-econômica do país. De todas as atividades que se remodelaram durante o período, o trabalho foi uma das principais e que mais trouxeram impactos na vida em sociedade.

Nesse sentido, o seguinte trabalho se debruça sobre a questão trabalhista durante o período da pandemia. Busca-se pesquisar, especificamente, sobre os impactos dela no desemprego, nas relações de trabalho e as ações legais tomadas pelo poder público para mitigar os efeitos dessa doença, seja por meio de leis, determinações ou acordos, objetivando responder o seguinte questionamento: as leis promulgadas para reduzir os impactos da pandemia de COVID-19 no mundo laboral foram eficazes à manutenção dos postos de trabalho durante a pandemia?

Dessa forma, busca-se, primeiramente, analisar a situação trabalhista de maneira pragmática nos anos que se antecederam à pandemia, analisando-se dados e leis que precederam tal momento de crise na saúde pública e observando os impactos que elas tiveram para tentar reduzir o desemprego no Brasil. Posteriormente, analisa-se os impactos práticos, por meio de dados, da pandemia no mundo do trabalho. Por fim, analisam-se as leis e dispositivos legais promulgados no sentido de aliviar o peso da pandemia nos postos de trabalho e se obtiveram ou não resultados satisfatórios ao que se propuseram.

Para se analisar os impactos pandêmicos sobre a questão laboral brasileira e alcançar a resposta do problema proposto de maneira objetiva, utilizou-se do método de abordagem dedutivo. Acerca do procedimento, o comparativo foi o mais utilizado, uma vez que são constantes os paralelos traçados entre os contextos anterior e pós eclosão da pandemia, ilustrados, em dois momentos, por gráficos. Além disso, também foi realizado um levantamento bibliográfico amplo acerca do tema e de seus desdobramentos.



Com isso, o seguinte artigo está dividido em três capítulos, em que o primeiro versa sobre o contexto laboral trabalhista pré-pandêmico, o segundo versa sobre os impactos da pandemia no mundo do trabalho e o terceiro sobre as leis e sua eficácia, como ver-se-á a seguir.

2. CONTEXTO LABORAL ATÉ A PANDEMIA

Posteriormente ao período de pleno emprego e desenvolvimento econômico brasileiro, a partir de 2013, o Brasil presenciou um cenário de decomposição política, econômica e social. Juntamente com a elevação da pobreza e com a queda dos indicadores sociais, o desemprego avançou exponencialmente, servindo de pretexto à aprovação da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (BRASIL, 2017), ou “Reforma Trabalhista”, a qual avançou sob a justificativa de criação de mais postos de trabalho, marcando uma vitória da agenda neoliberal sobre os direitos historicamente conquistados pelas classes trabalhadoras.

A partir disso, é notável que as alterações nas garantias trabalhistas previamente estabelecidas ocorreram sob a justificativa de dinamizar o mercado de trabalho. Dentre as disposições que promovem isso, a principal delas é o art. 611 da reforma, cujas disposições estabelecem que acordos de trabalho entre empregador-empregado possuem prevalência sobre a lei quando tais pactos dispuserem sobre jornada de trabalho, banco de horas anual e plano de cargos e salários, por exemplo (BRASIL, 2017). Na prática, a posição, que anteriormente garantia a aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador, assegura a prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, o acordado entre as partes passa a ser regra, mesmo se considerando a situação de hipossuficiência do proletário.

Outro ponto importante da reforma recai sobre o art. 579, o qual discorre sobre a questão sindical. Pela nova diretriz, “o desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional em favor do sindicato” (BRASIL, 2017). Em uma primeira análise, o que poderia significar mais autonomia ao trabalhador, na realidade enfraquece a atuação e manutenção dos sindicatos, historicamente responsáveis pela luta e valorização dos trabalhadores de suas respectivas categorias.

A partir da análise desses pontos, nota-se que a reforma não valoriza a atuação trabalhista e amplia a situação de incerteza dos assalariados. Esse cenário se reflete na saúde do mercado de trabalho atual, concebendo postos trabalhistas



mais precários, incertos e terceirizados. É a atual regra que rege o momento laboral brasileiro. Para nível de comparação, Guimarães fala que:

a precarização das relações de trabalho só se tornou possível, nos países centrais, por meio da flexibilização tanto do sistema de welfare quanto do sistema regulador da contratação do trabalho. Esta última, por sua vez, nutriu-se do fato de que a contração dos mercados internos de trabalho tomou de assalto, a um só tempo, os trabalhadores assalariados (regidos por relações estáveis e protegidas de trabalho) e os seus sindicatos, reduzindo as suas chances de resistir às mudanças e, conseqüentemente, alimentando-as (GUIMARÃES, 2002, p. 3).

Diante desse cenário de flexibilização de direitos laborais e da deterioração econômica brasileira, o desemprego se mostra como uma consequência de tal conjuntura. O efeito é o número crescente de pessoas desempregadas ou desalentadas que se submeteram a subempregos e a condições extenuantes de trabalho para continuarem sobrevivendo.

Em decorrência disso, Lara e Hillesheim falam que:

As jornadas de trabalho dos trabalhadores informais (36,8 milhões) chegavam, em alguns casos, a 14 horas ou mais por dia, muitos eram trabalhadores dos mais diversos aplicativos como Uber, Rappi, iFood, ou trabalhadores que exerciam as mais diversas atividades para sobreviver como ambulantes, camelôs, autônomos, catadores de material reciclável, feirantes (LARA; HILLESHEIM, 2020, p. 10).

Puxados por esses postos informais de trabalho, análises iniciais apontavam à redução do desemprego em território nacional, demonstrando, em uma observação desatenta, o sucesso da reforma trabalhista de 2017. No entanto, como afirmam Mattei e Heinen, “a retomada das vagas observada ao longo de 2018 e de 2019 foi puxada basicamente por ocupações informais”, significando a desassistência da CLT – a qual, “mesmo vilipendiada recentemente, ainda representa uma situação melhor com relação às condições de trabalho e à seguridade social” - aos trabalhadores (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 9).

Nesse sentido, discutir esses pontos anteriores à eclosão da pandemia de COVID-19 é importante para se entender toda a conjuntura anterior à crise sanitária e perceber como o contexto laboral, que já era complexo, absorveu os impactos advindos da pandemia. Acerca deste último tópico, é sobre o que se debruçará o próximo capítulo.



3. IMPACTOS DA PANDEMIA NO MERCADO DE TRABALHO

Agravando a situação anterior ao ano de 2020 relativa à empregabilidade do brasileiro, naquele ano eclodiu a pandemia de COVID-19, levando a uma remodelação de diversas áreas cotidianas, inclusive do trabalho. Diante dos diversos impactos ao mundo trabalhista devido às medidas de distanciamento social e fechamento de serviços, Soeiro e Filho falam que:

O mundo do trabalho vem sendo duramente afetado, seja com a perda de emprego e renda, com a introdução massiva do trabalho remoto ou com a exposição a situações de risco de contágio, trabalhadores de todo o planeta sofrem os efeitos da Covid-19, das políticas restritivas e da retração econômica (SOEIRO; FILHO, 2020, p. 12).

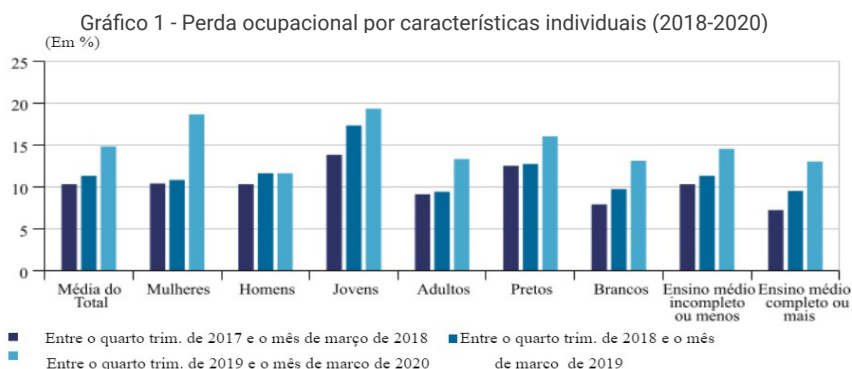
Os resultados disso para a população brasileira se manifestam na expansão da extrema pobreza, por exemplo. “Cerca de 12 milhões de pessoas viviam em extrema pobreza no Brasil em 2020, ou seja, com menos de R\$155 reais por mês, e mais de 50 milhões, ou 1 em cada 4 brasileiros, viviam em situação de pobreza, com menos de R\$450 por mês” (Agência IBGE de Notícias, 2021a). Isso pode ser compreendido como um dos reflexos diretos desse momento de crise laboral brasileiro e agravados pela pandemia de COVID-19.

A nível de referência, a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, em seu estudo, revelou que:

A pobreza e a extrema pobreza alcançaram em 2020 na América Latina níveis que não foram observados nos últimos 12 e 20 anos, respectivamente, bem como uma piora dos índices de desigualdade na região e nas taxas de ocupação e participação no mercado de trabalho, sobretudo das mulheres, devido à pandemia da COVID-19 e apesar das medidas de proteção social emergenciais que os países adotaram para freá-la (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, 2021).

Para se ter uma melhor dimensão dos impactos pandêmicos no emprego, é importante comparar a perda ocupacional durante os anos de 2018-2020 de acordo com características individuais presentes no seguinte gráfico:





O gráfico anterior fornece um panorama sobre o aumento da perda ocupacional – lê-se desemprego – de 2017 até o mês de março de 2020, mês de início da pandemia de COVID-19, de acordo com as características individuais.

É perceptível, a partir do gráfico de Barbosa, Costa e Hecksher, que a perda ocupacional de jovens, se comparado a adultos, de pretos, se comparados a brancos, e de indivíduos com o ensino médio incompleto ou menos, se comparado com os de ensino médio completo ou mais, já indicava, anteriormente à crise sanitária, que os pertencentes a esse segmento social não disputavam vagas igualmente no mercado de trabalho. Eles já partiam de um cenário de maior insegurança na busca por um espaço no mercado de trabalho.

Observa-se, a partir dos parâmetros comparativos no gráfico, que a crise econômica introduzida pela pandemia do novo coronavírus aprofundou algumas das desigualdades observadas no mercado de trabalho, pois aqueles que estavam em situação desvantajosas anteriormente – jovens, pretos e pessoas com o ensino médio incompleto ou menos - apresentam piores indicadores (BARBOSA; COSTA; HECKSHER, 2020, p. 4). Soma-se isso ao fato de que, de acordo com o gráfico, mulheres também foram afetadas de maneira desigual pela pandemia no que tange ao desemprego, quando comparadas a homens.

Esse cenário ampliou as incertezas acerca dos postos de trabalho e deixou claro que o mercado não era convidativo a todos que quisessem se inserir nele. Isso coloca os indivíduos em um cenário de completa incerteza e dúvida acerca da própria sobrevivência, em especial aqueles que, profissional e socialmente, se encontravam em uma situação mais desvantajosa.



Em consonância ao exposto no gráfico, de acordo com o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea):

Os trabalhadores com idade entre 18 e 24 anos foram os mais prejudicados pela pandemia. A taxa de desocupação subiu de 23,8% no quarto trimestre de 2019 para 29,8% no mesmo período de 2020, o que corresponde a quase 4,1 milhões de jovens a procura de emprego. No recorte por escolaridade, a desocupação foi maior para os trabalhadores com ensino médio incompleto: alta de 18,5% para 23,7%, na mesma base de comparação. Em contrapartida, a ocupação dos que têm ensino superior continuou crescendo e houve alta de 4,7%, na comparação entre os números de trabalhadores nesta condição, nos respectivos trimestres de 2019 e 2020 (IPEA, 2021)

Nesse sentido, a pandemia da Covid-19 encontrou uma classe trabalhadora inserida em condições e relações de trabalho já muito aviltantes. Com esse cenário de informalidade e desemprego crescentes, a nova lei trabalhista serviu à consolidação da histórica precarização do trabalho no Brasil (LARA; HILLESHEIM, 2020, p. 10), encontrando na pandemia o elemento faltante à dramatização do contexto até então estabelecido.

De uma forma geral, a regra para o período se tornou que “a maioria dos [trabalhadores] ativos destina-se a ocupações irregulares, temporárias, precárias, de tempo parcial ou falsamente independentes” (KATO; PONCHIROLLI, 2002, p.3). Com isso, é perceptível que, como fala Souza:

há uma imbricação entre desemprego e precarização do trabalho, quando esta serve, ideologicamente, como estratégia de camuflar aquele, com a desculpa da modernização das relações trabalhistas ou, no caso aqui em questão, de combate ao desemprego decorrente da crise sanitária, desde que não se prejudique a esfera econômica/fiscal (SOUZA, 2020, p. 5).

Na tentativa de superar as adversidades trabalhistas em território nacional, muitos indivíduos recorrem à informalidade. Na faceta contemporânea, ela se confunde com empreendedorismo, mesmo que, na prática, seja apenas uma forma despercebida de explorar a “mais-valia” dos trabalhadores incessantemente. Tudo para gerar lucro a grandes conglomerados empresariais em detrimento de garantias e direitos trabalhistas. Um exemplo disso são os trabalhadores autônomos de aplicativos de entrega ou transporte individual.

Acerca disso, Souza fala que:

A relação parece se constituir entre partes iguais e independentes, unindo seus anseios empreendedores. Porém, não passa de uma manobra das empresas detentoras da tecnologia que conecta o consumidor ao trabalhador de

app, uma vez que, por um lado, mascara a sua responsabilidade trabalhista e fiscal e, por outro, pode trazer ao trabalhador a sensação de que ele autogere o seu trabalho, quando na verdade se eleva a exploração, agravada pela ausência de garantias trabalhistas (SOUZA, 2020, p. 7).

A pandemia, por sua vez, serviu de pretexto à ampliação dessa tendência de precarização do trabalho, ampliando as “responsabilidades dos trabalhadores [...] e formas alternativas de contratação, como a terceirização, o contrato temporário, o trabalho em tempo parcial, o salário e as jornadas flexíveis” (MANDARINI et al, 2016, p. 2). Isso ocasiona a sobrecarga de tarefas ao trabalhador e eleva o grau de desgaste físico e mental dos que exercem tais ofícios. Dessa forma, “a pandemia gera problemas que extrapolam as fronteiras da faceta biológica do processo saúde-doença, revelando-se visivelmente atrelados ao processo de precarização do trabalho, na sua multidimensionalidade” (SOUZA, 2020, p. 9)

O resultado de todo esse cenário concatenado é que, atualmente, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), o Brasil possui cerca de 13,5 milhões de desempregados, cerca de 5,1 milhões desalentados e uma taxa de subutilização da força de trabalho na casa dos 26,5% - dados relativos ao 3º trimestre de 2021 (Agência IBGE de Notícias, 2021b).

Além disso, a taxa de informalidade registrada no Brasil, durante o mesmo período de 2021, foi de 40,7% da população ocupada, ao passo que, no mesmo momento de 2020, os dados indicavam 38,4% de informalidade (Agência IBGE de Notícias, 2021b).

É diante desse cenário de desemprego, informalidade, pobreza e pandemia que, na tentativa de mitigar danos e preservar empregos, o governo federal promulgou medidas e leis que, como se verá a seguir, deveriam salvaguardar os trabalhadores e preservar ofícios.

4. LEIS TRABALHISTAS PANDÊMICAS E SUA EFICÁCIA NA GARANTIA DO EMPREGO

Com o anúncio, pela OMS, em março de 2020, que o vírus da COVID-19 tinha se alastrado a nível mundial, tornando-se uma pandemia, diversas foram as alterações no cotidiano de praticamente todas as atividades mundo a fora, inclusive nas relações de trabalho. Com mudanças que vão desde a promoção de condições de higiene – uso de máscara e álcool em gel – até a alteração do regime de trabalho para o *Home Office*, diversas foram as alterações que serviram para agravar a já difícil situação laboral brasileira.



Diante dos obstáculos previamente existentes e dos novos, com a eclosão da pandemia de COVID-19, era necessário agir em prol da defesa de empregos, do trabalho e dos direitos trabalhistas vigentes. É nesse sentido, em tese, que os primeiros planos e medidas governamentais de auxílio começaram a ser editadas e vigoradas.

Para salvar o emprego dos trabalhadores que obtinham trabalho formal, a primeira atitude do executivo federal foi a elaboração da medida provisória nº 927, que permitia a suspensão dos contratos de trabalho por quatro meses sem pagamento dos salários (LARA; HILLESHEIM, 2020, p. 11) – revogada um dia depois pela MPV 928/2020.

De acordo com o art. 1º desse documento, a “medida provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública”. No entanto, o que mais chama a atenção nela é o art. 2º, o qual estabelece que o vínculo empregatício poderá ser celebrado via contrato individual escrito, ignorando a situação de desvantagem e hipossuficiência do trabalhador. Na prática, cabe ao trabalhador aceitar o contrato sob pena de não ter ele firmado, resultando no desemprego (BRASIL, 2020a).

Além disso, a medida também dispunha sobre a redução de salários e sobre a suspensão de contratos de trabalho (BRASIL, 2020a). Diante da polêmica instaurada pelo avanço da medida, ela acabou sendo revogada pouco tempo depois, cedendo validade à medida provisória nº 936 – posteriormente convertida na Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020 (BRASIL, 2020b). Com algumas previsões que se mantiveram da MP nº 927 e outras que foram alteradas, aquela prevê em seu artigo segundo “o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda”. Dentre seus objetivos, pode-se destacar a preservação do emprego e da renda, continuidade de atividades trabalhistas e empresariais e a redução dos impactos causados pela situação de calamidade pública (BRASIL, 2020b).

No entanto, na prática, como argumentam Mattei e Heinen:

A principal alteração promovida pela nova MP em relação à medida anterior foi a permissão da redução da jornada de trabalho com percentuais que podem ser, a princípio, de 25%, 50% ou 70%, com correspondente desconto nos salários, além da autorização para a suspensão do contrato de trabalho (redução de 100% da jornada e do salário). No caso da redução das jornadas a medida vale por até 90 dias, sendo que o consequente corte nos salários é proporcionalmente compensado de acordo com o valor do seguro-desemprego ao qual o trabalhador teria direito caso fosse demitido [...] caso de suspensão



do contrato, a medida é válida por até 60 dias, sendo que o trabalhador deverá receber o valor integral previsto pelo seguro-desemprego (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 11).

Ao invés de fornecer subsídios para que a seguridade empregatícia e salarial se preservasse, a alteração causou uma ampliação da situação de insegurança dos trabalhadores. Ao possibilitar uma redução percentual significativa nos salários dos proletários, bem como a possibilidade da suspensão de contratos de emprego, o Governo Federal, ao emitir a MP, ignorou a função social do salário – fomentadora, não apensa da subsistência material do ser humano, mas também da dignidade.

A medida provisória nº 936 modificou a legislação trabalhista em vigor no momento de sua edição, mas sempre com o pretexto de preservar empregos. Dentre as previsões legais determinadas por esse dispositivo, assumiu-se que:

acordos individuais celebrados neste período de calamidade pública prevalecerão sobre os instrumentos legais em vigor (acordado se sobrepondo ao legislado), permitiu-se: o trabalho remoto (teletrabalho, home office); a concessão de férias coletivas com aviso antecedente de apenas 48 horas; a antecipação de férias individuais e de feriados; o regime especial de compensação (banco de horas); e a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalhador (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 12).

Medidas como essas apontadas anteriormente por Mattei e Heinen demonstram o afastamento do trabalhador das discussões acerca das próprias posições diante de um cenário pandêmico, colocando-os em uma posição de desvantagem diante dos empregadores.

Dessa forma, apesar de a teoria demonstrar uma vontade na execução de planos sob o pretexto de preservar negócios e empregos, a prática se mostrou descolada da realidade.

No que tange aos pequenos empreendimentos – responsáveis pela criação de quase 70% dos postos de trabalho em território nacional, em fevereiro de 2021 (BRANDÃO, 2021) – os esforços para garantir que tais negócios continuassem abertos foram mínimos.

“Especialistas e pequenos empresários disseram que o governo errou ao planejar as políticas de ajuda aos micros e pequenos empresários contando com o fim da pandemia no final de 2020 e, depois, quando isso não ocorreu, ao deixar de retomar os programas de maneira rápida” (Agência Câmara de Notícias, 2021).



Na concepção dos especialistas e de pequenos empresários, faltaram programas de crédito que auxiliassem o pagamento da folha de salários, por exemplo (Agência Câmara de Notícias, 2021). Isso contribuiu para que empresas encerrassem suas atividades e um maior contingente de desempregados fosse lançado ao mercado. A nível de referência, de acordo com o IBGE, cerca de 879 mil de pessoas ocupadas e afastadas do trabalho deixaram de receber remuneração até novembro de 2020 e cerca de 8,1% das empresas tiveram que reduzir o número de funcionários (IBGE, 2020).

Ademais, mantendo o previsto na medida anterior, o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda ainda estipulou a suspensão temporária do contrato de trabalho e a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários (BRASIL, 2020b).

Neste caso, como explicam Mattei e Heinen:

Os acordos poderão ser firmados entre empregadores e empregados, obedecendo aos seguintes critérios: quando a redução de jornada e de salário for de até 25%, o acordo pode ser individual entre as partes, independentemente do nível salarial. Nos demais casos (redução de 50%, 70% ou suspensão de contrato), acordos individuais somente poderão ser celebrados com trabalhadores que recebem menos de R\$ 3.135,00 ou mais de R\$ 12.202,12. Trabalhadores com salários entre esses dois valores somente poderão fazer acordos de redução de jornada e de salário mediante convenção coletiva com participação do sindicato da categoria (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 12).

Como consequência direta dessa medida, há uma outra preocupação que transcende o desemprego: o desemprego oculto. “Nesse caso, a subocupação por insuficiência de horas trabalhadas é uma medida que merece atenção especial, uma vez que indica o grau de insuficiência da renda vigente para atender às necessidades dos trabalhadores” (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 4). Nesse sentido, ao reduzir a jornada de trabalho, o Governo Federal atua no sentido de fomentar esse fenômeno, aprofundando o quadro de instabilidade laboral e dúvida acerca da empregabilidade.

Mesmo que as ações governamentais viessem no sentido de tentar reduzir os impactos da pandemia no desemprego, o efeito desejado não foi o observado. No que se refere ao mercado de trabalho, Mattei e Heinen falam que:

“além de desarticuladas, as medidas adotadas podem ser consideradas também prejudiciais, pois invés de buscar preservar os empregos e os salários dos trabalhadores, elas operam exatamente no sentido oposto, ou seja, para estimular o desemprego e rebaixar os salários” (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 11).

A nível de comparação, a ocupação no Brasil, no 3º trimestre de 2020, foi estimado em 47,1%, o que representou uma redução de 7,7 pontos percentuais em relação a igual trimestre de 2019 (IBGE, 2020).

É perceptível que as ações governamentais precarizaram postos de trabalho, não oferecendo garantias aos trabalhadores ou condições aos pequenos empresários – maiores fomentadores de postos de trabalho nacionalmente – de manutenção de seus negócios e, conseqüentemente, de empregos. As ações de incentivo aos pequenos negócios foram tímidas e não suficientes para evitar que, das empresas que encerraram suas atividades até a primeira quinzena de julho, quase 40% delas o fizeram em decorrência direta do coronavírus (BRASIL, 2020). “O presidente da Central de Cooperativas e Empreendimentos Solidários, Leonardo Pinho, disse que 600 mil pequenas empresas fecharam até agora, acabando com 9 milhões de empregos” (Agência Câmara de Notícias, 2021).

O gráfico seguinte permite obter uma ideia das tendências empregatícias brasileiras durante a pandemia se comparado com 2019:

Gráfico 2: Admissões e desligamentos - Brasil, Jan-Abr de 2019 e 2020



Fonte: Fonte: SIMÕES; MOREIRA, 2020, p. 50

Os dados presentes no gráfico permitem depreender que o governo federal não foi competente ao preservar empregos durante a pandemia. O que ocorreu foi uma total desassistência ao âmbito trabalhista, resultando em uma queda vertiginosa nas admissões em um cenário já muito fragilizado pela crise econômico-política anterior.



Dessa forma, o governo federal foi responsável direto para que a situação de precariedade laboral se agravasse ainda mais para os trabalhadores e para que uma nova contrarreforma trabalhista atentasse ainda mais aos direitos estabelecidos na CLT. Portanto os elevados índices de desemprego podem, como afirmam Mattei e Heinen, ser atribuídos aos:

efeitos da pandemia decorrente do novo coronavírus sobre as atividades econômicas, a pouca eficácia da política econômica de apoio ao setor empresarial para manutenção dos empregos, além da falta de perspectivas de se encontrar emprego em uma conjuntura marcada por forte retração das atividades produtivas (MATTEI; HEINEN, 2020, p. 17).

Diante de tudo isso exposto, as ações e disposições para conter o avanço do desemprego, além de não impedirem o avanço do dele, somente surtiram efeitos no sentido de precarizar ainda mais os postos de trabalho, como previsto, já em 2017, na reforma trabalhista. A pandemia de COVID-19 veio para acelerar ainda mais esse cenário de deterioração trabalhista e de eliminação de postos formais de emprego.

Assim, as leis promulgadas no sentido de preservar postos de trabalho e de proteger os trabalhadores não conseguiram cumprir com o seu papel. Ao contrário, elas serviram para fragilizar ainda mais esse grupo que já vinha sofrendo com perdas e abates importantes em seus direitos trabalhistas historicamente conquistados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2020, o mundo viu a eclosão da pandemia de COVID-19 e, com ela, a alteração da sociedade como era conhecida. Dos diversos setores alterados pela pandemia, o trabalho foi, definitivamente, um dos que mais sofreram com essas mudanças. Em um cenário nacional marcado pela deterioração da saúde social-político-econômica desde 2013, o agravamento da situação sanitária nacional foi determinante para que a crise trabalhista se aprofundasse cada vez mais.

Já em um cenário pré-pandemia e marcado pelas mudanças advindas da reforma trabalhista de 2017, é perceptível que a situação laboral enfrentava desafios para garantir uma empregabilidade satisfatória aos brasileiros.

A partir de 2020, o cenário se tornou ainda mais dramático, visto que a pandemia provocou uma perda salarial, aumento de desemprego a ampliação da situação de insegurança nos trabalhadores, que viram as condições de trabalho pulverizar.

Foi devido a isso que o Governo Federal editou medidas para reduzir esses efeitos provocados pela pandemia de COVID-19 no mundo trabalhista.

No entanto, os efeitos advindos disso não tiveram resultados satisfatórios previstos. O que se verificou na prática, foi a aumento da situação de insegurança, de desemprego, de eliminação de postos de trabalho formais, fechamento de negócios e a consequente deterioração da qualidade de vida dos brasileiros. Dessa forma, a situação que já era complicada, ficou ainda pior. Logo, os esforços em se promover garantias legais para os trabalhadores se voltaram contra eles, mostrando-se ineficazes e insuficientes.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. *Pequenos empresários criticam demora em programas de combate aos efeitos da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/750252-pequenos-empresarios-criticam-demora-em-programas-de-combate-aos-efeitos-da-pandemia/>. Acesso em: 17 set. 2021.

Agência IBGE Notícias. *Mesmo com benefícios emergenciais, 1 em cada 4 brasileiros vivia em situação de pobreza em 2020*. 03 dez. 2021a. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32420-mesmo-com-beneficios-emergenciais-1-em-cada-4-brasileiros-vivia-em-situacao-de-pobreza-em-2020>. Acesso em: 12 dez. 2021

Agência IBGE de Notícias. *Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da COVID-19 na Empresas*. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas>. Acesso em: 22 ago. 2021e.

Agência IBGE Notícias. *PNAD Contínua: taxa de desocupação é de 12,1% e taxa de subutilização, de 25,7% no trimestre encerrado em outubro*. 28 dez. 2021b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/32621-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-1-e-taxa-de-subutilizacao-de-25-7-no-trimestre-encerrado-em-outubro>. Acesso em: 13 dez. 2021

BARBOSA, Ana Luiza Neves de Holanda; COSTA, Joana Simões; HECKSHER, Marcos. *Mercado de trabalho e pandemia da COVID-19: ampliação*



de desigualdades já existentes? jul. 2020. Repositório do Conhecimento do IPEA. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10186/1/bmt_69_mercedetrabalho.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRANDÃO, Marcelo. Agência Brasil. *Pequeno negócios geram quase 70% dos empregos em fevereiro*. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-04/pequenos-negocios-geram-quase-70-dos-empregos-em-fevereiro>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 927, de 27 de março de 2020*. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936 de 1º de abril de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe. *Pandemia provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego*. 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte>. Acesso em 29 jan. 2022.

GUIMARÃES, Nadya Araujo. *Por uma Sociologia do Desemprego*. RBCS. V. 17, nº 50, out. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcso/a/>

Snk5wr3D9sphWQsw3DVVrwN/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 11 ago. 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. *Desemprego*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 12 dez. 2021.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indicadores IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: terceiro trimestre de 2020*. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_3tri.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Trabalho*. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em 30 mar. 2022.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Estudo Ipea mostra que impacto da pandemia foi maior para trabalhadores jovens e menos escolarizados*. 14 abr. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=37769. Acesso em: 13 dez. 2021

ITAOU, Bruna Fernanda; SILVA, Lenir Aparecida Mainardes; GOMES, Débora Polyana. A pobreza e o aumento do desemprego durante a pandemia: impactos da crise pós covid-19. *Serviço Social em Debate*, S. I., v. 4, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/serv-soc-debate/article/view/5703>. Acesso em: 29 jan. 2022.

KATO, Jerry Miyoshi; PONCHIROLLI, Osmar. O desemprego no Brasil e os seus desafios éticos. *FAE*. v. 5. nº 3. 2002. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/484/379#>. Acesso em: 11 ago. 2021.

LARA, Ricardo; HILLESHEIM, Jaime. *Modernização trabalhista em contexto de crise econômica, política e sanitária*. 2020. Disponível em: https://suassccovid19.files.wordpress.com/2020/07/artigo_modernizaccca7acc83o_trabalhista.pdf. Acesso em: 12 de ago. 2021.

MATTEI, Lauro; HEINEN, Vicente Loeblein. Impactos da crise da Covid-19 no mercado de trabalho brasileiro. *Revista de Economia Política*, vol. 40. nº 4. p. 647-668. out-dez 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/8snSbBwVqmYgd5pZVQ5Vhkn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SIMÕES, Eduardo Rodrigo Donatelli; MOREIRA, João Vicente Pedrosa. SEBRAE. *Análise da crise e impactos para os pequenos negócios*. 1ª edição. 2020. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/ES/Sebrae%20de%20A%20a%20Z/RELAT%C3%93RIO%20IMPACTO%20COVID%20-%20CORRETO.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.



SOEIRO, Laís de Castro; FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. A *pandemia da COVID-19 e os reflexos no mundo do trabalho: impacto à saúde mental do trabalhador*. II Encontro Virtual do Conpedi. Direito do Trabalho e Ambiente do trabalho I. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/nl6180k3/37qj2s30/OsQK0N7ui9a7G1cm.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

SOUZA, Diego O. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 19, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/7rJ6TkW8Cs88QkbNwHfdkxb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 jul. 2021.

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SUA APLICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO APÓS A LEI Nº 13.105/15

THE CONCILIATION AS AN ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION AND ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN JUDICIARY AFTER LAW NO. 13.105/15

Gabriel Almeida Silveira*

Resumo: Os Meios Alternativos de Solução de Conflitos surgem com o objetivo de serem mais adequados e de maximizarem a eficácia da resolução dos problemas, principalmente se comparados à tradicional Justiça estatal. Dessa maneira, busca-se responder a problemática acerca de um desses meios específicos, a conciliação, com a seguinte questão: em que proporção este meio consensual vem sendo aplicado como método alternativo de solução de conflitos no Poder Judiciário Brasileiro frente ao incentivo dado pela Lei nº 13.105/15, o Código de Processo Civil? Assim, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento estatístico e histórico, bem como as técnicas de pesquisa de documentação direta e indireta. Destarte, chegou-se à conclusão de que o CPC/15 não impactou, de forma benéfica e considerável, no crescimento do uso da conciliação no Poder Judiciário Brasileiro.

Palavras-Chave: Justiça Multiportas. Meios alternativos de solução de conflitos. Conciliação. Código de Processo Civil de 2015. Autocomposição.

Abstract: *Alternative Means of Conflict Resolution arise stems from being more appropriate and maximizing the effectiveness of problem solving, especially when compared to traditional State Justice. Thus, we seek to answer the problem about one of these specific means, conciliation, with the following question: in what proportion has this consensual means been applied as an alternative method of conflict resolution in the Brazilian Judiciary in view of the incentive given by Law No. 13,105/15, the Code of Civil Procedure? Thus, the deductive approach method, the methods of statistical and historical procedure, as well as the research techniques of direct and indirect documentation were used. Thus, it was concluded that the CPC/15 did not impact, in a beneficial and considerable way, the growth of the use of conciliation in the Brazilian Judiciary.*

Keywords: *Multiport Justice. Alternative means of conflict resolution. Conciliation. Code of Civil Procedure 2015. Self-Composition.*

* Graduando do 3º semestre do curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3213020404082917>. E-mail: almeidasilveirag@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo a resolução de conflitos entre indivíduos foi realizada quase que exclusivamente pelo Estado, o que acarretou na centralização de todas as demandas conflituosas no âmbito judicial. Este fato contribuiu para inúmeros problemas como, por exemplo, a sobrecarga processual e a consequente morosidade, além de questões como a dificuldade do acesso à Justiça e o foco demasiado na resolução da lide.

Sob tal ótica, o próprio Poder Judiciário reconheceu (e incentivou) a legitimidade da aplicação de Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Tais ações tiveram o objetivo de contornar e amenizar os problemas e maximizar a resolução dos embates por métodos adequados aos casos concretos, tornando-os cada vez mais pacificados.

Esses meios consensuais também possuem a característica de tratarem não apenas do conflito, mas de toda a relação social existente; de serem mais ágeis e de possuírem maior economia processual; de serem mais humanizados e com menor litigiosidade, assim como são menos burocráticos, permitem maior cooperação entre as partes e privilegiam a autonomia privada dos interessados.

Esta pesquisa trará foco em um desses meios consensuais: a conciliação. Dessa forma, a problemática a ser abordada é: em que medida a conciliação vem sendo aplicada como método alternativo de solução de conflitos no Poder Judiciário Brasileiro após o incentivo dado pela Lei nº 13.105/15, o Código de Processo Civil (CPC)?

Para responder esta questão, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, os métodos de procedimento estatístico e histórico e as técnicas de pesquisa de documentação direta e indireta.

Cabe salientar que o método de procedimento estatístico é de suma importância para a análise dos dados coletados neste artigo, posto que é considerado um meio de descrição racional, de experimentação e de prova, caracterizando-se como analítico. Visa examinar fenômenos dos mais variados âmbitos, como o econômico e o jurídico, e reduzir estes a termos quantitativos, o que permite realizar observações comparativas e generalizações sobre a natureza, ocorrência ou significado destes fenômenos (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Outrossim, utiliza-se do método de procedimento histórico para investigar as instituições do passado, os acontecimentos e os processos que estão relacionados com a conciliação (a ser estudada especificamente no terceiro tópico). Objeti-

va-se, com isso, uma análise mais facilitada e abrangente da sua gênese, do seu desenvolvimento e de suas alterações ao longo do decorrer histórico. Tal método garante ainda um melhor entendimento do papel e da importância que a conciliação desempenha na sociedade (MARCONI; LAKATOS, 2017).

O tema tratado possui notável relevância, posto que os meios consensuais estão sendo cada vez mais regulamentados e incentivados por legislação nacional, em específico pelo CPC, e adotados pela população brasileira em face dos inúmeros benefícios que proporcionam às partes diante do conflito.

O presente trabalho está dividido da seguinte forma: a primeira parte abordará o Poder Judiciário, a jurisdição estatal e suas relações com o sistema da Justiça Multiportas, incluindo explicações sobre os Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Já a segunda parte tratará de um estudo específico da conciliação e suas especificidades teóricas e práticas, assim como sua evolução histórica. Por fim, será apresentado na terceira parte um estudo sobre a problemática central e os resultados encontrados sobre os impactos do Código de Processo Civil na conciliação frente ao Poder Judiciário Brasileiro.

2. O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, A JURISDIÇÃO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O conflito de interesses é característica marcante de uma vida em sociedade. Em razão dessa notoriedade é que vários filósofos como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau discutiram sobre as mais variadas teorias acerca do surgimento, da necessidade e da capacidade do Estado de proporcionar aos cidadãos uma existência em comum, reduzindo a litigiosidade e incentivando a cooperação, a tolerância e a pacificação social (REALE; ANTISERI, 2017).

Por conseguinte, o Estado se consolidou, no decorrer histórico, como o único capaz de exercer a legítima jurisdição e de manusear o direito para que ele se identifique à própria atuação estatal. Assim, uma das mais importantes correntes de pensamento filosófico no Direito é o Positivismo Jurídico, o qual é responsável por consolidar e fundamentar toda a estrutura que identifica o direito ao exercício estatal, bem como atribui somente ao formalismo jurídico o processo de validade do que é legal (GOYARD-FABRE, 2002).

Sob tal ótica, o ordenamento jurídico brasileiro, de forma sumária, determina que o poder estatal possui a capacidade jurisdicional para aplicar o Direito e solu-



cionar os embates existentes na sociedade. Compreende, também, a característica da imperatividade de impor as decisões e de buscar a pacificação, eliminando o conflito e buscando uma resolução justa (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020).

Em consonância ao exposto, a Constituição Federal de 1988 assume a posição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, de não excluir de seu juízo qualquer lesão ou ameaça a direito, bem como no inciso LXXIV, do mesmo artigo, afirma que cabe ao Estado fornecer assistência jurídica e gratuita aos hipossuficientes (BRASIL, 1988). Tais artigos expressam a inafastabilidade do Poder Judiciário diante da salvaguarda tutelar dos direitos e da realização de um julgamento justo, assim como da garantia integral do acesso à justiça.

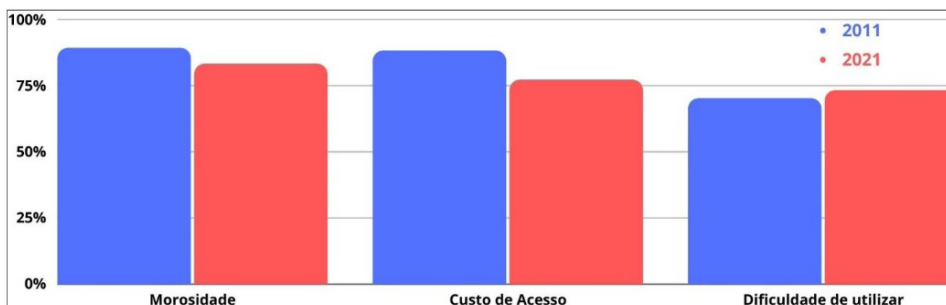
Os Governos modernos propagaram no senso comum o entendimento de que somente o processo judicial estatal é o adequado para a solução dos litígios. Tal fato se dá, principalmente, na confiança da sociedade no formalismo jurídico, garantidor de segurança, e nos princípios processuais consolidados. No entanto, com o decorrer histórico e a proposição de críticas e questionamentos realizados pela população e direcionados à hegemonia processual estatal, identifica-se o surgimento de alternativas a esse predomínio (SILVA, 2020).

Com o objetivo de discernir e captar a percepção dos brasileiros, no que tange à eficácia e a prestação de serviços, frente ao Poder Judiciário, foi criado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil) (RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2021).

O relatório referente ao ano de 2021 afirma que apenas 40% da população brasileira confia nas instituições do Poder Judiciário, o que representa um aumento importante em relação aos anos anteriores, principalmente se observados os últimos relatórios de 2017 e 2015, respectivamente apresentando os percentuais de 24 e 32% de confiança do povo brasileiro nesse Poder (RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2021). Isso demonstra que a credibilidade do Judiciário, perante os cidadãos, ainda é volátil e menor do que, por exemplo, a da imprensa escrita e das grandes empresas (RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2021).

Outrossim, a avaliação da Justiça estatal e da sua eficiência possui variadas críticas por parte dos brasileiros entrevistados. Há uma desaprovação generalizada, de mais de 60% nas questões refletidas pelos interrogados, acerca da capacidade e da eficácia da Justiça em realizar suas atribuições, como é demonstrado na alta insatisfação quanto à morosidade na solução dos conflitos, na dificuldade econômica de acesso à Justiça e na dificuldade de utilizar o judiciário (RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2021).

Gráfico 1 – Comparação entre as avaliações do Judiciário no 4º trim. de 2011 e no ano de 2021.



Fonte: Elaborado pelo autor com base nos dados da FGV (CUNHA; BUENO; OLIVEIRA; SAMPAIO; KLINK, 2011; RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2021).

Como se observa no Gráfico 1, dentro do prazo de 10 anos não houve mudança significativa na redução das queixas referentes à operabilidade do Poder Judiciário. Esse fato demonstra que a crítica negativa frente à Justiça estatal ficou estável durante uma década, o que comprova que o brasileiro está insatisfeito quanto a essa problemática há muitos anos e pode indicar que ele está mais aberto para buscar outros meios de resolução de conflitos.

Diante desse cenário relatado pelo ICJBrasil tem-se a difusão, cada vez maior, de um sistema alternativo ao juízo estatal. Chamado de Justiça ou Sistema Multiportas, possui a característica de ser uma possibilidade para a solução dos conflitos, de forma a ser mais adequado e possuir diversos métodos a serem aplicados em um caso concreto (TONIN, 2019).

A Justiça Multiportas visa integrar os princípios constitucionais sólidos, a formalidade do processo legal estatal e a segurança jurídica que esse possui a uma experiência mais adequada para as partes, incluindo a escolha do método de resolução do litígio; a maximização e a celeridade da duração do processo; a pacificação não somente da parte judicializada, mas de todo o conflito social; a diminuição exacerbada do formalismo e da burocratização; o incentivo maior a autonomia privada das partes e, em consequência, a redução da sobrecarga processual do Poder Judiciário (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020).

À vista disso, a Justiça Multiportas possui enraizada em seu escopo os Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs). Tais meios buscam o tratamento dos litígios por duas principais modalidades que são: a autocomposição, a qual é utilizada por vários MASCs, e a heterocomposição que é utilizada pela arbitragem (FERNANDES, 2021).



A autocomposição, especificamente a bilateral, retrata uma situação em que as próprias partes do processo, diante de uma contenda ou de sua iminência, buscam em acordo ou com o auxílio de um agente capacitado a resolução da problemática em suas dimensões sociais e jurídicas. Dessa forma, busca-se prevenir determinado embate ou evitar seu agravo e sua progressão, bem como se almeja construir um ambiente de pacificação e diálogo entre as partes, ainda que o conflito esteja em andamento na esfera estatal (MANCUSO, 2018).

Já a heterocomposição trata das mesmas situações de desavenças da modalidade autocompositiva, no entanto as partes procuram e escolhem um terceiro imparcial para que aplique uma decisão a ser respeitada (FERNANDES, 2021). É nítida, assim, a semelhança desse método com o juízo estatal, pois busca uma decisão, é requerida imparcialidade e possui aproximação com o formalismo legal, mas reforça-se que as partes designam o terceiro imparcial competente e o trâmite da resolução costuma ser mais ágil e menos burocrático.

Os principais MASCs autocompositivos são a negociação, a mediação e a conciliação. Essa última será abordada e aprofundada no próximo tópico. Dito isto, a negociação é o meio de solução de embates mais corriqueiro e cotidiano, pois é realizado diretamente pelas partes e se encontra, implicitamente, nos outros MASCs. Esse meio é identificado não somente por tratar o conflito, mas também por criar oportunidades por meio de suas técnicas que visam integrar benefícios para ambas as partes (FERNANDES, 2021).

Já a mediação é caracterizada pela escolha de um terceiro imparcial, o qual irá trabalhar com a retomada do diálogo e com a realização da intermediação com os interessados. Esses atos em suma visam tratar a desavença que, por consequência, trará a solução em forma de acordo. Outrossim, ressalta-se que na mediação as partes possuem vínculo anterior entre si, por isso o foco do terceiro imparcial em reestabelecer o diálogo (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020).

Tal meio consensual é reconhecido pelo Poder Judiciário, de forma residual, no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Inclusive esse orienta profissionais e órgãos da Justiça a estimularem a realização da mediação, como explicitado no artigo 3º, parágrafo terceiro (BRASIL, 2015a).

Há de se notar, igualmente, que o Código impulsiona a profissionalização e a capacitação dos mediadores e realiza o impulsionamento da criação dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs), os quais são responsáveis pela realização de audiências e sessões com a utilização da mediação e da



conciliação, que será tratada no próximo tópico, como previsto, por exemplo, nas demandas específicas de ações de família e posse coletiva de imóvel (SILVA, 2020).

O Poder Judiciário reconhece a mediação sobretudo com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (BRASIL, 2010) e com a Lei nº 13.140/2015, também conhecida como Lei de Mediação (BRASIL, 2015b). A primeira é anterior ao CPC/15 e estabelece políticas públicas que institucionalizam os MASCs, incluindo a criação dos CEJUSCs. Já a segunda dispõe sobre tais meios citados e trata de duas espécies de mediação: a que ocorre entre particulares e a que envolve a administração pública; permitiu ainda que ela fosse utilizada de forma integrada com a arbitragem e com o processo judicial, possibilitando maior combinação e adequação entre as MASCs (SILVA, 2020).

Dessa maneira, prossegue-se com o principal método utilizado na modalidade da heterocomposição - a arbitragem. Essa é definida pela atuação de um terceiro imparcial competente, a escolha das partes, que promoverá uma tomada de decisão para resolver o problema dos interessados. Outra notoriedade é que essa modalidade dos MASCs é de natureza privada e atua, principalmente, na resolução de litígios voltados para os direitos patrimoniais. A decisão será dada por sentença arbitral e respeitada assim como o procedimento jurisdicional (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Além do mais, esse meio é amplamente reconhecido pelo Estado, como expressa o artigo 3º, parágrafos segundo e terceiro, do CPC/15: “É permitida a arbitragem, na forma da lei” e “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a). O artigo 42, do mesmo Código, também afirma que as causas cíveis serão processadas e julgadas pelo juiz competente, salvo se as partes quiserem instituir o juízo arbitral (BRASIL, 2015a).

De modo semelhante, a institucionalização desse meio se dá, de forma específica, pela Lei nº 9.307/1996, a qual dispõe sobre a arbitragem (BRASIL, 1996). Essa Lei realiza a equiparação do árbitro ao juiz na posição jurisdicional - como consta no artigo 18 - e afirma, no artigo 31, que a sentença arbitral produz efeitos semelhantes e reconhecidos pelo Poder Judiciário, inclusive como título executivo quando se trata de condenação (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Nesse sentido, no próximo tópico será abordada a conciliação e suas especificidades, assim como serão apresentadas as Leis que dispõem sobre o reconhecimento da conciliação frente ao Poder Judiciário e, em específico, o CPC/15.



3. A CONCILIAÇÃO E O ESTUDO HISTÓRICO DA SUA IMPLEMENTAÇÃO

A conciliação faz parte dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) e representa um meio autocompositivo. Possui um terceiro facilitador na relação extrajudicial e judicial, o qual é fundamental para auxiliar as partes a chegarem a um acordo, principalmente em razão da maior celeridade e dos menores custos em comparação com o processo comum estatal (CAMPOS; MOREIRA; CABRAL, 2020).

Vale ressaltar que, ao ser diferente da mediação, os interessados não possuem vínculo anterior ao conflito, o que compreende esforços do conciliador para aplicar técnicas adequadas e humanizadas que proporcionem a efetiva autocomposição, evitando, por exemplo, condutas de intimidação e julgamentos (FERNANDES, 2021).

Destaca-se que o terceiro facilitador não possui a responsabilidade de aplicar o Direito, mas de proporcionar um ambiente facilitado de diálogo entre as partes. De tal forma que os próprios interessados cheguem a um acordo sobre a resolução do litígio, possibilitando a pacificação social não somente do problema tratado, mas de toda a relação social (CAMPOS; MOREIRA; CABRAL, 2020).

Dito isto, a conciliação possui respaldo histórico no Brasil desde a Constituição Imperial, em 1824. Nesse sentido, havia a obrigatoriedade de ter essa modalidade dos MASCs antes do andamento processual de qualquer ação, pois constava como requisito para propositura de ação no juízo estatal (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020).

Com o avanço histórico, a legislação supracitada foi alterada com a promulgação de códigos processuais estaduais. Então, por exemplo, o Código estadual do Espírito Santo, de 1914, aboliu o conceito de conciliação, mas o seu homólogo paulista incentivava esse meio para resolver os conflitos (CAMPOS; FRANCO, 2017). Até que, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe novamente a nível nacional esse método consensual, embora restrito a causas trabalhistas (CAMPOS; FRANCO, 2017).

Outrossim, o Código de Processo Civil de 1973 admitiu a existência desse tipo de MASCs nos procedimentos sumários e ordinários, com especificações próprias para essas duas espécies. A característica marcante é que a conciliação era utilizada nos processos, como parte do ato processual. (CAMPOS; FRANCO, 2017).

Além do mais, a Constituição Federal de 1988, expressa logo em seu preâmbulo que é “[...] comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]” (BRASIL, 1988). Assim, já se percebe que a Lei Maior expressa atenção aos MASCs.

Nessa perspectiva, essa atenção é ratificada pelo artigo 98, incisos primeiro e segundo, com a institucionalização dos juízes leigos e da justiça de paz, pois ambos têm atribuições conciliatórias (BRASIL, 1988). A diferença se dá em razão dos primeiros participarem dos Juizados Especiais e possuírem natureza jurisdicional, tal como precisarem ser competentes para a conciliação. Já a justiça de paz não tem jurisdição e a composição se dá por cidadãos eleitos por voto direto, universal e secreto (BRASIL, 1988).

Em 1995 é criada a Lei nº 9.099, que trata dos Juizados Especiais e Cíveis (BRASIL, 1995). Estes tinham sido previstos na Constituição Federal de 1988 (artigos 22, 24 e 98) e tiveram maior regulamentação em Lei própria. Assim, no que tange à conciliação, essa Lei garante a obrigatoriedade desse meio consensual no início do processo. Este, como consta do artigo 2º, será guiado por princípios da “[...] oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade [...]” (BRASIL, 1995).

Do mesmo modo, em 2009, foi assinado pelos três Poderes da República o II Pacto Republicano. Dentre os objetivos desse documento está o fortalecimento da conciliação e o estímulo a solução de embates por vias autocompositivas, o que configura um avanço na responsabilidade não somente do Poder Judiciário, de forma unilateral, mas também dos outros Poderes, o que demanda cooperação e integração (CABRAL, 2017).

A partir disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2010 realizou um dos maiores avanços na área dos MASCs, desde a Constituição de 1988, com a implementação da Resolução nº 125/10 (BRASIL, 2010). Esta apresentou a conciliação como um “instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, capaz de reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses” (CAMPOS; FRANCO, 2017, p. 274).

Dessa maneira, essa Resolução também criou os CEJUSCs, já mencionados no tópico anterior, que têm a função de realizarem sessões de conciliação e mediação nos Tribunais (BRASIL, 2010). Podem realizar sessões antes da distribuição dos processos para as varas ou até mesmo depois da distribuição, auxiliando, assim, os juízes, juizados ou varas com a cooperação dos meios autocompositivos (CABRAL, 2017).

Além disso, estabelece medidas como criação de selos de qualidade para avaliar empresas que utilizam os meios de autocomposição diante dos conflitos; cria o sistema digital que utiliza os MASCs em fase pré-processual e destaca os magistrados que mais utilizam esses meios, com fins de serem promovidos (CAMPOS; FRANCO, 2017).



O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, Lei nº 13.105/15, foi um verdadeiro marco para os MASCs, pois modificou antigas estruturas processuais que privilegiavam o Estado-Juiz em detrimento desses meios. Assim, possibilitou maior incentivo para a utilização de alternativas adequadas ao juízo estatal, inclusive com combinações possíveis entre os meios consensuais e o processo estatal (BRASIL, 2015a).

Por conseguinte, o Código expressa que os conciliadores são auxiliares da Justiça, assim como peritos, escrivães, entre outros, como exposto no artigo 149 (BRASIL, 2015a). Esse reconhecimento é importante para regulamentar e dar credibilidade a essa profissão e a esse método de resolução de conflitos.

Ainda, no artigo 165 é ratificado o incentivo a criação dos CEJUSCs e, no parágrafo segundo, são ditas as atribuições do conciliador, que “[...] atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada [...] qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (BRASIL, 2015a).

Em seu artigo 166, o CPC/15 apresenta os princípios norteadores que os conciliadores e os mediadores devem possuir no exercício da profissão. No *caput* do artigo estão listados tais princípios “[...] da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada” (BRASIL, 2015a).

De acordo com Amanda Fernandes (2021) se a conciliação for em ambiente privado ou estiver ligada a um regulamento de instituição de mesma natureza, será chamada de extrajudicial. Conta-se que é realizada em função de cláusulas contratuais ou por iniciativa dos interessados. Do contrário, se a conciliação estiver de alguma forma ligada aos CEJUSCs ou ao algum tribunal estatal, esta será designada de conciliação processual.

Cabe ainda ressaltar que a conciliação se divide em duas espécies: pré-processual e endoprocessual. A primeira refere-se quando o meio consensual é utilizado antes do processo ser formalmente iniciado, anterior à apresentação da petição inicial, com o intuito de resolver o litígio por via autocompositiva (FERNANDES, 2021). Já a segunda é realizada após o início do andamento processual, ainda que tenha sido realizada extrajudicialmente e depois as partes tenham levado para homologação judicial (FERNANDES, 2021).

Sob tal ótica, o CPC/15 reforça, no artigo 515, incisos segundo e terceiro, que as decisões homologatórias de autocomposição judicial e extrajudicial, de qualquer natureza, são títulos executivos judiciais. Estes reconhecem e dão credibili-

dade ao meio consensual, principalmente no que tange à exigibilidade das obrigações contratuais (BRASIL, 2015a).

Dito isto, o Código apresenta uma nova e importante regra que impulsiona os meios consensuais para os procedimentos processuais. O artigo 334 expõe uma perspectiva em que a conciliação e a mediação são partes do processo e devem, com as devidas exceções, ser realizadas antes da contestação do réu (CABRAL, 2017). Tais exceções estão explicitadas nos incisos do parágrafo quarto, as quais remetem a autonomia privada das partes - em caso de desinteresse mútuo - ou quando não se admitir a autocomposição (BRASIL, 2015a).

Trícia Cabral (2017) observa que essa regra é de suma importância, visto que não parte da voluntariedade do magistrado realizar as audiências de tais meios consensuais, mas se trata de uma exigência, ainda que o acordo seja improvável. É indicado também que se uma das partes quiser a audiência de conciliação e a outra recusar e não comparecer, a que recusou terá que pagar multa em razão de ato atentatório à dignidade da Justiça.

Além do mais, o CPC/15 traz no artigo 167 a informação de que as câmaras privadas que utilizem a conciliação e os conciliadores devem ser inscritos em cadastro nacional e de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal (BRASIL, 2015a).

Tem por objetivo, assim, certificar a capacitação profissional do conciliador para que trabalhe de forma adequada. No mesmo artigo, parágrafo quinto, expressa-se que advogados que forem cadastrados como conciliadores não poderão atuar nos juízos em que trabalham, posto que essa formalidade garante a segurança jurídica e a imparcialidade (BRASIL, 2015a).

Por fim, é demonstrado no artigo 168 do mesmo Código que as partes podem realizar a escolha, em comum acordo, do conciliador e da câmara privada (BRASIL, 2015a). Afirma, inclusive, que o conciliador poderá não estar incluído no cadastro nacional (inciso primeiro); e que nos casos em que não houver acordo, deve o conciliador ser um escolhido por distribuição dentre os certificados pelo cadastro nacional (inciso segundo); e sempre que for recomendável, haverá mais de um conciliador (inciso terceiro) (BRASIL, 2015a).

Logo, compreende-se que o Código de Processo Civil de 2015 traz grandes contributos aos MASCs, principalmente em relação à conciliação. Dessa forma, no próximo tópico serão analisados dados referentes à conciliação processual após o CPC/15.



4. ANÁLISE DOS DADOS DA CONCILIAÇÃO FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO APÓS O CPC/15

O CNJ produz todos os anos um relatório denominado Justiça em Números, o qual possui por escopo ser uma “[...] uma publicação que tem o mérito de reunir dados orçamentários, quantitativos de pessoal e diagnóstico do desempenho da atividade judicial brasileira, abrangendo os 90 órgãos do Poder Judiciário” [...] (BRASIL, 2021). Dessa forma, esse documento oficial permite uma análise apurada acerca da efetividade, por exemplo, da implementação da conciliação processual ao longo dos anos.

Com esse intuito, o Justiça em Números fornece uma seção no relatório que aborda o Índice de Conciliação. Este é baseado em percentuais de sentenças homologatórias de acordo em relação aos números totais das sentenças proferidas (BRASIL, 2021).

Assim, é indubitável que o CPC/15 regulamenta e impulsiona a conciliação processual por meio de várias medidas e normas, como a obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação no processo; a capacitação e o cadastro profissional dos profissionais que trabalham com esses MASCs; o reconhecimento das decisões homologatórias desses meios como títulos executivos judiciais; a ratificação e o incentivo para a criação dos CEJUSCs, entre outros (BRASIL, 2015a).

No entanto, cabe análise apurada dos dados do Justiça em Números para saber em que medida o CPC/15 não somente fomentou, mas também impulsionou o número de conciliações processuais. Para tanto, destaca-se que o Código entrou em vigor em 16 de março de 2016 (BRASIL, 2017) e que os dados do Justiça em Números são baseados no ano anterior, como por exemplo o Relatório de 2021 é baseado nos dados de 2020. Ressalta-se, também, que até o momento da produção desta pesquisa não há o Relatório referente ao ano de 2021, ou seja, o Justiça em Números 2022.

Para realizar esta análise, buscou-se - de forma sumária - analisar os dados provenientes dos relatórios anuais do “Justiça em Números” produzidos pelo CNJ, compreendendo as edições de 2017 a 2021, respectivamente com os anos base de 2016 a 2020. Dessa maneira, coletou-se informações referentes à instalação dos CEJUSCs no Poder Judiciário Brasileiro durante o período relatado acima.

Também, foram coletados dados acerca dos índices de conciliação por segmentos da Justiça estatal nestes mesmos anos. Buscou-se nos relatórios as palavras “CEJUSC” e “índice de conciliação”, consta-se ainda que foram excluídos

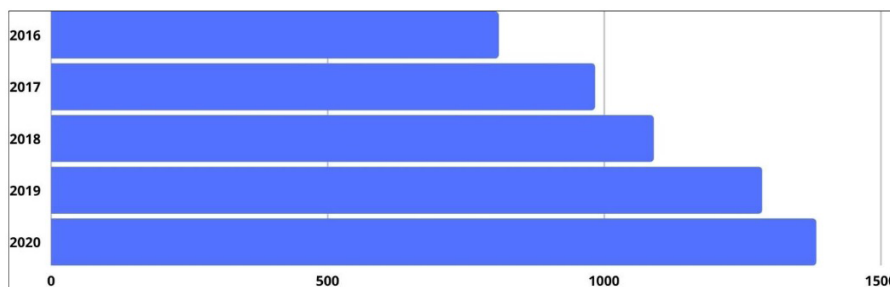


da pesquisa todos os dados e as informações não essenciais para a resolução da problemática central deste artigo.

À vista do exposto, com a utilização do método de procedimento estatístico foi possível a realização de uma descrição racional e analítica dos dados buscados, permitindo observações comparativas e a abstração geral da natureza e da ocorrência destas apurações empíricas, as quais tratam da conciliação de forma direta e indireta, no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Sendo assim, primeiramente, torna-se válida a observação quanto ao número de CEJUSCs instalados na Justiça Estadual. O gráfico a seguir apresenta o crescimento desses centros na Justiça estatal ao longo do período de 5 anos, desde a entrada em vigor do CPC/15.

Gráfico 2 - Dados referentes à instalação dos CEJUSCs no Poder Judiciário.



Fonte: Elaborado pelo autor com base nos dados do CNJ (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018; BRASIL, 2019; BRASIL, 2020; BRASIL, 2021).

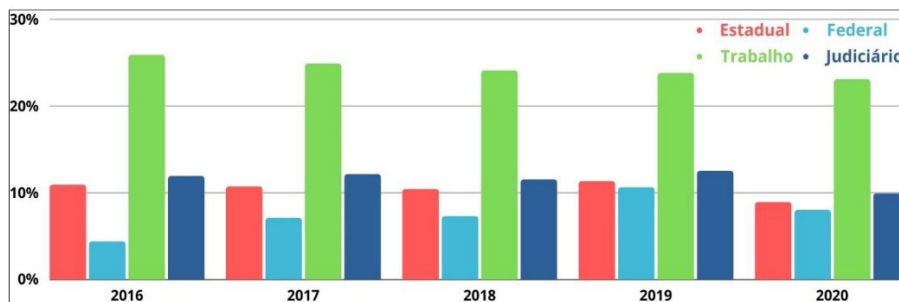
De acordo com o Gráfico 2, contabilizou-se que em 2016 existiam 808 destes instalados no Poder Judiciário (BRASIL, 2018) e ao final de 2020 este número tinha se elevado para 1.382 (BRASIL, 2021). Dessa forma, durante cinco anos foram criados 574 CEJUSCs, sendo que 2019 foi o ano em que mais impulsionou esse crescimento, com 196 novos centros (BRASIL, 2020). Contudo, há a ressalva de que o crescimento entre os anos não foi linear, pois em 2018 foram criados 106 centros (BRASIL, 2019) e em 2017 foram 174 (BRASIL, 2018).

Por conseguinte, mostra-se de suma importância a análise do índice de conciliação no âmbito jurisdicional estadual, federal e trabalhista, bem como o resultado total do ano do Poder Judiciário. Esses dados fornecem a informação precisa da evolução desse meio consensual e ajudam a compreender melhor o impacto real e



prático após a Lei nº 13.105/15. Dessa maneira, o gráfico a seguir apresenta essa modalidade dos MASCs durante o período de 2016 a 2020.

Gráfico 3 – Evolução dos índices de conciliação por Tribunais do Poder Judiciário



Fonte: Elaborado pelo autor com base nos dados do CNJ (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018; BRASIL, 2019; BRASIL, 2020; BRASIL, 2021).

O Gráfico 3 expressa que a conciliação na jurisdição estadual se manteve praticamente estável, com pequena queda durante os anos de 2016, 2017 e 2018. Existe a exceção, no entanto, do ano de 2020, no qual todos os tribunais analisados tiveram quedas maiores, em razão do início da pandemia da COVID-19 e do posterior isolamento social (BRASIL, 2021). Assim, excetuando tal ano, o menor índice foi de 10,4% em 2018 (BRASIL, 2019) e o maior de 11,3% em 2019 (BRASIL, 2020).

Já no âmbito federal houve uma progressão considerável, embora seja o que possui menores percentuais em relação ao conjunto dos outros tribunais. O menor valor compreendeu o ano de 2016, com 4,4% (BRASIL, 2017), e o maior chegou a atingir 10,6% (BRASIL, 2020) em 2019. Ainda é registrada uma pequena queda, no ano de 2018, comparada ao ano de 2017 (BRASIL, 2021). Outro fato considerável é que o valor de 2020, de 8%, é maior do que os dos anos de 2016, 2017 e 2018 (BRASIL, 2021).

No que diz respeito à Justiça do Trabalho, afirma-se que é a que possui os maiores percentuais de conciliação processual. No entanto, observa-se que está em queda sucessiva desde o ano de 2016. Também, à exceção de 2020, o menor número registrado foi em 2019 com índice de 23,7% (BRASIL, 2020).

Por fim, o índice que compreende o Poder Judiciário possui os percentuais mais importantes a serem observados, pois representa a visão macro acerca da conciliação processual. Nesse sentido, houve percentuais oscilantes durante os

anos e, dentre 2016 a 2019, teve seu maior índice em 2019, com 12,5% (BRASIL, 2020), e o menor índice em 2018 com 11,5% (BRASIL, 2019).

Ademais, quando é abordado o índice de conciliação em função do grau de jurisdição do Poder Judiciário, tem-se que no 1º grau os valores percentuais aumentaram ao longo dos anos, com exceção de 2020 (BRASIL, 2021) e de uma queda no valor do ano de 2018 (BRASIL, 2019). O maior valor registrado se deu no ano de 2019, com percentual de 14,3% (BRASIL, 2020) e o menor em 2018 com 13,2% (BRASIL, 2019).

Percentualmente, no que tange ao 2º grau, os números aumentaram sucessivamente, mesmo que de forma ínfima comparados aos percentuais do 1º grau. O menor índice foi 0,4% (BRASIL, 2017), referente ao de 2016, e o maior foi 1,3% em 2019 (BRASIL, 2020).

Além disso, o Justiça em Números 2021 traz um gráfico da série histórica do índice de conciliação. Este permite observar que o total de sentenças voltadas para a conciliação teve seu maior percentual, observados os dados de 2016 a 2019, em 2016 com 13,6% (BRASIL, 2021) e o menor em 2019 com 12,5% (BRASIL, 2021). Analisa-se, então, que há uma queda sucessiva no total de sentenças totais voltadas para esse meio consensual.

Destarte, chegam-se às conclusões de que o Código de Processo Civil de 2015, no que se refere aos CEJUSCs, impactou no aumento gradual desses centros dentre os anos de 2016 a 2020. Já no que tange aos percentuais referentes à utilização da conciliação pelos tribunais brasileiros, observa-se que houve aumento percentual dos valores de 2016 a 2019 na Justiça Estadual, excetuando-se 2020 pela questão da pandemia. No âmbito federal, nestes mesmos anos, houve crescimento importante e progressivo, contudo na Justiça do Trabalho houve queda expressiva do índice de conciliação no decorrer dos anos (BRASIL, 2017; BRASIL, 2018; BRASIL, 2019; BRASIL, 2020; BRASIL, 2021).

Em todo o Poder Judiciário Brasileiro pode-se afirmar que não há uma linearidade progressiva¹ dos números referentes à conciliação, principalmente se observado que tais percentuais numéricos compreendem uma estabilidade entre 11 a 12% nos anos de 2016 a 2019. Tem-se, também, a observação de um pequeno crescimento percentual se comparados os anos de 2016 e 2019, respectivamente

¹ Compreende-se a utilização da frase “linearidade progressiva” neste artigo não como um termo específico ao campo do estudo estatístico. Objetivou-se abstrair dessas palavras o significado de um crescimento contínuo e positivo do objeto analisado. O dicionário Michaelis define um dos significados da palavra linearidade como a “Qualidade do que é linear” (MICHAELIS, 2022) e o adjetivo progressivo como “Que representa uma evolução” (MICHAELIS, 2022).



11,9% (BRASIL, 2017) e 12,5% (BRASIL, 2020). Sendo assim, não se pode afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 impactou, de forma considerável, no crescimento da conciliação processual, visto que há uma linearidade entre os anos e não há progressão contínua, bem como há uma queda sucessiva nos números referentes a série histórica de sentenças conciliatórias totais (BRASIL, 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro consolidou-se no decorrer histórico como o único com a capacidade e a legitimidade para exercer a jurisdição e aplicar o Direito. No entanto, vários problemas foram surgindo frente a essa centralização, como o sobrecarregamento de processos em andamento na Justiça e a consequente morosidade processual; o alto grau de litigiosidade e o foco no tratamento apenas do conflito, assim como o aumento da insatisfação popular em questões referentes à dificuldade de utilização do Poder Judiciário e do acesso à Justiça.

Diante dessa perspectiva, a própria máquina estatal permite e incentiva a utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs). Estes possuem a característica de terem as suas decisões devidamente reconhecidas e respeitadas pelo Estado-Juiz. É notável ainda que os MASCs tendem a contornar e a suprir os problemas enfrentados pela centralização do processo estatal.

Nesse sentido, são caracterizados por possuírem maior adequação a realidade concreta de cada caso; pelas possibilidades de tentativas e combinações entre os meios consensuais; pela celeridade e economia processual; pelo tratamento não somente do conflito, mas da pacificação social como um todo; pela diminuição do formalismo e da burocratização e pelo incentivo maior da autonomia privada das partes.

Assim sendo, os MASCs dividem-se em duas principais modalidades que são a heterocomposição e a autocomposição, respectivamente responsáveis pela delimitação da natureza jurídica geral da arbitragem e dos meios consensuais da negociação, da mediação e da conciliação. Este artigo concentrou-se no estudo do método conciliatório processual e na apresentação de suas especificidades teóricas e práticas, bem como tratou da sua evolução histórica legal e da sua relação com a Lei nº 13.105/15, o Código de Processo Civil de 2015.

Por conseguinte, sabe-se que o Código foi responsável pela implementação de inúmeras normas voltadas para a conciliação e pela ratificação de regras já



criadas em outras normas, propiciando assim um ambiente de incentivo a esse meio consensual. Dessa forma, analisou-se em que proporção o CPC/15 afetou de forma positiva e considerável a conciliação diante do Poder Judiciário. Com esse intuito foram analisados dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do relatório denominado Justiça em Números, referentes a aplicação desse método consensual entre os anos de 2016 e 2020.

Por meio da análise destes dados, constatou-se que o CPC/15 não impactou benéfica e notavelmente na conciliação processual. Isso porque o Poder Judiciário Brasileiro não teve uma linearidade progressiva e expressiva nos percentuais dos índices de conciliação entre os anos citados. De fato, se considerados os números totais de conciliação nos anos de 2016 e 2019, uma vez que o ano de 2020 foi seriamente impactado em razão da pandemia, o que diminuiu as conciliações realizadas, houve um tímido aumento de 1,4% no índice de conciliação.

Ainda que tenha mostrado, de forma individualizada, o crescimento dessa modalidade dos MASCs na Justiça Estadual e Federal, a pequena tendência de aumento nos índices anuais totais de conciliação no Poder Judiciário demonstra que após a Lei nº 13.105/15 não houve um representativo crescimento da conciliação no Brasil.

Há de se ressaltar, porém, que os números referentes a criação dos CEJUSCs aumentaram progressivamente entre os anos de 2016 a 2020. Entretanto, a visão macro do impacto do CPC/15 na conciliação se sobrepõe frente a esse aumento na questão da infraestrutura. Isto é posto em razão do fato, também, de que o número da série histórica de sentenças conciliatórias diminuiu consideravelmente entre os anos supracitados, ratificando, assim, a possibilidade de se afirmar que a aplicação da conciliação processual, de fato, não foi impactada significativamente e positivamente pela Lei nº 13.105/15, ou seja, pelo Código de Processo Civil Brasileiro em vigor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 13 jan.



2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jan. 2022.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015b*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONEMAC*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 368 - 383. 2017.



Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistas/fonamec/volumes/volumel/revistafonamecvolume1_sumario.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João V. Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira (RDB)*, São Paulo/SP, v.18, n.7, p. 263 – 281. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3292>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CAMPOS, Adriana Pereira; MOREIRA, Tainá da Silva; CABRAL, Trícia N. Xavier. A atuação do juiz nas audiências de conciliação na hipótese de ausência de auxiliar da justiça. *Revista Argumentum – Argumentum journal of law*, Marília/SP, V.21, N.1, Jan - Abri. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1266>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CUNHA, Luciana G. Cunha; BUENO, Rodrigo D. L. Silveira; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson de Oliveira; KLINK, Yuri Campos. *Relatório ICJBrasil, 4º Trimestre 2011*. São Paulo: FGV Direito SP, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy; LOPES, Bruno V. Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERNANDES, Amanda Federico Lopes. *Justiça consensual*. São Paulo: Almedina, 2021.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do Direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LINEARIDADE. In: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. *Michaelis*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/linearidade/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PROGRESSIVO. In: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. *Michaelis*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/progressivo/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. *Relatório ICJBrasil, 2021*. São Paulo: FGV Direito



SP, 2021.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Filosofia: Idade Moderna*. vol 2. São Paulo: Paulus, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In.: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco A. G. Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*. São Paulo: Almedina, 2019.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM UMA REALIDADE CONECTADA

(“LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS”
IN A CONNECTED REALITY)

Ana Clara Alves Rocha*

Andressa Alves Menezes**

Andressa Lobato Guimarães***

Arthur Miguel Alves do Santos****

Letícia Medeiros Vieira Sorrequia*****

Resumo: O presente artigo visa traçar a trajetória jurídica da proteção de dados no Brasil, especialmente no campo das redes sociais, a partir de uma análise do desenvolvimento das mídias digitais, que se encontram cada vez mais enraizadas na realidade contemporânea. Assim, se discute a efetividade das normas de proteção de dados, mais especificamente a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e seu impacto na democracia representativa e no capitalismo de vigilância, levando em conta também sua atuação no caso dos novos crimes digitais.

Palavras-Chave: Proteção de Dados. Democracia. Mídias digitais. Crimes digitais. Inteligência Artificial.

* Graduada da 1ª fase do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba.

Currículo lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=430E028D0A5C7EBB643EE-C0BBFCFAC69D#; E-mail: anaclaraar16@gmail.com

** Graduada da 4ª fase do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=E74B-D6203159B80381243826E32ADE9A#; email: Menezes.ams20@gmail.com

*** Graduada da 2ª fase do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0158443583910315>; email: dessalogui2002@gmail.com

**** Graduando da 2ª fase do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4863821803772852>; email: arthurmiguel.historia@gmail.com

***** Graduada da 5ª fase do curso de Direito da Universidade de Brasília.

Currículo lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=FE7F77E4DC37202E6F4C-94F91DC4A5FF#; email: Isorrequia@gmail.com

Projeto de Extensão, Simulações Jurídicas e Pesquisa.

Coordenadoras: Julyane Lopes Moreira e Letícia Conceição Guimarães da Silva



Abstract: This paper intends on tracing the legal path of data protection in Brazil, specially on the field of social media, coming from an analysis of the development of digital media, which has been even more rooted in today's world. Therefore, it questions the data protection norms' efficiency, more specifically the "Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais" (LGPD) and its impact on representative democracy and surveillance capitalism, also taking into account its part on facing the new digital crimes.

Keywords: Data protection. Democracy. Digital Media. Digital Crimes. Artificial Intelligence.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico no contexto contemporâneo possibilitou um avanço no fluxo de dados. Entre esses progressos, a análise de informações por *big data*¹ e os estudos na formação de inteligências artificiais capazes de prever e influenciar o comportamento do usuário a partir de suas interações no ambiente virtual proporcionaram a renúncia da vida pessoal às tecnologias. Neste prisma, os usuários, embora tenham a percepção da exploração de suas informações por bancos de dados, não tem controle do que é feito posteriormente com as informações coletadas.

Considerando que os indivíduos fazem uso das redes sociais para se expressar virtualmente, compartilhando seus interesses e crenças sem discriminação, e como esse espaço virtual se porta como uma extensão de sua individualidade, torna-se necessário adotar medidas com o fito de garantir os direitos fundamentais de personalidade, garantidores da autonomia, liberdade e da privacidade dos indivíduos. Tendo em vista o limbo jurídico do tratamento de dados e de seus limites éticos, é fulcral adequar o meio virtual às cláusulas pétreas da Constituição por meio da tutela legal dos dados pessoais.

Nesse sentido, cabe tratar sobre consentimento e acesso às informações na realidade do capitalismo de vigilância, em que o cidadão deixa de ser apenas o consumidor e passa a ser também um produto, posto que seus dados são uma moeda de troca, especialmente no contexto de propagandas e de *marketing* virtual. Além de produtos, o lucro é proveniente da comercialização de estilos de vida e ideologias, elemento que transforma a *internet* em um mecanismo de manipulação que transcende a esfera econômica, influenciando o processo político e representando uma ameaça à democracia representativa no globo.

¹ "Big Data é "[...] a capacidade de uma sociedade de obter informações de maneiras novas a fim de gerar ideias úteis e bens e serviços de valor significativo." (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013, p.2).



Um novo elemento no contexto global que acirra o debate sobre o tratamento de dados é a pandemia da covid-19. A ampliação do uso de tecnologias para comunicação, a falta de conhecimento de muitos usuários em relação à segurança ou não das plataformas e da necessidade de uso de dados no combate à pandemia expõe a fragilidade procedimental da sociedade na defesa dos direitos fundamentais no ambiente virtual. Nesse sentido, a expansão do uso de informações no *marketing* em contexto pandêmico e da influência nos comportamentos dos internautas podem ter resultados negativos em temas fulcrais, como a solução da crise sanitária ou a segurança da saúde mental.

Portanto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) busca solucionar a questão referente à responsabilidade dos agentes e proteger os direitos fundamentais de personalidade diante de uma nova dimensão de criminalidade. Consoante a uma série de escândalos relacionados ao tratamento inadequado de dados que ameaçam a autonomia e a privacidade dos indivíduos, a lei visa regular e minimizar seus efeitos, removendo o Brasil gradualmente do limbo jurídico que é a internet.

2. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

2.1. ANTECEDENTES

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, promulgada no Brasil em 2018, é o resultado de diversas discussões iniciadas no século XX em diversos países a partir da ampliação do processamento de dados no meio eletrônico. Dessa maneira, o presente tópico se destina a compreender o histórico do debate e das leis que influenciaram a formação da LGPD.

De acordo com Laura Schertel Mendes (2019), as primeiras normas referentes à proteção de dados pessoais foram desenvolvidas especialmente na Europa durante a década de 70 “como reação ao processamento eletrônico de dados nas Administrações Públicas e nas Empresas Privadas, bem como às ideias de centralização dos bancos de dados em gigantes bancos de dados nacionais” (MENDES, 2019, p. 37). Nesse sentido, essas legislações inovaram ao tipificar as medidas para o controle procedimental da coleta e tratamento de dados pelo Estado, fator de influência para a elaboração da LGPD, no Brasil.

Além dessa geração, Laura Mendes (2019) aponta para outras quatro etapas de desenvolvimento das leis de proteção de dados. A primeira, como mencionada,



ocorreu na década de 70 com o princípio da legislação do ciberespaço. A segunda geração tratou da preservação da privacidade a partir dos direitos previstos na Constituição. A terceira defendeu o “direito à autodeterminação informativa” (MENDES, 2019, p. 40). A quarta visava promover a autonomia do indivíduo diante de seus dados pessoais. E a quinta – e atual – geração tem como objetivo responsabilizar os agentes que detêm os dados no meio virtual.

A LGPD está inserida no contexto geracional contemporâneo, o que indica um atraso do Direito brasileiro em relação às interações na *internet*. Essa característica é evidenciada pela sua falta de dispositivos e ausência de pistas interpretativas até meados dos anos 2000 (MENDES; BIONI, 2019, p. 165) que culminou com a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) – importante legislação no estabelecimento de direitos e deveres para o uso da *internet* no país. Apesar do debate acerca dessa lei ter se iniciado em 2010 conforme a proposta do Ministério da Justiça, apenas em 2020 ela entrou em vigor, tendo ainda alguns de seus efeitos, especialmente os que concernem o campo da saúde, adaptados por pressão do contexto pandêmico do COVID-19 (DAMO, 2020).

Devido a esse atraso em adaptar a jurisprudência ao panorama virtual, por muito tempo, a ação constitucional de *habeas data*, apesar de ser um importante remédio constitucional, que caracteriza o garantismo da Constituição de 1988, trazendo como fator inovador o direito à defesa da personalidade, é incapaz de lidar com os desafios do intenso fluxo de informações diante de uma realidade que se tornava cada vez mais dependente da inteligência artificial e do tratamento de dados pessoais. Com a criação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) por parte da União Europeia (UE), fruto de uma longa jornada na área de segurança de dados, o legislativo brasileiro, que desenvolvia essa temática paulatinamente, percebeu a oportunidade de utilizar esse regulamento como um molde para um conjunto normativo próprio. Consoante ao apresentado no Tratado de Proteção de Dados Pessoais:

No que toca ao Brasil, é imperioso citar, ainda nessa quadra, a relevância do RGPD para a elaboração da LGPD, que incorporou uma série de institutos, princípios e regras da normativa europeia. Além disso, muito embora o Brasil sequer esteja vinculado ao direito europeu em geral, nem no concernente aos direitos humanos e fundamentais, para efeitos da transferência de dados o Brasil deve atender aos parâmetros do regulamento europeu, o que por si só, dado o impacto sobre as relações comerciais entre os países europeus e o nosso, implica certa (no que importa ao ponto) simetria entre os marcos regulatórios. (BIONI; MENDES et al, 2020, p. 64)



Destarte, a LGPD demonstra o compromisso do Brasil em integrar-se nos debates do novo mundo globalizado e em inserir-se na nova realidade ESG (*environmental, social and corporate governance*) do capitalismo, em que as empresas e o governo buscam trabalhar juntos para demonstrar preocupação com a comunidade e o meio ambiente, diante da cobrança dos seus consumidores, que se tornam cada vez mais conscientes. Assim, a temática da proteção de dados se torna cada vez mais querida não só pelas instituições do Estado, que tem como dever garanti-la, mas também pelas empresas, que lucram ao apresentarem uma imagem interessada no bem-estar do seu comprador, fazendo da LGPD uma demanda do mercado e dos cidadãos.

2.2. NOVAS GARANTIAS E DIREITOS

A LGPD (Lei nº 13.709/2018) é um reconhecimento da dimensão digital dos direitos fundamentais (SARLET, 2021), e afeta todas as pessoas naturais que estão sob o véu da Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, em que se reza “são titulares de direitos fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no país”, embora a lei também abranja pessoas jurídicas, o que posteriormente será explanado.

Antes de ser discorrido sobre as novas garantias e direitos, faz-se necessário destacar um ponto sobre a delimitação da aplicabilidade da Lei nº 13.709/2018 (art. 4º); o tratamento de dados deve seguir propósitos certos e funcionais, contudo, em situações em que há necessidade de liberdade de informação e expressão, a soberania, a segurança e a defesa do Estado, a LGPD não se aplica.

2.2.1. A proteção de dados da pessoa natural como direito fundamental

Para que um dado² seja considerado pessoal, e por consequência abarcado pela Lei nº 13.709/2018, ele deve se referir a uma pessoa natural, identificada ou identificável, ou seja, dados anonimizados são excluídos da incidência do diploma normativo. Dentro da relação trilateral (entre o titular, o objeto e o destinatário), os titulares são somente as pessoas naturais, mas isso por si só não traz uma conexão entre direitos fundamentais e a proteção de dados, o que calha a aumentar

² Importante salientar que na leitura do inciso I do artigo 5º da LGPD, dado pessoal equivale ao mesmo que informação relacionada à pessoa natural, embora no campo da tecnologia e segurança da informação se conceituem termos distintos.



a clareza dessa relação é a leitura do art. 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais quando correlacionado ao art. 5º já citado, CF/88, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa jurídica de direito público ou privado, **com o objetivo de proteger direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.** (Grifo nosso)

O sinal mais claro da relação desta conexão do dispositivo com a Carta Magna, de acordo com Ingo Sarlet (2021), se trata provavelmente do termo “livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, afinal, de acordo com o mesmo, com “uma leitura harmônica e sistemática do texto constitucional, a CF consagrou um direito fundamental implicitamente positivado à proteção de dados pessoais” (SARLET, 2021, p. 77). Ora, se o direito já existia, que novas garantias se têm com a positivação deste? No *Tratado de Proteção de Dados Pessoais* (BIONI, 2021), essa positivação estaria dando a marca de direito autônomo, com um domínio próprio de proteção. Nesse sentido, todo e qualquer controlador que realiza o tratamento de dados deve fixar bases claras em seus contratos de permissão de uso dessas informações, para a garantia do direito fundamental à proteção de dados (BOTELHO, 2020).

Essa noção da proteção de dados como um direito tutelado constitucionalmente foi reforçada jurisprudencialmente, para além da doutrina e da legislação, pelo julgado do Supremo Tribunal Federal, do dia 24 de abril de 2020, quando a Ministra Relatora, Rosa Weber, suspendeu de maneira liminar a Medida Provisória n. 954/2020, que obrigaria empresas telefônicas a compartilhar com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) dados que efetiva ou potencialmente levariam a identificação de pessoa natural. Sua linha de raciocínio se desdobra a partir do entendimento que, com âmbito próprio do direito à proteção de dados, auxilia-se a observação de toda a extensão dos direitos garantidos no art. 5 da Carta Magna. Desse modo, a decisão constituiu base fulcral para o reconhecimento da proteção de dados como garantia fundamental e proposição de ampliação de normas sobre o tema, como a Emenda Constitucional nº 115/2022, na qual se acrescentaram novos incisos para legitimação das ações protetivas de dados e delimitação de competências nessa área.

2.2.2. A justificativa da proteção de dados da pessoa jurídica

A LGPD incide até mesmo nas pessoas jurídicas e em entes sem personalidade jurídica, mas por razões que se diferem de outros ordenamentos, à exemplo do Ale-

mão, que, por força de orientação fixada pelo Tribunal Constitucional Federal, assegura a proteção de dados igualmente às pessoas jurídicas quanto às naturais. No Brasil, a proteção ocorre, pois as informações armazenadas desses entes jurídicos podem afetar direitos e interesses de terceiros, ou seja, de pessoas naturais (SARLET, 2021).

Assim, o remédio constitucional do *habeas data* é efetivamente materializado na Lei Geral de Proteção de Dados, fazendo dessa norma infraconstitucional uma garantia irrenunciável da população brasileira diante das novas dificuldades jurídicas do mundo conectado. A proteção da pessoa jurídica se dá como extensão desse direito ao mercado e à burocracia estatal, reafirmando o compromisso com a proteção da personalidade dentro de todos os âmbitos em que o tratamento de dados é relevante ao sujeito.

2.3 IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA NO TRATAMENTO DE DADOS

Em um contexto onde a produção de dados se dá de maneira elevada, até mesmo superando a economia mundial, o fenômeno do *Big data* destaca-se pelo ultra processamento de dados, pela quantidade e variedade de informações armazenadas em bancos de dados por todo o globo. Em contrapartida, a consciência dos indivíduos quanto ao recolhimento e uso de seus dados não acompanha essa enorme produção informacional, não sendo possível ao usuário ter o controle de todas as informações concedidas e o valor agregado a tal recolhimento, assim “[...] os dados se tornaram matéria-prima dos negócios, um recurso econômico vital, usado para criar uma nova forma de valor econômico” (MAYER-SCHÖN- BERGER; CUKIER, 2013, p. 4).

Logo se infere que contemporaneamente a economia é movida a dados, onde os chamados Mercados de Atenção tentam atrair o máximo do nosso tempo dentro do aplicativo, para que assim possam coletar mais dados pessoais e mais recursos que posteriormente serão usados para traçar personalidades e manipulá-las. A exploração dos dados pessoais são mais problemáticos do que a simples violação da privacidade, mas oferecem também riscos aos direitos de personalidade, como a individualidade, autonomia e ainda a própria democracia.

Segundo Schertel (2019), os dados pessoais são projeções diretas da personalidade, tendo assim a capacidade de modelar a representação da pessoa na sociedade e de violar os seus direitos fundamentais. Nesse ínterim, tem-se a necessidade, cada vez mais latente, vide à expansão comunicacional e memorial



advinda da internet, do controle das informações pessoais divulgadas no meio virtual e suas implicações posteriores na vida da pessoa em questão. Nesse ínterim, propostas como o direito ao esquecimento, admitidas em outras normas jurídicas internacionais, vêm sendo suscitadas no sentido de evitar que notícias de cunho privado e sem pertinência ao público sejam disseminadas livremente nos meios midiáticos e possam causar constrangimento no indivíduo ao qual a notícia trata.

Outrossim, ao considerarmos a enorme coleta de dados e a possibilidade de exposição indevida de conteúdos de terceiros na internet, é cabível pensar na ocorrência de casos extremos, onde há implicações na honra, privacidade, imagem e ferimento dos direitos de personalidade da vítima, podendo dessa maneira assumir a aplicação do entendimento do direito ao esquecimento. Em contraponto, os princípios da liberdade de expressão e o princípio democrático observam a possibilidade do ferimento do direito à informação e assim o entendimento do STF é de que tal paradigma não é cabível no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguindo o debate acerca da possibilidade de um uso seguro do espaço digital por parte dos indivíduos, temos o sancionamento da LGPD como uma das medidas estabelecidas pelo Estado brasileiro a fim de nortear os direitos dos usuários e os deveres dos agentes. É importante salientar as noções vigentes no art. 6º da LGPD que diz respeito a como “as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé” (BRASIL, 2018) e princípios como a finalidade, em que o tratamento dos dados deverá ser realizado para propósitos legítimos, específicos e informados ao titular dos dados, a prevenção, a fim de precaver ocorrência de danos relacionados ao tratamento dos dados, e ainda o princípio da necessidade, em que há a limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário para o que se é proposto.

No art. 11, § 3º, trata-se do uso compartilhado de dados pessoais específicos entre controladores a fim de obter vantagem econômica e de como esta comunicação poderá ser vedada pelo poder público. Ainda, o art. 13, §2º, afirma que é de responsabilidade do órgão de pesquisa a segurança das informações, não permitindo a transferência destes a terceiros.

Com essas constatações, a LGPD ressalta a importância da segurança no tratamento de dados, além da minimização dos prejuízos e prevenção em casos de vazamentos, uma vez que, os dados são matérias-primas para as tomadas de decisões no mundo. Sendo assim, urge o comprometimento dos agentes de tratamento aos titulares de informações, buscando a harmonização entre a economia e os direitos fundamentais do usuário.



A informação passa a ser considerada como fator de produção em um contexto em que os dados são produzidos em uma velocidade vertiginosa, exigindo-se uma gestão da informação, a saber, o método utilizado por uma organização qualquer para planejamento, coleta, organização, utilização, controle, disseminação e descarte de suas informações de maneira eficiente (HINTZ-BERGEN et. al., 2018, p. 56).

3. PUBLICIDADE EM UM MUNDO CONECTADO

3.1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A COLETA DE DADOS

O fluxo de informações resultante das novas tecnologias altera diversos campos da vida social no século XXI, inclusive a área jurídica em suas normas e procedimentos para proteger os direitos dos cidadãos no meio digital. Nesse prisma, deve-se analisar o modo pelo qual os dados são reunidos e de que maneira sua coleta e análise se relacionam às legislações de proteção vigentes, em especial, a LGPD.

As novas empresas disruptivas, que modificam o modelo paradigmático de áreas como a socialização, transporte e hospedagens (a exemplo de *Facebook*, *Uber* e *Airbnb*), percebem na obtenção de informações do usuário um potencial de lucro ainda pouco explorado e, por isso, desenvolvem diferentes ferramentas para acessar os dados pessoais de seus clientes. Em vista disso, os dados são alcançados por instrumentos de *web tracking*, *social tracking* e *location tracking* (OLIVEIRA; SILVA, 2018), ou seja, dados obtidos na *Web* a partir de um “conjunto de expedientes tecnológicos de alta complexidade, como aplicações de *javascript*, técnicas de *browser fingerprinting* e os *cookies* de navegador” (OLIVEIRA; SILVA, 2018, p. 311), fornecidos para as redes sociais ou para os navegadores de GPS.

Os *Cookies* de navegador são os elementos mais utilizados na *Web* para adquirir conhecimento sobre o comportamento do consumidor pelas empresas. Nesse sentido, esse arquivo é inserido no computador pelo site e possibilita a identificação e monitoramento do sujeito em sua navegação. Apesar de teoricamente ser possível bloquear seu uso, ferramentas como *supercookies* e *evercookies* evitam que o controle humano sobre as informações adquiridas pelo computador seja efetivo. (OLIVEIRA; SILVA, 2018).

Os dados pessoais são classificados de 4 formas (OLIVEIRA; SILVA, 2018): dados providos, em que o próprio usuário cede informações às plataformas; dados observados, caracterizados pela análise comportamental do indivíduo a partir de cookies, sensores e outras mídias como câmera e som; dados derivados, resultan-



tes da reunião de informações de um grupo em um agrupamento específico para classificação de perfis; dados inferidos, decorrentes de análises probabilísticas que tentam prever o comportamento individual.

Destarte, a obtenção e o tratamento de dados pessoais, muitas vezes com uso de inteligências artificiais, podem ocasionar descumprimento de normas fundamentais, caso não haja procedimentos que respeitem a ética e a legalidade (MENDES; DONEDA; SOUZA; ANDRADE, 2018). Nesse contexto, o desenvolvimento de “uma verdadeira agenda relativa aos princípios éticos da inteligência artificial e das decisões automatizadas amparadas no uso de algoritmos” (MENDES; DONEDA; SOUZA; ANDRADE, 2018, p. 6) é basilar para conter possíveis danos à autonomia, economia e privacidade (OLIVEIRA; SILVA, 2018).

Outro elemento importante na discussão sobre a obtenção de dados pessoais é o modo de lidar com informações de crianças e adolescentes. Sob essa perspectiva, os nativos digitais, embora estejam desde o início da vida em uma sociedade informatizada, são os mais vulneráveis na obtenção de dados pessoais, fato que ameaça as determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Constituição Federal (BOTELHO, 2020). Com a finalidade de preservar o princípio do melhor interesse desse grupo, a LGPD determina, em seção específica (Capítulo 2, Seção III) sobre os procedimentos adequados e “parâmetros técnicos de segurança [...] trazendo todas as consequências ao controlador do seu descumprimento” (BOTELHO, 2020, p. 227).

3.2. AS BOLHAS DAS REDES SOCIAIS E A PROPAGANDA

A última década foi marcada por um advento das redes sociais, que cada vez mais interfere no cotidiano da população. Nesse sentido, bem como na vida real são criados ambientes e grupos sociais de maior contato por possuírem interesses e pensamentos semelhantes, na internet, são criadas as bolhas informacionais. Nessas “bolhas”, o conjunto de informações e opiniões condizem com as do usuário – independente de serem factuais ou não – em que o acesso é facilitado pelos sites a fim de manter o internauta de forma que se sinta confortável em seu meio virtual e, conseqüentemente, utilize as redes de forma contínua.

As bolhas das redes sociais se tratam de um fenômeno que se aplica a todos os usuários das redes sociais a partir da adaptação contínua de um algoritmo matemático criado exclusivamente para aquele indivíduo e que visa apresentá-lo



os conteúdos que são mais prováveis de serem consumidos por ele. O interesse econômico por trás desse algoritmo, entretanto, é o que faz com que, por vezes, ele seja tão perverso.

O conhecimento da personalidade virtual do usuário – tendo sido traçada pelo algoritmo a partir dos seus gostos, interesses e pensamentos com que *compactua* – permite que empresas façam propagandas de forma muito mais eficaz, já que atingem diretamente seu provável comprador. Dados empíricos demonstram o uso de mecanismos em sites e dispositivos tecnológicos, como os *cookies* e as assistentes virtuais, para monitorar os internautas e alimentar bases de perfis para publicidade sem que o indivíduo tenha sequer consciência de que faça parte de uma cadeia produtiva (OLIVEIRA; SILVA, 2018).

Dessa forma, as bolhas informacionais se tornam áreas virtuais de coleta de dados, o que torna imprescindível a intervenção de medidas que garantam o consentimento do usuário e a regulação dos dados extraídos, vide a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Porém, o tópico da proteção de dados extrapola em muitos sentidos o que é previsto pela lei, tendo em vista a dificuldade de se controlar a eficácia, já que se trata de um meio não físico em que as ações tomam proporções globais rapidamente. Assim, apesar da LGPD ter alcançado importantes conquistas como a necessidade de autorização do consumidor para o uso de seus dados e a possibilidade desse exigir acesso a todas as informações que as indústrias e órgãos governamentais possuem acerca dele, ainda não é possível se falar efetivamente de consentimento por parte do internauta, já que o acesso a seus dados ainda ocorre de maneira muito velada, mesmo que necessite de uma autorização explícita dele.

Destarte, o espaço virtual se torna ideal para empresas e organizações político-ideológicas, já que, pelo acesso facilitado aos dados dos usuários, motiva o consumo excessivo e a alienação do cliente. Em suma, como apresentado no documentário *O Dilema das Redes* (NETFLIX, 2020), os usuários tornam-se produto para os verdadeiros consumidores: as empresas anunciantes das plataformas e *data centers* que buscam traçar o perfil e moldar as opiniões políticas do indivíduo.

3.3. A DEMOCRACIA E A PROTEÇÃO DE DADOS

O conturbado contexto político contemporâneo inclui, entre os agentes do desgaste do processo democrático, o tratamento inadequado de dados como potencial limitador da autonomia e liberdade. Nessa perspectiva, é fulcral relacionar



o uso das redes sociais e acontecimentos recentes na política nacional e internacional com o objetivo de compreender os mecanismos utilizados para abalar os fundamentos da democracia.

A obra *O Dilema das Redes* (NETFLIX, 2020) descreve o funcionamento do tratamento de dados por grandes empresas como *Google* e *Facebook* com o fito de demonstrar o efeito bumerangue e seu potencial de ocasionar prejuízos no contexto individual e/ou coletivo dos usuários. Segundo os ex-funcionários das empresas de tecnologia entrevistados no filme, o efeito bumerangue consiste em captar os dados do indivíduo, traçar um perfil do consumidor e, posteriormente, enviar mensagens e anúncios que moldem seu comportamento de modo a manter a pessoa conectada o maior tempo possível.

Dessarte, o tratamento inadequado de dados pessoais com fins financeiros, para além de violar os direitos do titular, ocasiona fenômenos negativos tanto no âmbito individual como coletivo. A partir dessa análise, o desenvolvimento de distúrbios psíquicos como depressão e ansiedade, inclusive em crianças e adolescentes, podem ser apontados como grandes prejuízos individuais decorrentes das redes sociais e, em um contexto político, a polarização ideológica e favorecimento de extremismos têm entre seus fatores de influência a estrutura atual dos aplicativos virtuais de interação como *YouTube*, *WhatsApp*, entre outros.

Nesse cenário, o comparecimento de Francis Haugen no Senado com a finalidade de denunciar condutas do *Facebook* com as informações obtidas de seus usuários demonstram a falta de ética e responsabilidade no tratamento de dados por empresas de tecnologia (SEISDEDOS, 2020). Os documentos internos da empresa exibidos pela ex-funcionária explicitam a intenção dos algoritmos de gerar discórdia entre os cidadãos, o desenvolvimento dos instrumentos de ampliação de vícios na plataforma e a conivência dos diretores com o crescimento de problemas psíquicos entre adolescentes, além da omissão no combate ao crime organizado por meio do site.

O potencial adverso desse tratamento inadequado de dados é explorado a partir das seguintes circunstâncias: divulgação facilitada de informações sem a devida verificabilidade, força de empresas tecnológicas que determinam os conteúdos absorvidos pelos usuários, utilização de robôs e perfis falsos capazes de realizar disparos em massa, fator de subversão da esfera pública (FRAZÃO, 2021).

Na discussão sobre a interferência das empresas disruptivas na democracia, é fundamental compreender alguns pressupostos da ativa participação popular. Ana



Frazão (2021) demonstra 5 pontos que configuram o processo político democrático na pós-modernidade. Primeiramente, a plena garantia de liberdade e igualdade são pressupostos universais na construção de um ambiente público participativo. Outro fator essencial é o livre acesso à informação, demanda do desenvolvimento fundamentado de opiniões que serão utilizadas em discussões sobre a relação entre o poder e a sociedade. A influência do poder, que determina as ações do poder público na formação de políticas para atendimento dos cidadãos, é outra determinação clássica do modelo político.

Além desses pressupostos determinados no histórico tradicional da democracia, o século XXI estabelece outras áreas na defesa deste regime. A relevância da comunicação na sociedade tecnológica hodierna, elemento que insere os agentes da mídia como novos atores no jogo da influência política e persuasão, demanda maiores estudos interdisciplinares sobre sua força na contemporaneidade.

Visto que o ambiente digital por ora se estrutura de forma anárquica, alguns agentes interessados em explorar o poder da desinformação e distorção de informações criam uma esfera pública artificial e que se mostra eficiente para pautar a discussão pública e para mudar crenças e opiniões de pessoas.

Nesse sentido, as mudanças promovidas pelo meio digital no debate público são evidentes, deixando cada vez mais difícil entender qual a informação é verdadeira e qual informação é falsa, além de, pela viabilidade de participação de robôs e perfis falsos nas discussões, o debate público pode se tornar completamente distorcido, pela falta de acesso à informação de quem participa e a quais são os interesses defendidos.

O novo fluxo informacional tem facilitado a expansão do chamado mercado da dúvida, onde até mesmo assuntos científicos e fatos outrora já confirmados por meio de evidências contundentes são revogados, gerando a sensação de que tudo é controverso, levando ao descrédito da ciência, a falta de consenso entre a população e afetando a democracia.

Quanto ao mercado da dúvida, se torna evidente que, este processo de expansão e ampliação no fluxo informacional só pode ser interpretado como inclusivo na superfície, o que se nota é que internamente a comunicação e o debate público têm sido conduzidos por grandes agentes políticos econômicos, se valendo de minorias que defendem seus interesses cegamente, mesmo que às custas da normalização do absurdo.



A autora Ana Frazão (2021) trata de como Hannah Arendt conduz uma explanação fidedigna da relação entre persuasão e propaganda em sua obra *As Origens do Totalitarismo* (2013). Nesta, a jurista demonstra como, pela perda de laços sociais e de perspectiva social comunitária, os indivíduos ficam suscetíveis a serem cooptados por movimentos nacionalistas, visto que esses lhe oferecem um senso significado e pertencimento. Dessa maneira, a propaganda fora utilizada para fazer com que apenas a visão do líder importasse para pessoa e que o pensamento analítico e político do indivíduo fosse neutralizado, por meio de estratégias como: a desconsideração da verdade (onde toda informação e evidência que contraria a visão do líder é incorreta) e a negação da história, que é distorcida para caber na ideologia, a propagação de mentiras e narrativas falsas.

A realidade do capitalismo de vigilância nos demonstra como os governos e os *players* econômicos criam um *one way mirror*, onde tais agentes sabem tudo dos cidadãos ao passo que estes nada sabem dos primeiros. Assim, surge no mercado a figura dos *gatekeepers*, agentes que exercem todas as formas de controle de informação no network que criam. Dessa forma, a arquitetura da plataforma é programada para o convencimento do seu usuário para o consumo de informações que sejam mais lucrativas a eles, ainda que aparente se tratar de uma relação mútua entre as redes e seus usuários. Dessarte, torna-se evidente que é falaciosa a interpretação de que existem plataformas abertas e neutras.

É nesse pano de fundo que conseguimos analisar as *fake news*. O que torna as *fake news* potencialmente perigosas não são suas mentiras em si, posto que essas se apresentaram durante todo o percurso da história, mas sim as inúmeras variáveis somadas na contemporaneidade que potencializam a sua disseminação e os seus efeitos, como: a expressiva utilização da *internet*, o protagonismo de plataformas que se tornam gestores de conteúdo, a existência de aplicativos de comunicação que podem ser utilizados para disseminar tais informações, e a possibilidade de anonimização dos indivíduos que fazem uso das plataformas.

A propaganda política que outrora era feita de maneira ampla e indiscriminada, é, agora, na sociedade de informação, customizada, e possui um poder de penetração muito maior; é por tal motivo que o fenômeno das *fake news* se dá de maneira tão expressiva e se relaciona com negócios de extração de dados pessoais.

Por fim, a necessidade da compreensão dos dados pessoais como uma informação de influência nos cenários políticos e econômicos configura a necessidade de leis e regulamentações sobre o tema que impeçam a impunidade de empresas que ameaçam o indivíduo e a democracia.



Uma boa governança de dados que proteja os titulares e evite a utilização abusiva e indevida é portanto fundamental para assegurar o debate em busca dos melhores argumentos e das soluções mais adequadas evitando que a discussão pública seja pautada pelas mentiras que foram mais bem divulgadas ou que tiveram mais financiamento (FRAZÃO, 2021, p. 760)

4. CRIMES DIGITAIS

4.1. CONTEXTO PANDÊMICO E CRIMES DIGITAIS

O contexto contemporâneo global tem como marco de alteração paradigmática as mudanças, conjunturais ou estruturais, decorrentes da pandemia da covid-19. Nesse sentido, o texto de Nagli (2020) indica pontos relevantes no novo comportamento dos cidadãos e instituições em relação às tecnologias. As medidas de distanciamento social promovidas por diversos governos forçaram o uso de ferramentas virtuais para a interação e integração, instrumentos ainda recentes e, por isso, com falhas que ameaçam a preservação de direitos fundamentais.

O aplicativo *Zoom* é um indicativo da vulnerabilidade de *softwares* a ataques cibernéticos no contexto pandêmico. Sua crescente popularidade nas fases iniciais de espalhamento do vírus, a falta de familiaridade por parte dos usuários em sua utilização e carência de segurança da plataforma resultou em diversos “ataques noticiados pela grande mídia” (NAGLI, 2020, p. 2). Destarte, esse e outros serviços de reuniões virtuais precisaram desenvolver diferentes artifícios como “implementação em larga escala de autenticação de dois fatores; preparar as aplicações internas para uso remoto” (NAGLI, 2020, p. 6) com a finalidade de evitar novos escândalos relacionados à violação de privacidade.

Os principais métodos no sequestro de dados utilizam *web tracking*, *social tracking* e *location tracking* (descritos no tópico 3.1) a partir de debilidades dos sistemas vigentes. Nessa perspectiva, a distância dos funcionários das redes corporativas, tradicionalmente caracterizadas por profissionais de segurança que visam evitar invasões às redes empresariais, e a falta de familiaridade destes indivíduos em relação ao ambiente virtual torna-os suscetíveis a ciberataques de diversos tipos, incluindo exploração de seus dados por empresas de publicidade e *data centers*. Dessa maneira, mecanismos simples de engenharia social, “usando de manipulação e trabalhando com os medos do usuário tentando obter informações” (NAGLI, 2020, p. 4) podem ser instrumentos capazes de gerar golpes e promover o tratamento inadequado de dados pessoais.



Nessa conjuntura, a obra *Privacidade Hackeada* (NETFLIX, 2019) expõe a falta de controle que a população tem de seus próprios dados. Desse modo, o documentário evidencia a monetização de dados dos usuários pelas plataformas a partir de vendas para *data centers* como a *Cambridge Analytica*, descrita no documentário como grupo ligado ao Projeto Álamó, definido como uma reunião de dados de diversos eleitores americanos que, a partir de ferramentas de análise por big data, foram utilizados para influenciar a percepção da população em relação à campanha presidencial de Donald Trump em 2016.

As discussões relacionadas ao tratamento de dados pessoais (descritas nos tópicos 2.1 e 2.2) forçaram empresas e governos a atualizarem seus procedimentos na análise de dados. Nesse contexto, é representativo que a LGPD determine em seu artigo 5º, inciso V, a titularidade dos dados à “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento” (BRASIL, 2018). Dessa forma, confere maior controle dos cidadãos em relação aos seus direitos de personalidade.

Contudo, a pandemia da covid-19 estabeleceu um novo dilema para o uso de dados pessoais: como utilizar os dados disponíveis para o combate à pandemia sem incorrer em violação de direitos fundamentais e crimes digitais? O relatório *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à covid-19* (BIONI; ZANATTA; MONTEIRO; RIELLI, 2020) indica aspectos primordiais no tratamento responsável de dados. Dessa forma, “gestores públicos precisam apresentar evidências científicas que sustentem a importância da aplicação de certa técnica de análise de dados” (BIONI; ZANATTA; MONTEIRO; RIELLI, 2020, p. 15) e devem estabelecer o tempo de tratamento e ferramentas para proteção de direitos fundamentais.

Portanto, a proteção de dados pessoais e a prevenção de crimes digitais demandam estudos sobre as ferramentas de *software* e educação de cidadãos sobre a importância da proteção de seus dados, especialmente no contexto pandêmico, caracterizado por uso de tecnologias e fluxo de informações inéditas. Além disso, as empresas de tecnologia têm necessidade de se adaptar às novas legislações e não utilizar a pandemia como facilitadora de recepção de dados para tratamento inadequado ou venda dessas informações para organizações que buscam controlar em diversos aspectos o comportamento dos cidadãos, implicando, no fator econômico, em mudanças no padrão de consumo e, no sentido político, incentivo à formação de bolhas e polarizações que gerem benefícios aos agentes e empresas de tratamento.



4.2. EFICÁCIA AO COMBATE DOS CRIMES DIGITAIS

A Lei Geral de Proteção de Dados surge para evitar abusos dentro da mencionada realidade, em que os dados se tornam fator primordial do mercado. Porém, é fundamental discutir, a partir da LGPD, a efetividade no combate dos crimes digitais e o estabelecimento de autoridades competentes pelo *enforcement* dentro desse contexto ainda tão estranho à legislação brasileira.

Para tanto, chama-se atenção ao caso ocorrido em janeiro de 2021 – após a vigência da LGPD – em que os dados registrados em sites do governo de duzentos e vinte e três milhões de brasileiros (ou seja, dados de toda a população e de pessoas já falecidas) foram vazados por dois *hackers*. Entre esses dados estavam CPFs, CNPJs, nomes, endereços, dados de veículos, renda, benefícios do INSS, programas sociais, escolaridade, sexo e data de nascimento. Os dados vazados poderiam potencialmente ser usados para a aplicação de golpes, como o saque indevido do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, ou tentativas de obter vantagens financeiras por meio do envio de contas e serviços falsos ao e-mail ou telefone dos que tiveram seus dados vazados³.

Desse modo, é evidente que a lei não tem poder de induzir eficácia, entretanto, a dificuldade de se lidar com o crime da divulgação indevida de uma quantidade expressiva de dados como essa, ainda mais após a criação de uma norma cuja função é regular o acesso, revela o desarranjo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e dos órgãos governamentais da Administração Pública. É necessário ressaltar que anteriormente à ANPD, outros órgãos públicos eram responsáveis pela fiscalização e aplicação de sanções vinculadas a proteção de dados, explicando assim a variedade de normas no ordenamento jurídico quanto ao tratamento de dados, tornando-se necessário a definição de um papel para cada entidade pública (BIONI; *et.al*, 2020, p. 581).

Apesar de conter diversas medidas de prevenção e proteger o cidadão, a LGPD ainda apresenta descrição e sanções insuficientes para o julgamento e para a procedência jurídica de casos como o do mega vazamento de dados, o que reduz significativamente a eficácia da lei. Essa insuficiência se torna ainda mais complexa em casos menores do que esse, em que a aplicação de sanções e a identificação das causas e dos culpados é mais simples, como o caso da construtora de São Paulo processada por divulgação de dados de clientes e isentada pelo Tribunal de

³ G1. *Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber*. G1, São Paulo, 28 jan. 2021. Disponível em: Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber | Tecnologia | G1 (globo.com) Acesso em: 14 de set. 2021.



Justiça de São Paulo, já que não haveria meio legal para comprovar que realmente fora a construtora que divulgou as informações⁴.

Outrossim, com a criação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, foi consolidada a perspectiva da ampliação do *internet banking*, ou seja, o acesso aos serviços bancários pela *internet*, o que permitiu o surgimento de facilidades como a criação de cartões de crédito e débito virtuais, além das transferências instantâneas realizadas através do Pix, um meio eletrônico de realização de pagamentos instantâneos por bancos virtuais. Porém, o crime tem se mostrado mais ágil do que a legislação e a lei mais uma vez falha em regular propriamente a execução dessa nova realidade. O próprio Pix tem sido amplamente utilizado para golpes por ser um meio rápido e irreversível de se realizar pagamentos⁵. Além de que, ao obter acesso aos dados pessoais de um indivíduo, um possível criminoso terá acesso facilitado à conta bancária dele já que grande parte das transações hoje em dia são feitas virtualmente. Assim, o âmbito financeiro também se demonstra exposto devido à insuficiência da legislação.

Contudo, as normas contidas na lei têm dificuldades em sua plena efetivação, posto que as regulamentações da norma são ainda incipientes (LACERDA, 2021). Entre as principais lacunas jurídicas, a formação paulatina da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é o elemento fundamental para a eficácia parcial da LGPD no contexto hodierno. A lei credita essa organização como “o órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional” (art. 5º, inc. XIX), desse modo, seu progresso atual para constituição própria é insuficiente na defesa das relações no meio virtual.

Dessa forma, a proteção de dados pessoais possui relevância muito grande para a prevenção de uma série de crimes, desde aspectos menos notáveis como o acesso indevido a informações pessoais a casos mais graves como o vazamento de imagens íntimas e o prejuízo financeiro. Sob a óptica das mídias virtuais, que foi posta em foco neste artigo, é notável que o banco de dados por ela coletado é suficiente para uma percepção profunda da realidade do usuário, o que torna funda-

⁴ VIAPIANA, Tábata. *TJ-SP reforma sentença e isenta construtora por vazamento de dados de clientes*. In: **Consultor Jurídico**: Conjur. São Paulo, 1 set. 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-set-01/tj-sp-reforma-sentenca-isenta-construtora-vazamento-dados>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁵ LOUREIRO, R. *PIX vira isca e criminosos criam mais de 5 mil golpes digitais em um mês*. **Exame.**, São Paulo, 13 nov. 2020. Disponível em:

<https://exame.com/tecnologia/pix-vira-isca-e-criminosos-criam-mais-de-5-mil-golpes-digitais-em-um-mes/> Acesso em: 16 de out. 2021.

mental a proteção da jurisprudência para garantir essa liberdade individual. Sendo a constitucionalização do direito à proteção dos dados pessoais muito recente, o arcabouço jurisprudencial e doutrinário ainda é escasso para a adequação da lei ao contexto de constantes mudanças da atualidade, o que caracteriza as normas existentes como excessivamente abertas diante da necessidade de especificações à contemporaneidade. Nesse prisma, a legislação carece de elaboração, em especial a LGPD, que se faz deficiente em sua função de conduzir o tratamento de dados, já que pouco é descrito para que haja eficácia no combate aos crimes digitais propiciados pelo novo âmbito virtual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo visou demonstrar que os dados adquiriram novo valor financeiro como capital político na realidade conectada e tem potencial de prejudicar elementos fundamentais à sociedade, como a democracia e os direitos de personalidade, se não corretamente regulados. Nesse sentido, a LGPD se apresentou como uma inédita moldagem do paradigma da proteção de dados, já prevista pelo Artigo 5 da Constituição Federal, porém, até então, sem procedimentos claros na legislação. Desse modo, a promulgação de normas como a Emenda Constitucional nº 115/2022, importante marco na constitucionalização dos direitos de proteção de dados pessoais, são resultantes da intensa influência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na legislação nacional.

Assim, no âmbito da comunicação, o artigo expôs as fragilidades da proteção à privacidade no meio virtual, especialmente no uso dos dados pessoais para personalização da publicidade. Dessa forma, o tratamento inadequado dos dados possibilita maior acesso de grandes agentes econômicos e mesmo de grupos ideológicos extremistas aos usuários da *internet* que são submetidos às limitações de suas bolhas informacionais. Em virtude disso, o uso indevido de dados pessoais constitui uma ameaça ao Estado Democrático de Direito ao possibilitar que representantes de organizações políticas moldem o comportamento do usufruário direcionando o debate público.

Nessa perspectiva, os acontecimentos relacionados ao tratamento de dados dos estadunidenses pela *Cambridge Analytica*, especialmente durante a eleição de Donald Trump e o referendo pela saída da Inglaterra da União Europeia – o Brexit –, representam a ação direta de redes sociais, como o *Facebook*, e, conseqüentemente de poderosos agentes financeiros e portadores de grandes fortunas,



no Estado mediante o vazamento e o controle dos dados sem consentimento dos internautas.

Dessarte, provoca-se uma discussão acerca do papel do usuário no processo de tratamento de dados, especialmente quanto ao direito à informação, que pode ser percebido no uso de ferramentas como os *cookies* e outros instrumentos de *webtracking* que, teoricamente, deveriam alertar a ele que seus dados estão sendo utilizados a fim de obter sua autorização. Além de que, mecanismos mais complexos da atualidade, como o *supercookies* e *evercookies* tornam o controle do titular nulo ao armazenar suas informações indefinidamente.

Ademais, o texto explicitou as deficiências da LGPD no combate aos crimes digitais relacionados ao manuseio indevido dos dados. Nesse prisma, a falta de regulamentação sobre o funcionamento da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e a insuficiência da lei em sua aplicação ao longo do processo litigioso tornam sua efetividade parcial. Logo, a norma mencionada permanece incapaz de solucionar o problema da ineptidão do usuário diante do controle de suas informações no ambiente digital, bem como as possíveis implicações penais dos crimes a ela relacionados por não ser tão englobante e consolidada quanto seria preciso.

Por fim, assim como tem sido feito em outros países, como o Reino Unido e os Estados Unidos, o esforço pela proteção dos dados ainda é uma discussão muito recente no meio jurídico, apesar de ser uma questão já suscitada desde o fim do século passado. Em vista disso, as novas legislações, como a LGPD e a Emenda Constitucional nº 115/2022, por mais importantes que sejam, são apenas marcos no âmbito temático da proteção de dados que ainda precisa de muitos avanços para garantir o direito de personalidade dos indivíduos e o resguardo de sua cidadania no meio virtual.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BARBOSA, J. S. .; SILVA, D. B. e .; OLIVEIRA, D. C. de; JESUS, D. C. de .; MIRANDA, W. F. de . Data protection and information security in the pandemic COVID-19: national context. *Research, Society and Development*, [S. l.], v. 10, n. 2, p. e40510212557, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i2.12557.

BOTELHO, M. C. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas UNIFAFIBE*, v. 8, n. 2, 2020.

BOTELHO, Marcos. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei geral de proteção de dados pessoais. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 32, 2020, p. 191-207.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 1 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 157, p. 59-64, 15 ago. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.474, de 26 de agosto de 2020*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10474.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.474%2C%20DE%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202020&text=Aprova%20a%20Estrutura%20Regimental%20e,comiss%C3%A3o%20e%20fun%C3%A7%C3%B5es%20de%20confian%C3%A7a. Acesso em: 16 de out. 2021.

BIONI, B. *et al. Tratado de proteção de dados pessoais*. 1. ed. Brasília: Forense, 2020.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2020/04/relatorio_privacidade_e_pandemia_final.pdf. Acesso em: 16 de out. 2021.



CRISTINA, C; LIMA, S. *Tudo que você precisa saber sobre as sanções da LGPD*. In: ADVOCATTA - Empresa Júnior de Pesquisas em Direito. Advocatta. Brasília, 21 ago. 2021. Disponível em: <https://advocatta.org/tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-as-sancoes-da-lgpd/>. Acesso em: 10 set. 2021.

DAMO, Salvatori Paola. Migalhas. *Pandemia do novo coronavírus à luz da Lei Geral de Proteção de Dados*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324507/pandemia-do-novo-coronavirus-a-luz-da-lei-geral-de-protecao-de-dados> Acesso em: 16 de out. 2021.

FRAZÃO, Ana. *Proteção de dados e democracia: A ameaça da manipulação informacional e digital*. In: Denise de Souza; Fernando Antonio. (Org.). *A Lei Geral de Proteção de Dados - Aspectos Práticos e Teóricos Relevantes no Setor Público e Privado*. 1ed.: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2021, v. 1, p. 739-762.

G1. *Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber*. G1, São Paulo, 28 jan. 2021. Disponível em: *Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber | Tecnologia | G1 (globo.com)* Acesso em: 14 de set. 2021.

HINTZBERGEN, Jule et. al. *Fundamentos de segurança da informação: com base na ISSO 27001 e na ISSO 27002*. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

Jornal do Joca. *Bolha informacional e discurso de ódio*. Disponível em: https://www.jornaljoca.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Eixo_MidiasSociais_aula3.pdf Acesso em: 16 de out. 2021.

LACERDA, Natália. *Um estudo sobre a ANPD e sua importância para a eficácia da LGPD*. In: JusBrasil. Brasília-DF, 20 jul. 2021. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IHqI7MrW2XsJ:https://nataliablacerta.jusbrasil.com.br/artigos/834170035/um-estudo-sobre-a-anpd-e-sua-importancia-para-a-eficacia-da-lgpd+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> . Acesso em: 16 de out. 2021.

LOUREIRO, R. *PIX vira isca e criminosos criam mais de 5 mil golpes digitais em um mês*. Exame. , São Paulo, 13 nov. 2020. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/pix-vira-isca-e-criminosos-criam-mais-de-5-mil-golpes-digitais-em-um-mes/> Acesso em: 16 de out. 2021.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



MENDES, Laura Schertel. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis*. Caderno Especial LGPD. p. 35-56. 2° ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2019, v.1, p. 35-56.

MENDES, L. S. ; BIONI, B. R. *O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência*. São Paulo: RT, vol. 124. ano 28. p. 157-180. jul. - ago. 2019.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; DONEDA, Danilo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. *Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal*. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, n. 4, 2018, p. 18.

NAGLI, Luiz Sérgio Dutra. *PANDEMIA NA PANDEMIA: A ESCALADA DE ATAQUES CIBERNÉTICOS PÓS COVID 19*. In: Anais do Congresso Transformação Digital 2020, São Paulo. Fundação Getulio Vargas.

NETFLIX. *O dilema das redes*. Estados Unidos: NETFLIX, 2020. 1 documentário (1h 34min). Disponível em: <https://www.netflix.com/search?q=dilema%20das%20redes> Acesso em: 12 de set. 2021.

OLIVEIRA, Caroline Lujan de; OLIVEIRA, Antonieta Ferreira Machado de, WATANABE Carolina Yukari Veludo. *Utilização de dados pessoais pelas empresas: LGPD e o comportamento do consumidor com o macro modelo APCO*. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v.7, n. 6, p. 63580 - 63591, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv7n6-641> Acesso em: 28 set. 2021

OLIVEIRA, J. V. ; SILVA, L. A. *Cookies de navegador e história da internet: Desafios à lei brasileira de proteção de dados individuais*. São Paulo: UNESP, a.22, n.36, 2018. Disponível em: 2767-Texto do artigo-10305-1-10-20191031.pdf

PEIXOTO, F. H. *Direito e inteligência artificial: referenciais básicos*. Brasília: DR. IA. , 2020.

PRIVACIDADE HACKEADA. Direção: Karim Amer, Jehane Noujaim. Produção de Judy Korin, Pedro Kos, Geralyn Dreyfous, Karim Amer. Estados Unidos: Netflix, 2020.

SEISDEDOS, *A informante que levou o facebook à sua pior crise existencial*. El País, Washington, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/tecnologia/2021-10-10/a-informante-que-levou-o-facebook-a-sua-pior-crise-existencial.html>. Acesso em 11 out. 2021.



VIAPIANA, Tábata. *TJ-SP reforma sentença e isenta construtora por vazamento de dados de clientes*. In: Consultor Jurídico: Conjur. São Paulo, 1 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-01/tj-sp-reforma-sentenca-isenta-construtora-vazamento-dados> . Acesso em: 11 set. 2021.

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

THE SUBSTANTIAL PERFORMANCE THEORY AS MATERIALIZATION OF THE CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

Arthur Tomaz da Silva*

Resumo: Um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana precisa promovê-la em todos os âmbitos de sua atuação. No direito civil, é possível aproximar-se desse fundamento a partir da interpretação desse ramo do direito conforme a Constituição. O presente trabalho se propõe a verificar se/como é possível fazer uma interpretação constitucional do direito civil a partir da teoria do adimplemento substancial. Através de uma pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e dedutiva, concluiu-se que ao aplicar tal teoria para beneficiar o devedor que inadimpliu prestações ínfimas do contrato, o julgador preza por sua dignidade como pessoa humana, sopesando esse fundamento constitucional frente ao caráter patrimonialista do direito civil.

Palavras-Chave: Direito civil constitucional. Teoria do adimplemento substancial. Dignidade da pessoa humana. Direito das obrigações.

Abstract: A State that has the dignity of the human being as a cornerstone must promote it in all of the areas of its activity. In the Civil Law, it is possible to approach this cornerstone with the interpretation of this Law field according to the Constitution. This article aims to verify if/how it is possible to make a constitutional interpretation of the Civil Law by using the substantial performance theory. By making a qualitative, exploratory, bibliographical and deductive research, it was possible to conclude that by applying this theory in order to benefit the obligor who has not paid a minimal part of the obligation, the judge appreciates the human being dignity, balancing this cornerstone with the estate characteristic of the Civil Law.

Keywords: Constitutional Civil Law. Substantial performance theory. Human being dignity. Law of obligations.

* Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central – FACHUSC, Salgueiro/PE. Licenciado em Letras pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB em 2014.
E-mail: arthur.thomaz92@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

Desde o início de sua prática, o direito civil sofreu diversas mudanças. Tido inicialmente como balizador de todas as relações privadas, esse ramo do direito transformou-se à medida que a sociedade ficou mais complexa. Com os clamores sociais por intervenção estatal para garantir o bem estar social, também o direito constitucional sofreu mudanças e passou a regular campos em que antes limitava-se a abster-se. Tais campos, como estavam, não supriam a necessidade social

Surge, então, a noção de direito civil constitucional. Consistente na interpretação do direito civil à luz da Constituição, o direito civil constitucional traz as noções de dignidade da pessoa humana para o direito civil. Sobrevém a ideia de despatriomonalização das relações civis, que é justamente a observância da dignidade da pessoa humana nas relações privadas. O homem, não o patrimônio, passa a ser a finalidade do direito civil (assim como para as demais áreas do direito).

Esta característica é o principal reflexo da adoção de uma Constituição como base do ordenamento jurídico: ela passa a irradiar todos os valores que carrega. Dessa forma, ao analisar uma controvérsia em que se discutem obrigações, por exemplo, o intérprete deve levar em consideração não somente o caráter patrimonial da disputa. Mais que isso, deve se atentar sempre aos direitos das partes envolvidas enquanto *peçoas*, enquanto seres humanos.

A teoria do adimplemento substancial visa manter as relações contratuais quando há um inadimplemento ínfimo das prestações obrigacionais. Busca que se estabeleça certa razoabilidade e que se interprete o negócio jurídico em favor do devedor de boa-fé que inadimpliu por motivos de força maior. Dessa forma, procura-se que o julgador diga o direito preocupando-se em considerar que as partes integrantes do litígio são pessoas humanas.

Tal teoria não encontra previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. Assim, é utilizada a partir da interpretação do julgador sobre o caso sobre o qual é chamado a decidir. A ausência de positivação, especialmente num ordenamento predominantemente ligado ao *Civil Law*, faz com que sua aplicação não seja uniforme.

O presente trabalho se propõe a expor as discussões atuais acerca do direito civil interpretado à luz da Constituição. Pretende-se verificar de que forma a teoria do adimplemento social torna possível a implementação da interpretação do direito civil à luz da Constituição, bem como quais os reflexos da adoção dessa materialização. Para tanto realizou-se uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, uma vez que a) buscou-se descrever fenômenos que não podem ser prontamente mensu-



rados; e b) recorreu-se à doutrina, à jurisprudência e a artigos científicos sobre o tema para responder o questionamento.

Inicialmente, serão apresentadas as principais discussões acerca do direito civil constitucional, bem como sobre como essa noção modula a interpretação da lei civil. Em outro momento, será apresentada a teoria do adimplemento substancial, bem como suas origens e aplicação no ordenamento pátrio. Avançando, verificar-se-á como os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria para a resolução das demandas que lhes são apresentadas. Por fim, considerando os julgados examinados, será feita uma análise de como a teoria materializa o direito civil constitucional.

2. O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O direito civil, tal qual se conhece hoje, tem sua origem no direito romano. Conforme explica Gonçalves (2020, p. 31), esse ramo do direito preocupa-se com questões que dizem respeito à pessoa e ao patrimônio. É, dessa forma, guia para diversas relações jurídicas entre pessoas e entre estas e os bens. Diz-se, ainda, que o direito civil é o ramo do direito “que regula as ocorrências do dia a dia” (GONÇALVES, 2020, p. 31). É por isso que, muitas vezes, se diz que o Código Civil é a Constituição das relações de âmbito privado.

A principal característica das relações jurídicas privadas é a prevalência da autonomia de vontade. Conforme destacam Fiuza e Marques (2006, p. 89), a autonomia de vontade ganha força a partir do rompimento com o regime absolutista. Os ideais de liberdade e de legalidade se solidificaram e o Estado passou a não interferir nas relações privadas. Surge a regulação das relações privadas pelo contrato.

Buscava-se, então, que o Estado não interferisse na vida privada das pessoas. Queria-se liberdade. Pretendia-se que as relações entre particulares fossem reguladas baseando-se na liberdade para contratar. A legalidade dava respaldo para que os particulares exercessem essa liberdade: podiam contratar livremente e usufruir do patrimônio desde que não houvesse impedimento pela lei. Tal liberdade é fruto do rompimento com os regimes absolutistas: as pessoas passam a ter maior poder e liberdade em relação a seus bens.

Acontece que essa percepção do direito civil sob o prisma de seu nascimento (e sob uma ótica individualista) sofreu alterações a partir das transformações sociais no decorrer do tempo. Durante o período pós-guerra na Europa, observou-se uma mudança de paradigma no âmbito civil (FIUZA; MARQUES, 2006, p. 90). O



Estado, antes absenteísta, passou a preocupar-se com questões tradicionalmente próprias do direito civil. Surge o chamado Estado Social. Noções como dignidade da pessoa humana e função social do contrato são exemplos da preocupação estatal para modular as relações privadas.

O modelo de Estado distante das relações privadas não estava mais de acordo com o que a sociedade buscava. Entendeu-se que era necessária a intervenção estatal nos vínculos entre particulares para trazer equilíbrio entre as partes. Na Inglaterra da Revolução Industrial, por exemplo, a sociedade passou a não conceber que o Estado ficasse inerte frente à exploração da mão de obra em busca de lucro. Necessitava-se, portanto, que o Estado atuasse para equilibrar situações como essa.

O direito civil, que antes ocupava o centro das relações jurídicas privadas, deslocou-se dessa posição, segundo Moraes (1991, p. 131). A Constituição passa a ocupar esse espaço devido a sua hierarquia normativa e a seu caráter de conferir unidade normativa ao ordenamento jurídico como um todo. Para atuar juridicamente para constituir negócios jurídicos, por exemplo, não deve a pessoa buscar amparo exclusivamente no que disciplina o Código Civil ou nos demais diplomas do direito privado. Deve observar, sobretudo, o disposto em normas e princípios da Constituição.

Nesse contexto, surge a ideia de direito civil constitucional. Na explicação de Schreiber e Konder (2016, p. 11), “o direito civil-constitucional é uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”. Supera-se, assim, a ideia de que as relações privadas são exclusivamente regidas por leis específicas (Código Civil, por exemplo).

Nas lições de Gonçalves (2020, p. 43), “o direito civil-constitucional está baseado em uma visão unitária de sistema”. A unicidade é conferida pela Constituição. Todo o ordenamento deve estar em conformidade com aquilo que está previsto na Carta Magna. Isso não significa deixar de lado a legislação infraconstitucional. Há, contudo, a necessidade de fazer uma interpretação conforme a Constituição.

O que justifica a observância dos preceitos constitucionais no direito civil, de acordo com Schreiber e Konder (2016, p. 11), é a superioridade normativa da Constituição. Destacam os autores que a supremacia da Constituição decorre do sistema democrático, uma vez que a Carta Magna é resultado de uma Assembleia Constituinte com forte influência popular, enquanto que a legislação infraconstitucional (a exemplo do Código Civil) advém do legislador ordinário, na qualidade de representantes do povo. Assim, infere-se que a vontade popular tem mais amplitude quando o povo participa mais diretamente no processo legislativo.

Por estar no mais alto patamar no ordenamento jurídico, a Constituição irradia suas normas para todo o ordenamento. Todo o direito deve estar em consonância com os ditames constitucionais, o que garante uma unidade do sistema. Nesse sentido, é reconhecido ao intérprete um papel criativo na interpretação, porém sempre vinculado aos princípios constitucionais (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 14). Dessa forma, o órgão jurisdicional, por exemplo, quando provocado a dirimir um conflito no âmbito cível, deve observar não somente que dispõe a legislação infraconstitucional (v.g. Código Civil), mas também os princípios e dispositivos constitucionais como um todo.

As disposições constitucionais devem ser observadas desde a concepção das relações jurídicas. Não pode um contratante, por exemplo, violar ou ter um direito fundamental violado em decorrência do vínculo jurídico. Deve o particular, portanto, agir conforme a Constituição, pois a exigência da observância da Constituição não se destina apenas aos órgãos jurisdicionais quando frente a um conflito.

Cabe destacar, neste ponto, a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Gonçalves (2020, p. 44) leciona que tal eficácia é a que garante que os preceitos, princípios e fundamentos constitucionais possam ser aplicados nas relações entre particulares. Ora, se a dignidade da pessoa humana está prevista como fundamento da República (art. 1º, III, Constituição Federal), ela deve ser necessariamente observada nas relações regidas pelo direito infraconstitucional, pois a Constituição é a guia que garante unidade ao ordenamento.

Carvalho e Lima (2015) destacam que conferir eficácia horizontal aos direitos fundamentais é uma forma de deixar para trás a dicotomia do direito público e privado. Explicam que “não se pode conceber o direito privado como um sistema independente, dissociado das premissas majoritárias do *Welfare State* e da constitucionalização do direito civil” (p. 17). Assim, em um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição, os ramos que compõe o ordenamento devem pautar-se nos ditames constitucionais.

Sob influência da Constituição Cidadã (BRASIL, 1988), observa-se o fenômeno da despatrimonialização do direito civil no Brasil. Explicam Fiuza e Marques (2006, p. 93) que essa é a noção de que o homem passa a ser a finalidade do direito civil. O foco é deslocado do patrimônio. As relações na esfera cível, inclusive as patrimoniais, buscam satisfazer as necessidades do homem, e não as necessidades do capital.

Importa destacar, contudo, o alerta de Lôbo (2014) a respeito desse instituto: ele não significa a negação do patrimônio. Explica que “o patrimônio está a serviço



da pessoa, e esta não é uma atitude antipatrimonial; é a compreensão do seu papel primordial, considerando-se a primazia da pessoa” (p. 27). Ou seja, não há mutação do direito civil quando se faz sua interpretação sob a ótica constitucional, pois o caráter patrimonial não é extinto. A mudança está na consideração da dignidade da pessoa humana frente a esse patrimônio.

Nesse mesmo sentido, Carvalho e Lima (2015, p. 18) chamam a atenção para o fato de que a interpretação do direito civil conforme a constituição não muda seu objetivo. Segundo eles, essa interpretação não visa descaracterizar as relações privadas, pois não se trata de uma teoria radical. Assim, as pessoas continuam livres para contratar, por exemplo. Busca-se, contudo, que esse contrato tenha um fim social, que observe, dentre outras coisas, a dignidade da pessoa humana.

3. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

A teoria do adimplemento substancial teve origem na Inglaterra no século XVIII, de acordo com Gayer (2011, p. 78). Em linhas gerais, explica, surgiu com a finalidade de sanar injustiças observadas quando o devedor inadimplia parcelas ínfimas da obrigação e tinha o contrato resolvido como um todo, o que ocasionava o perdimento dos valores até então pagos ao credor. Observa-se, assim, que, à época, bastava o inadimplemento de uma única parcela para que o contrato fosse resolvido.

Segundo Lima e Marquesi (2018, p. 218), para evitar que o inadimplemento de qualquer prestação ensejasse a resolução do contrato, o direito inglês passou a diferenciar duas categorias de prestações: *condition* e *warranty*. *Condition* seria uma prestação da qual depende a obrigação. *Warranty*, por sua vez, seria uma prestação acessória. Se o devedor inadimplisse uma prestação dependente, haveria a resolução do contrato. O mesmo não aconteceria com a prestação acessória, que ensejaria perdas e danos.

Nesse sentido, segundo Lima e Marquesi (2018), o critério para diferenciar se a prestação é uma *condition* ou uma *warranty* é definido pelas partes, que levam em conta os impactos que o inadimplemento poderia causar ao contrato. Acontece que

a análise da natureza do dever descumprido, ou seja, realizar essa distinção entre os dois tipos de deveres mencionados (*condition* e *warranty*), na prática ainda poderia levar à certas injustiças e insegurança jurídica (LIMA, MARQUESI, 2018, p. 218).

Prosseguem os autores:

a doutrina anglo-saxã evoluiu para analisar a gravidade e consequência da infração como parâmetro para resolução do contrato. Em caso de descumprimento leve somente admitia-se pleitear perdas e danos, em caso de descumprimento grave admitia-se a resolução do contrato (LIMA, MARQUESI, 2018, p. 218).

Dessa forma, a mera previsão sobre o tipo de prestação (*condition* ou *warranty*) mostrou-se insuficiente para aperfeiçoar as relações obrigacionais. Começou-se, então, a verificar o quão grave era a inadimplência e quais as consequências que a resolução contratual implicaria. Percebe-se, assim, a necessidade de fazer juízo de valor acerca dos efeitos que o não cumprimento poderia trazer. A adoção de um critério puramente objetivo não superava os inconvenientes trazidos pela resolução contratual.

De acordo com Becker (1993, p. 63), a teoria do adimplemento substancial (*Substantial Performance*) surge a partir da mudança de perspectiva do julgador. A partir do inadimplemento, passa o magistrado a considerar mais o quanto foi, de fato, executado do contrato do que a parte que não o foi. Assim, passa a entender que em muitos casos as prestações satisfazem a obrigação ainda que uma pequena parte delas não tenha sido realizada.

A autora chama atenção para o fato de que a teoria serve para inibir o enriquecimento ilícito. Não seria justo que o credor se beneficiasse com a resolução do contrato frente a uma desconformidade mínima em seu cumprimento por parte do devedor.

Em relação aos critérios para a aplicação da teoria, Becker (1993, p. 63) elenca três circunstâncias para que o adimplemento seja considerado substancial, a saber: a) proximidade entre o que foi realizado e o que havia sido pactuado; b) que a prestação (mesmo que imperfeita) satisfaça os interesses do credor; e c) que o devedor tenha se esforçado para cumprir a obrigação integralmente.

A primeira circunstância, conforme explica Becker (1993, p. 63), informa que o adimplemento substancial representa um resultado muito próximo do esperado. O devedor, de fato, cumpriu quase que a integralidade das prestações. Para verificar se assim aconteceu, deve-se considerar o contrato como um todo, não somente a prestação faltante. A autora destaca que o defeito da prestação, para que se possa verificar o adimplemento substancial, não pode descaracterizar o contrato. Segundo ela, "A prestação deve ser, ainda, adequada ao fim para o qual fora designada: pode ser inexata, mas não um *aliud*" (p. 64).



A segunda circunstância é o interesse (satisfação) do credor (BECKER, 1993, p. 64). Se a prestação defeituosa ou faltante não interferir no proveito que o credor tem com o contrato, não se justifica sua resolução. Em outras palavras, se o credor aproveita o contrato mesmo com o defeito em determinada parcela da prestação, não faz sentido resolver o contrato como um todo. Isso porque ainda há a utilidade para ele. Cabe, contudo, cobrar perdas e danos pela parte inadimplida.

Para ilustrar a circunstância anterior, a autora cita o exemplo da contratação de um *buffet* para ser servido em uma festa marcada para às 20h. Se a prestação for cumprida somente à meia noite, restará perdida a utilidade para o credor, uma vez que já passou do horário em que deveria ser servido. O atraso, nesse caso, não se mostra como ínfimo. Se, noutra hipótese, o jantar fosse servido às 20h30, o atraso poderia ser aceitável e a prestação considerada proveitosa ao credor.

Imagine, agora, a obrigação de entregar uma obra de arte. Se o prazo acordado para a entrega foi às 20h e ela só é entregue à meia noite, a utilidade não está perdida. Pode o atraso ser maior e ainda assim haver aproveitamento pelo credor. No contrato de compra e venda de imóvel na planta, por exemplo, se a construtora atrasar em uma semana a entrega das chaves, não se pode falar em falta de aproveitamento pelo credor.

Como terceira circunstância, a diligência por parte do devedor tem a ver com a boa-fé objetiva. Estaria agindo com ela, conforme Becker (1993, p. 65), aquele que busca ao máximo atingir os interesses firmados em contrato. Não observaria a boa-fé, pelo contrário, aquele que age com negligência ou que não cumpre a obrigação de forma proposita. Não pode o devedor, por exemplo, pagar noventa e nove das cem prestações pelas quais se obrigou e deixar de pagar a última sem que demonstre sua boa-fé em tentar cumpri-la.

No Brasil, a introdução da teoria do adimplemento substancial ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência. Conforme explicam Lima e Marquesi (2018, p. 219), não há, no ordenamento pátrio, dispositivo legal que materialize expressamente a teoria do adimplemento substancial.

Contudo, o atual Código Civil orienta o que pode ser feito em caso de inadimplemento. Dispõe o artigo 475: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” (BRASIL, 2002).

¹Do latim: outro (tradução livre)



A partir da leitura do supratranscrito artigo, percebe-se que o legislador conferiu ao credor duas opções frente ao inadimplemento: a resolução do contrato ou exigência do seu cumprimento. Acontece que não resta claro quais critérios devem ser observados na escolha. Por isso, surge a questão de que “o diploma legal não indica qual seja o inadimplemento apto a ensejar a sugerida resolução do contrato, dando-se a falsa ilusão de que seria de qualquer tipo” (LIMA; MARQUESI, 2018, p. 219). Acrescentam os autores que haveria injustiça se o contrato fosse resolvido mediante todo e qualquer inadimplemento por parte do devedor.

No ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Lima e Marquesi (2018, p. 225), a teoria do adimplemento substancial encontra guarida no princípio da boa-fé objetiva. Relaciona-se, ainda, com o princípio da conservação do negócio jurídico. Tal teoria propõe, acrescentam eles, uma mudança de foco do inadimplemento para o adimplemento. Assim, as prestações efetivamente cumpridas têm maior peso que as que não o foram.

O princípio da boa-fé objetiva, afirmam, permite que se chegue mais próximo à efetiva justiça. Orienta as partes da relação obrigacional a agirem de forma cooperativa. Nesse sentido, credor e devedor devem cooperar para que a obrigação seja satisfeita. Tal princípio, conforme explicam Lima e Marquesi (2018, p. 222), protege o devedor da obrigação. Gomide (2011, p. 5) explica que o princípio da boa-fé objetiva serve como limitador de condutas que possam se caracterizar como abusivas.

O princípio da conservação do negócio jurídico, por sua vez, segundo explicam Silvestre e Oliveira (2009, p. 7.124), informa que se deve evitar que o negócio jurídico deixe de produzir efeitos. Pelo contrário, o negócio jurídico deve, na medida do possível, adequar-se à nova realidade na qual se insere. Explicam que o negócio jurídico tem efeito não somente para as partes que dele participam diretamente, mas para a sociedade como um todo. Conservar o negócio jurídico é, dessa forma, do interesse social.

Por fim, Lima e Marquesi (2018, p. 220) destacam a finalidade da teoria do adimplemento substancial. Para eles, tal teoria visa limitar o direito do contratante adimplente frente ao descumprimento do devedor se tal inadimplência não retirar a utilidade de contrato. É, então, uma maneira de evitar que uma das partes pratique abuso de direito.



4. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como já mencionado no item anterior, a teoria do adimplemento substancial não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. É a partir da observância aos princípios da boa-fé objetiva e da conservação do negócio jurídico que os órgãos jurisdicionais podem julgar as demandas conforme o que diz a teoria. Passemos, agora, a analisar como os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria do adimplemento substancial.

Em 2016, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais deu provimento à Apelação Cível contra sentença que aplicou a teoria do adimplemento substancial. No primeiro grau, o apelante postulava pela busca e apreensão de bem por inadimplemento do réu. Entendeu o juízo originário ser cabível a teoria. No julgamento do recurso, porém, entendeu o Tribunal ser incabível a aplicação porque o valor adimplido não se aproximava do valor total do débito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - NÃO APLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. **Aplica-se a Teoria do Adimplemento Substancial nos casos em que o devedor já tiver arcado com grande parte do débito**, assim, é de se concluir pela inexistência de interesse de agir a amparar a propositura de Ação de Busca e Apreensão, cujo objetivo é a retomada do bem, devendo o credor buscar outra forma de adimplemento de seu crédito, especialmente porque a retomada do bem consubstancia-se em medida desproporcional. **Contudo, nos casos em que o devedor não tiver quitado a maioria da dívida, o prosseguimento da Ação de Busca e Apreensão se torna a medida mais prudente, objetivando assim assegurar o direito do credor.** (TJ-MG - AC: 10312150018983001 MG, Relator: Arnaldo Maciel, Data de Julgamento: 16/02/2016, Câmaras Cíveis / Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 22/02/2016, grifo nosso)

Compreende-se, do julgado, que não é em toda e qualquer situação que se aplica a teoria. É necessário que o devedor cumpra com a maioria das prestações. É preciso que a obrigação não seja descaracterizada pelo inadimplemento. Não pode o descumprimento causar ao credor a perda da utilidade contratual.

Em 2011, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. **Não se pode considerar que tenha havido o adimplemento substancial do contrato quando só houve a quitação de 55,56% do mesmo.** DOS DEMAIS PEDIDOS DO APELANTE. Tratando-se de inovação recursal, o recurso não deve ser conhecido neste ponto. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA DESPROVIDO.

(TJ-RS - AC: 70043683481 RS, Relator: Roberto Sbravati, Data de Julgamento: 11/08/2011, Décima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 06/09/2011, grifo nosso)

Diferentemente do caso anterior, em que o apelante pugnava pela não aplicação da teoria do adimplemento substancial, no julgado em análise, o apelante pugnava pela sua aplicação. O apelante havia cumprido com 20 das 36 parcelas que se obrigou a pagar. Entendeu o Tribunal não ser suficiente para aplicação da teoria a quantidade de parcelas efetivamente cumpridas pelo devedor.

No caso em questão, se a teoria fosse aplicada, o credor sofreria o prejuízo referente a 44,44% das prestações. Há redução em quase metade do valor patrimonial e, conseqüentemente, perda da utilidade do contrato. Por conseguinte, não se pode dizer que tal percentual de prestações inadimplidas representa um valor ínfimo. Não haveria razoabilidade em pensar assim.

Vejamos, agora, julgado do Tribunal de Justiça da Bahia, que entendeu como caso de não aplicação da teoria no caso de cumprimento de 61% da obrigação em financiamento de veículo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. **Nos casos em que o devedor não tiver quitado a maioria da dívida, o prosseguimento da Ação de Busca e Apreensão se torna a medida mais prudente, objetivando assim assegurar o direito do credor.** AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. (Classe: Agravo de Instrumento Número do Processo: 0017643-97.2016.8.05.0000, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 28/11/2016) (TJ-BA - AI: 00176439720168050000, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 28/11/2016, grifo nosso)

Note-se que, até então, nos julgados analisados, não há um critério quantitativo objetivo para orientar a aplicação da teoria do adimplemento substancial. Vejamos decisão do Tribunal de Justiça do Piauí estabelece um critério objetivo neste sentido:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO E RESCISÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CRITÉRIOS JURÍDICOS NÃO UTILIZADOS. ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. APLICABILIDADE NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. 1. **A jurisprudência pátria fixou como critério matemático para aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial, o cumprimento de pelo menos 80% (oitenta por cento) do contrato.** 2. O critério matemático, embora eficaz na verificação do grau (quantum) de cumprimento do contrato, não é suficiente para justificar a



aplicação da teoria do adimplemento substancial. 3. **Para aplicação da teoria, deve o magistrado, além de quantificar a parcela do contrato já cumprida, investigar a existência de justo motivo por parte do devedor para o inadimplemento da parte restante, bem como buscar a composição conciliatória entre as partes antes de aplicá-la.** 4. Apelação provida. Sentença anulada. (TJ-PI - AC: 201400010032360 PI 201400010032360, Relator: Des. Oton Mário José Lustosa Torres, Data de Julgamento: 26/08/2014, Quarta Câmara Especializada Cível, grifo nosso)

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO - DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPRA E VENDA DE POTRO - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DO CONTRATO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – 80% DAS PARCELAS PAGAS – SENTENÇA MANTIDA. **Havendo o adimplemento de 80% do contrato, considerando que, desde o deferimento da liminar de busca e apreensão até esta data já decorreram mais de três anos e meio, aplica-se a teoria do adimplemento substancial do contrato.** RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP 40020132120138260624 SP 4002013-21.2013.8.26.0624, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 11/09/2017, Vigésima Sétima Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2017, grifo nosso)

Visualiza-se, com os últimos dois julgados transcritos, que há um critério quantitativo objetivo para nortear a aplicação da teoria. Exige-se que reste cumprido pelo menos 80% da obrigação para que se possa considerar o adimplemento como substancial. Acontece que o critério puramente quantitativo dá margem ao devedor que, de má-fé, deixa de cumprir com a obrigação para utilizar a teoria do adimplemento substancial em sua defesa. Adiciona-se a boa-fé objetiva, conforme explicado no tópico anterior, para fazer (ou deixar de fazer) a aplicação da teoria:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA CARACTERIZADA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR NÃO CARACTERIZADO. De acordo com o artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69, para que haja a busca e apreensão do bem financiado é necessário, somente, que seja caracterizada a mora do arrendatário. **Para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não é suficiente a utilização de critério matemático-objetivo, sendo necessário, também, a existência da boa-fé objetiva.** (TJ-DF - APC: 20130310302140 DF 0029679-16.2013.8.07.0003, Relator: Esdras Neves, Data de Julgamento: 19/03/2014, Sexta Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 25/03/2014. Pág.: 304, grifo nosso)

No caso em questão, houve extinção do processo sem resolução do mérito no primeiro grau pela aplicação da teoria. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que o critério matemático-objetivo (quantidade de

prestações cumpridas) não é suficiente para aplicação se não for observada a boa-fé objetiva do devedor. Deu provimento ao recurso para determinar que o processo prosseguisse no primeiro grau.

Por fim, analisemos um caso em que a teoria do adimplemento substancial é usada para coibir o enriquecimento ilícito da parte que aproveita o contrato mesmo após inadimplemento em parte. O julgado é do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. NOTA DE EMPENHO. INEXECUÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. CULPA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ATUALIZAÇÃO. TERMO INICIAL. **1. É exigível o pagamento da parcela da obrigação cumprida, ainda que se trate de inexecução por culpa do contratado, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito do contratante, sobretudo quando o adimplemento parcial foi substancial e útil a este.** 2. Os honorários advocatícios devem ser atualizados a contar da data da sentença. Erro material corrigido no ponto. (TRF-4 - APELREEX: 50011513320124047117 RS 5001151-33.2012.4.04.7117, Relator: Fernando Quadros da Silva, Data de Julgamento: 12/11/2014, Terceira Turma, grifo nosso)

Percebe-se, nos casos trazidos, que não há uma regra puramente objetiva sobre o quanto deve ter sido pago para que se possa aplicar a teoria do adimplemento substancial. Com efeito, o critério puramente objetivo abriria margem para o descumprimento deliberado das obrigações com a finalidade de usar a teoria do adimplemento substancial em favor do devedor que assim agisse de má-fé.

Importa destacar, contudo, que tal teoria visa, também, impedir o enriquecimento ilícito por parte do credor que poderia aproveitar o contrato mesmo com o descumprimento parcial. Da mesma forma que não pode o devedor deliberadamente deixar de pagar a obrigação para se beneficiar da teoria do adimplemento substancial, não pode o credor decidir resolver o contrato deliberadamente quando ele lhe seja útil.

5. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL COMO FORMA DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Após as considerações acerca do direito civil constitucional e da teoria do adimplemento substancial (bem como sobre a forma como ela é aplicada pelos tribunais brasileiros), cumpre discorrer acerca da compatibilidade entre os dois temas. Procurar-se-á, a seguir, verificar se a teoria estudada é uma forma de interpretar o direito civil sob a ótica constitucional.



Já foi discutido que a supremacia normativa da Constituição impõe que todo o ordenamento jurídico lhe deve obediência. Dessa forma, o direito civil não pode ser visto como um ramo independente. Ao contratar, por exemplo, não pode a pessoa firmar cláusulas que violem a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, é necessário que todas as relações privadas observem a dignidade da pessoa humana, pois é um dos fundamentos da Constituição.

A teoria do adimplemento substancial orienta que não se deve proceder à resolução do contrato quando houver inadimplemento de parcelas ínfimas da obrigação. O objetivo é manter o contrato para que ele chegue a seu fim quando a inadimplência não fizer cessar o proveito da parte credora. Em outras palavras, se a prestação, ainda que imperfeita, for útil a parte, não há porque resolver o contrato.

Nesse sentido, Gomide (2011, p. 5) cita como exemplo o caso da pessoa que adquire imóvel em 100 prestações e, por dificuldade financeira, não paga duas parcelas. Percebe-se, aqui, que o devedor haveria cumprido com 98% de sua obrigação (caráter matemático-objetivo). Note-se, também, que a pessoa deixa de pagar por dificuldade financeiras (boa-fé objetiva). Em caso de inadimplemento das duas últimas parcelas, se houvesse resolução do contrato por parte da construtora, não haveria justiça. Perceba-se, ainda, que a utilidade é mantida pois a obrigação não é descaracterizada.

Se houvesse a resolução contratual, nesse caso, a parte credora estaria priorizando o caráter patrimonial do contrato. Estaria, sem dúvidas, deixando de lado a pessoa devedora. Não estaria observando sua dignidade. Tal situação não estaria de acordo com o que diz a Constituição. Se um órgão jurisdicional, por exemplo, decidisse em favor da resolução, não estaria observando os preceitos constitucionais.

Para evitar que a parte credora tenha prejuízo, deve-se lançar mão de outros meios. Pode o credor, de acordo com a teoria do adimplemento substancial, pleitear por perdas e danos, uma vez que a resolução contratual não se mostra razoável. Há, assim, outros meios capazes de minimizar as perdas suportadas pelo inadimplemento do devedor de boa-fé sem que se resolva o contrato impedindo que esse alcance o seu fim.

Em situações como no exemplo acima, mitiga-se a autonomia privada em benefício da dignidade da pessoa humana. Há a despatrimonialização do direito civil porque se prefere assistir à pessoa (pessoa como finalidade do direito civil) em detrimento do caráter patrimonial da obrigação. De acordo com Mendonça (2016, p. 134), a teoria do adimplemento substancial atende às exigências demandadas pelo Estado Social.

Ainda, aplicar a teoria do adimplemento substancial em casos como esse é observar o princípio da boa-fé objetiva. Lima e Marquesi (2018, p. 222) destacam que tal princípio reclama cooperação entre as partes. Assim, cabe ao credor cooperar para que a obrigação atinja o seu fim. A resolução do contrato que origina a obrigação, nos casos em que há inadimplemento de poucas prestações, não se mostra viável, pois não considera o ser humano como finalidade, colocando-o em posição secundária e priorizando o caráter patrimonial da obrigação. Afirmam os autores, ainda, que “com relação ao direito das obrigações é perfeitamente visível a proteção que o Código Civil garante ao sujeito que estiver de boa-fé, inclusive quando se trata do devedor da obrigação” (p. 223).

Assim, é possível fazer relação entre a teoria do adimplemento substancial e a interpretação do direito civil à luz da Constituição. Quando o julgador entende que não é razoável que o devedor tenha o contrato resolvido porque inadimpliu, por força maior, poucas prestações da obrigação, está primando pela dignidade da pessoa humana. Mitiga-se o direito do credor para despatrimonializar a relação obrigacional em observância aos preceitos constitucionais acerca da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

Faz-se, nesse caso, uma interpretação e aplicação do direito civil à luz da Constituição. Interpreta-se o direito como um todo e aplica-se a lei com o objetivo de concretizar os princípios fundamentais e direitos fundamentais que disciplinam todo o ordenamento. Coloca-se em prática os avanços conquistados pelo povo e consagrados na Constituição após um período de luta e reivindicações ao longo de toda a história, mas principalmente na história mais recente, no período pós-ditadura, que levou à promulgação da Constituição de 1988.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se dizer que a aplicação da teoria do adimplemento substancial é uma forma de interpretar o direito civil à luz da Constituição. Ao proteger o devedor de boa-fé que deixa de cumprir pequena parte das prestações (que não retiram a utilidade do contrato ao credor), o julgador preza pela dignidade da pessoa humana. A observância da dignidade da pessoa humana está em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, logo, é uma interpretação da lei civil conforme a Carta Magna.



O Estado Democrático de Direito exige que todo o ordenamento jurídico esteja em consonância com o que está disposto em sua Constituição. O texto constitucional, dessa forma, está em posição hierárquica superior a qualquer legislação ordinária. Assim, o texto infraconstitucional deve estar em consonância com o texto da Lei Maior.

No caso do Brasil, tanto o legislador (na feitura das leis) quanto o julgador (no exercício da jurisdição) devem observar os preceitos constitucionais. Um desses preceitos é a dignidade da pessoa humana, que consta expressamente no texto constitucional como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O direito civil, em sua origem, tem caráter bastante individualista. Rege as relações privadas em que muitas vezes se pede que o Estado não intervenha. Acontece que o Estado Democrático de Direito reclama que tais relações privadas observem também a Constituição. Os direitos fundamentais passam a ter eficácia horizontal, devendo ser observados também onde não há a presença do Estado. Surge, assim, a ideia de direito civil constitucional, que é justamente a interpretação e aplicação do direito civil sob a luz da Constituição.

É possível fazer tal interpretação através da teoria do adimplemento substancial, que postula que o contrato não se resolva quando houver inadimplemento de poucas prestações pelo devedor de boa-fé. Através dela, é possível que se priorize a dignidade da pessoa humana em detrimento de uma interpretação puramente patrimonial da relação contratual. Há, em sua aplicação, um sopesamento entre dignidade da pessoa humana e patrimônio; entre o interesse do credor e do devedor.

Originada no direito inglês, a teoria do adimplemento substancial não se encontra positivada no direito brasileiro. Diante da ausência de previsão legal, a doutrina e a jurisprudência orientam o operador do direito em sua aplicação, com o objetivo de limitar o direito do contratante adimplente quando a falta do devedor não representar perda de utilidade ao contrato. A teoria possibilita, assim, que o negócio jurídico seja mantido e que o devedor inadimplente não seja punido com a resolução quando agir de boa-fé.

Os tribunais brasileiros têm julgado demandas de acordo com a teoria do adimplemento substancial. Tais órgãos colegiados destacam que não se pode adotar um critério puramente matemático para a aplicação da teoria. Não se pode, assim, entender que há um limite mínimo ou máximo de prestações descumpridas para que se possa fazer uso da teoria. É preciso ir além e fazer uma análise qualitativa do caso para observar tanto a presença da boa-fé objetiva do devedor inadimplente, quanto do mantimento utilidade do contrato após o inadimplemento.



Dessa forma, há compatibilidade entre a teoria do adimplemento substancial e a interpretação do direito civil conforme a Constituição, de modo que aquela é uma forma de materialização, ou concretização, desta. Ao proteger o devedor de boa-fé que, por circunstâncias alheias à sua vontade, deixa de cumprir com sua obrigação, o julgador interpreta a relação particular conforme a Lei Maior. O magistrado, nesse caso, mitiga o caráter patrimonial da obrigação para levar em consideração os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana. Destarte, consideram-se tanto os interesses do credor quanto os do devedor.

REFERÊNCIAS

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, v. 9, n. 1, p. 61-77, 1993. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/68813>. Acesso em: 03 jun. 2021.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 1, n. 17, p. 11-23, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/469/187>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do direito das obrigações. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Santa Cecília, v. 8, n. 1, p. 87-108, dez. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/106/100>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GAYER, Geana Santos. Teoria do adimplemento substancial. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 77-94, dez. 2011. Disponível em: <https://www.emap.com.br/wp-content/uploads/2020/09/Revista-EMAP-Vol-02.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2021.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A teoria do adimplemento substancial e o princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, n. 1, p.



71-83, jan. 2011. Disponível em: <http://files.geraldine3.webnode.com/200000018-46a3748990/Adimplemento-Substancial.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; MARQUESI, Roberto Wagner. A teoria do adimplemento substancial e os critérios para sua aplicação. *Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 215-233, jun. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/viewFile/128/169>. Acesso em: 03 jun. 2021.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito civil constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (org.). *Direito civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 19-27.

MENDONÇA, Aline Lima Pessoa de. Análise Econômica Da Aplicação Da Teoria Do Adimplemento Substancial Aos Contratos De Arrendamento Mercantil Sob A Égide Do Sistema Civil-Constitucional Brasileiro. *Revista da AMDE*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 120-137, jan. 2016. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/295/pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito civil Constitucional. *Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 126-163, dez. 1991. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/352/325>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o Direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito civil*, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, p. 9-27, dez. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/42/36>. Acesso em: 03 jun. 2021.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes. Reflexões em torno do princípio da conservação do negócio jurídico. In: *XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2009, Maringá/PR (Anais). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 7122-7146. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

TUTELA E EXERCÍCIO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

GUARDIANSHIP AND EXERCISE OF PERSONALITY RIGHTS IN CONTEMPORARY SOCIETY: RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Ana Clara Schuh Ibrahim*

Resumo: O presente artigo pretende compreender a tutela e o exercício dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência e a sua proteção jurídica na sociedade hodierna, uma vez que não é perceptível a aplicabilidade dos direitos. A pesquisa desenvolveu-se por meio do método dedutivo, utilizando-se também de entrevistas feitas com alunos com deficiência da Universidade Federal de Santa Catarina. Os indivíduos com deficiência enfrentam diariamente uma luta pelo seu reconhecimento, a pesquisa, então, tem como objetivo abordar as mudanças ocorridas ao longo dos anos, além de expor um pouco sobre a aplicação dos direitos e da negligência dos pais em relação à essa parte da sociedade. Analisando historicamente, a percepção social da deficiência evoluiu de forma lenta, mas gradual, uma vez que o percurso passou de extermínio à integração. Quanto aos direitos personalíssimos, esses são direitos subjetivos do ser humano de defender o que lhe é próprio. Por meio do estudo histórico realizado, buscou-se conceituar o valor desses direitos para as pessoas com deficiência, compreendendo a importância para a vivência desse grupo social. Os direitos da personalidade da sociedade com deficiência, mesmo sendo protegidos por nosso ordenamento, principalmente no Código Civil, apresenta grande cláusula geral e de certa forma composta de abstração. Portanto, por meio das alterações ocorridas com a Lei Brasileira de Inclusão, constatou-se que houve uma significativa mudança em relação à tutela e ao exercício dos direitos da personalidade, entretanto ainda é uma situação, a qual pode melhorar a vida das pessoas com deficiência.

Palavras-Chave: Direitos de Personalidade. Pessoas com Deficiência. Contemporaneidade. Tutela. Exercício.

* Graduanda da 8ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8153883417201751>. E-mail: anaclaraibra@gmail.com



Abstract: This article aims to understand the protection and exercise of the personality rights of people with disabilities and their legal protection in today's society. The research was developed through the deductive method, also using interviews with students with disabilities at the Federal University of Santa Catarina. Individuals with disabilities face a daily struggle for their recognition. Analyzing historically, the social perception of disability evolved slowly, but gradually, since the path went from extermination to integration. As for the very personal rights, these are the subjective rights of the human being to defend what is his own. Through the historical study carried out, we sought to conceptualize the value of these rights for people with disabilities, understanding the importance for the experience of this social group. The rights of the personality of society with disabilities, even though they are protected by our legal system, mainly in the Civil Code, presents a large general clause and in a way composed of abstraction. Therefore, through the changes that occurred with the Brazilian Law of Inclusion, it was found that there was a significant change in relation to the guardianship and the exercise of personality rights, however it is still a situation, which can improve the lives of people with disabilities.

Keywords: Personality Rights. Disabled people. Contemporaneity. Guardianship. Exercise.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade são considerados uma construção recente, fruto das doutrinas francesa e alemã na segunda metade do século XIX. Paralelamente, os estudos das pessoas com deficiência ganharam maior relevância após a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas em 2008, e a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, em 2015, a qual tem como finalidade a garantia dos direitos essenciais e comuns a todos, como acesso à saúde, educação, trabalho, cultura e lazer, além do combate às práticas discriminatórias que dificultam a estruturação de uma sociedade inclusiva, não somente os indivíduos com deficiência que são colocadas à margem do seu próprio corpo social, bem como a todos os indivíduos que nela convivem.

A proteção aos direitos da personalidade conquistou destaque na Constituição Federal de 1988. A Carta Magna dispõe no artigo 5º uma série de direitos e garantias individuais que permitem a convivência harmônica entre os seres humanos. Adicionalmente, o Código Civil de 2002 apresenta um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, reconhecendo como valor da proteção ao ser humano.

Em síntese, enquanto a Constituição trata sobre os direitos da personalidade de forma genérica, o Código Civil oferece diretrizes jurídicas mais específicas. Não obstante a iniciativa do Legislativo de acrescentar um capítulo exclusivo aos direitos da personalidade no Código Civil seja digna, Schreiber (2013) afirma que, com a leitura, é perceptível a pouca contribuição da lei para esse objetivo. As elaborações



são incompletas, fechadas e bastantes conservadoras, não se ajustando à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade, dificultando a solução de casos concretos.

Os direitos da personalidade são divididos em três categorias: os direitos à integridade física, os direitos à integridade psíquica e os direitos morais, todos eles estão estritamente ligados à vida humana, principalmente as pessoas com deficiência, por enfrentarem quase todos os dias situações ligadas à violação desses direitos.

A partir da breve exposição, questiona-se, então, as mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, além da aplicabilidade das leis apresentadas. Dessa maneira, mesmo com toda a luta pelo reconhecimento, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, sobretudo, com a Lei Brasileira de Inclusão, ainda é possível perceber uma negligência do país em relação à garantia aos direitos da personalidade dessas pessoas, o que exige medidas socio-jurídicas e políticas para a sua proteção.

Diante do exposto, buscou-se analisar, primeiramente, a dignidade humana, uma vez que a essencialidade dos direitos da personalidade está totalmente fundamentada no respeito e na proteção da dignidade do ser humano. Após, verifica-se a tutela e o exercício dos direitos da personalidade, com destaque em relação às pessoas com deficiência.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, uma vez que o estudo partiu de uma análise de um objeto geral para o específico. Em relação ao procedimento técnico, realizou-se tanto um levantamento documental, com a análise de leis, como a Constituição Federal de 1988 e a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/15); bem como o levantamento bibliográfico, com a leitura e sistematização de livros doutrinários, além de artigos científicos publicados sobre o tema.

Dessa forma, o presente artigo foi dividido em quatro capítulos. O primeiro se dedicou a fazer uma contextualização da proteção da dignidade humana que surge por meio da própria vida em sociedade. Além disso, o princípio refere-se às condições necessárias para o mínimo desenvolvimento da pessoa, principalmente da sociedade com deficiência, as quais são detentoras de dignidade e de direitos da personalidade. No entanto, a garantia desses direitos é pouco visível, uma vez que a realidade percorre por questões discriminatórias e de segregação.

No segundo e terceiro capítulos, partiu-se para as principais investigações do artigo, sendo abordado o conjunto de problemáticas envolvidas na tutela e exercício dos direitos da personalidade dos indivíduos com deficiência. A contextua-



lização e a compreensão acerca do histórico das pessoas com deficiência faz-se necessário, em decorrência da exclusão presente na história desse grupo social, a qual é marcada pela luta do seu reconhecimento. Entretanto, ainda ocorre a pouca informação e desconhecimento da sociedade sobre os direitos e garantias da população com deficiência. Do outro lado, é feita uma análise breve do desenvolvimento dos direitos da personalidade, além da sua conceituação e das suas características. Outro ponto abordado é a relação dos direitos da personalidade com as pessoas com deficiência.

Por fim, o quarto capítulo visou analisar a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), a qual tem como base a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, dando assim efetividade ao tratado. A lei tem como objetivo assegurar e promover, em igualdade de condições, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, garantindo a sua inclusão social e a cidadania. Portanto, será exposto a aplicabilidade da lei no país, principalmente em relação à sociedade com deficiência.

2. DIGNIDADE HUMANA

Diante da problemática do capacitismo - discriminação das pessoas com deficiência -, a própria sociedade construiu um padrão perfeito nomeado “normal” com a subestimação da capacidade e da aptidão dos indivíduos com deficiência. É de extrema importância a análise do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana no âmbito dessa sociedade, uma vez que a temática perpassa tanto nos estudos da pessoa com deficiência como nos direitos da personalidade.

Em sua dimensão ontológica, a dignidade do ser humano afigura-se como qualidade inerente, essência que a define como tal. Nessa conjuntura, a pessoa humana, por sua própria condição de ser, já é detentora de dignidade. Trata-se, portanto, de um elemento preexistente ao direito. O fato da dignidade ser uma qualidade intrínseca não acarreta dizer que não possa ser objeto de violação (LEITE, 2012, p. 62).

No viés histórico, após as Grandes Guerras, fazia-se necessária a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos em âmbito internacional e de caráter universal. Em vista disso, com o objetivo comum de atingir todos os povos e nações, elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual reconheceu a dignidade como inerente a todos os membros, além dos direitos iguais e inalienáveis serem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Consequentemente, garantiu, em seu art. 1º, a liberdade e a igualdade para todas as pessoas.



No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inciso III. Ademais, no Título II da Constituição, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, são traçadas as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e igualdade para toda a sociedade, sem distinção de raça, gênero, origem ou deficiência. Tais garantias são genéricas, mas também essenciais ao ser humano, e sem elas o ser humano não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver (TARTUCE, 2021, p. 161). Destaca-se, portanto, a vital importância do art. 5º da CF/1988 para o ordenamento jurídico, ao consagrar as cláusulas pétreas - direitos fundamentais deferidos à pessoa. Gustavo Tepedino defende a existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana para a efetivação dos direitos fundamentais. Em suas palavras:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Neste viés, a proteção da dignidade da pessoa humana surge a partir da própria vida em sociedade. São condições necessárias - físicas, morais, materiais e imateriais - para o mínimo de desenvolvimento do sujeito. A tutela da personalidade está no princípio fundamental da dignidade humana, no artigo 1º, inciso III, como já citado anteriormente; bem como, está presente nas garantias de igualdade material (art. 3º, III, da CF/1988) e formal (art. 5º da CF/1988). Consequentemente, a pessoa carece de proteção em todos os aspectos: morais, psíquicos, materiais, imateriais, filosóficos, patológicos, orgânicos e entre outros. A essencialidade dos direitos da personalidade está totalmente fundamentada no respeito e na proteção da dignidade do ser humano. O princípio não deverá ser desrespeitado por vontade de alguém.

Perante o exposto, (LEITE, 2012, p. 64) a dignidade é uma marca caracterizadora da pessoa humana. Por conseguinte, independentemente da deficiência, o indivíduo é detentor da dignidade e dos direitos da personalidade. Isto é, pessoas sem e com deficiência são dignas e merecedoras de igual respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade. Não obstante, é visível a diferença nos mecanismos de respeito e promoção da dignidade humana, além da garantia dos direitos de personalidade entre a sociedade com deficiência e o grupo social sem deficiência.



3. PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De início, faz-se mister quantificar a população com deficiência, a qual equivale a 1 bilhão de pessoas (15% da população mundial), segundo o secretário-geral da Organização das Nações Unidas.

Além disso, é necessário expor e explicar a nomenclatura correta ao se referir às pessoas deste grupo social. Os termos como “pessoa portadora de deficiência” e “pessoa com necessidade especial” estão incorretos; o primeiro, porque transmite a ideia de que a pessoa carrega a deficiência consigo, como se fosse algo que está com o indivíduo, o segundo, porque não exterioriza muito significado, uma vez que qualquer pessoa pode ter uma necessidade especial. Ademais, o termo “deficiente”, que é o mais comum dentro da sociedade, também está equivocado, pois o sentido transparece que só a deficiência norteia o ser humano, mas não, a deficiência faz apenas parte do corpo dela.

A deficiência (ARAUJO, 2012, p. 55) é parte da pessoa, integrando-se a ela, não é algo que está perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carrega; ela é. Portanto, antes de tudo, é um indivíduo. Diante da explicação, a terminologia certa é pessoa com deficiência.

A pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a qual, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com os demais indivíduos. Essa conceituação foi estabelecida pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada pela Organização das Nações Unidas em 2008. Não obstante, a luta das pessoas com deficiência pelo seu reconhecimento foi, e ainda é, complexa e complicada.

Inicialmente, segundo Débora Diniz (2012), compreender a deficiência como um estilo de vida particular é um fenômeno razoavelmente recente. A deficiência reclama o “direito de estar no mundo”. A autora afirma, ainda, que o maior desafio para a concretização desse direito é o fato de que a deficiência é pouco conhecida, falada e estudada.

Diante do exposto, é importante salientar que a história das pessoas com deficiência sempre expressa duas características comuns, independente do contexto estudado. A primeira faz referência da deficiência como uma contribuição que atribui ao ser humano um valor inferior em relação aos demais indivíduos da sociedade, como se existisse uma categorização para aqueles que não se enquadram no modelo de normalidade física, psíquica, intelectual e sensorial imposto



por determinado grupo social. Em decorrência da primeira, a segunda diz respeito à exclusão social da pessoa com deficiência, principalmente na ausência de participação em decisões sociais, tendo em vista a posição marginal em que é colocada.

Nesse viés, com a leitura da obra *A Epopéia Ignorada - a História da Pessoa Deficiente no Mundo de Ontem e de Hoje*, de Otto Marques da Silva, é possível concluir, de imediato, que a realidade das pessoas com deficiência sempre foi percorrida por questões discriminatórias e de segregação, culminando na constante necessidade de uma militância voltada à promoção de inclusão social e respeito a cada um (SILVA, 1987, p. 5-20).

Na Grécia Antiga, Platão e Aristóteles, nos seus livros *A República* e *A Política*, respectivamente, ao falarem do planejamento das cidades gregas, indicavam as crianças nascidas “disformes” para a eliminação - por exposição, abandono ou atiradas de montanhas.

Com as influências religiosas, na Idade Média, houve a primeira mudança na percepção em relação às pessoas com deficiências. A população encarava o nascimento desses indivíduos como “castigo de Deus”. A própria Igreja Católica adotou comportamentos discriminatórios e de perseguição, substituindo o que mais defendia, a caridade, pela rejeição àqueles que não estavam dentro de um “padrão de normalidade”.

Essa alteração é considerada um marco por Silva (1987, p. 20-35), por ter sido a primeira vez em que se tentou explicar o porquê da deficiência. Entretanto, não trouxe qualquer melhoria para a vida das pessoas com deficiência, que continuaram sendo objeto de desprezo e exclusão por parte da sociedade.

A Idade Moderna, com o Renascimento, adentra em uma fase mais esclarecida da humanidade e das sociedades em geral, com o advento de direitos reconhecidos como universais, a partir de uma filosofia humanista e com o avanço da ciência. Foi nesse período a materialização no modelo biomédico, o qual não atribuía mais à deficiência uma causa sobrenatural ou um castigo divino, mas sim questões médicas, objetivando a cura por meio da medicina. (GUGEL, 2007)

O iluminismo, embora tenha colocado a deficiência na esfera da condição biológica humana, trouxe junto a noção de normalidade que, ao eleger um padrão universal de homem, passou a considerar legítimo um tratamento diferenciado aos ‘desviantes’. Essa diretriz intensificou o surgimento de estigmas, preconceitos, estereótipos e discriminações em relação às pessoas com deficiência, grupo representativo, por excelência, dos desvios em relação às formas e valores considerados “normais”, tor-



nando a opressão social uma experiência comum a todas esses seres humanos, em qualquer parte do mundo (AMARAL, 1994, p. 14; CHARLTON, 1998, p. 4).

O Século XX (GUGEL, 2007) trouxe avanços significativos para a população em geral, e em especial, para as pessoas com deficiência, sobretudo em relação às ajudas técnicas ou elementos tecnológicos assistivos. A sociedade, não obstante as sucessivas guerras, organizou-se coletivamente para enfrentar os problemas e para melhor atender a pessoa com deficiência, produzindo assistência e qualidade do tratamento.

Esse movimento foi impulsionado, sobretudo, pelo cenário internacional que, a partir de 1948, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou um amplo e profundo debate sobre os direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Assim, em que pese não haja menção correta à garantia dos direitos da pessoa com deficiência, apenas uma referência com a expressão “inválida”, no artigo 25, a Declaração Universal, em seu preâmbulo, tutela o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana. (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p.155-160)

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi adotada pela Organização das Nações Unidas, no dia 13 de dezembro de 2006, nos termos da Resolução da Assembleia Geral n.61/106. Até junho de 2018, a Convenção contava com 177 nações signatárias, incluindo o Brasil, que a ratificou em 30 de março de 2007, conferindo-lhe status constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

De início, faz-se fundamental expor que a Convenção exterioriza oito princípios inspiradores: 1) respeito à dignidade, autonomia individual para fazer suas próprias escolhas e independência pessoal; 2) não-discriminação; 3) plena e efetiva participação e inclusão social; 4) respeito às diferenças e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; 5) igualdade de oportunidades; 6) acessibilidade; 7) igualdade entre homens e mulheres; 8) respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos dessas crianças de preservar sua identidade.

O propósito maior da Convenção, explicitado por Flávia Piovesan (2008), é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-Partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos previstos. A convenção apresenta o conceito de “*reasonable accommodation*”. Esse conceito



aponta como dever do Estado adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar à sociedade com deficiência o exercício pleno dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais.

Assim, sob a ótica do reconhecimento, nas últimas três décadas do século XX, a luta das pessoas com deficiência alcançou, em muitos países, estágio referente à igualdade de direitos, da tipologia positiva de reconhecimento proposta por Axel Honneth. Num primeiro momento, foram aprovadas diversas leis voltadas à garantia dos direitos de cidadania para esse segmento, assegurando-se, portanto, a igualdade formal aos demais cidadãos. Não obstante, ainda existem problemas a serem enfrentados, uma vez que a aplicação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão não ocorre na prática, como visto, em razão do capacitismo.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Inicialmente, tem-se certificado que os direitos da personalidade foram constituídos como uma herança da Revolução Francesa, a qual propagava os lemas liberdade, igualdade e fraternidade. A partir disso, é possível analisar a evolução dos direitos fundamentais por meio da sua divisão em três gerações, as quais sustentam uma correlação com os referidos temas. A liberdade tem relação com a primeira geração; a segunda, com a igualdade, dando destaque aos direitos sociais; e a terceira, com a fraternidade, resultando os direitos ligados à pacificação social (direitos do trabalhador, direitos do consumidor etc.) (GONÇALVES, 2021, p. 71).

Com a consagração da dignidade humana em âmbito internacional e a sua inclusão à Constituição Brasileira de 1988, a noção de respeito a esse princípio foi redimensionada e consagrada no art. 1º, III, somado a isso foi proclamado que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” (art. 5º, X) (GONÇALVES, 2021). Em consequência da necessária mudança, o direito privado especialmente o direito civil foram atingidos. O Código Civil de 1916 era caracterizado por uma ótica extremamente patrimonialista, com a alteração, o direito civil brasileiro, iniciou, afinal, uma abertura para as pessoas. Em virtude da redemocratização e da promulgação do novo texto constitucional, diversos civilistas defenderam a necessidade de releitura do direito civil à luz dos novos valores existenciais (SCHREIBER, 2013).



O Código Civil de 2002 afirma o compromisso do direito privado nacional com a tutela e o exercício da personalidade humana. Em um capítulo novo, dedicou-se aos direitos personalíssimos, visando, nas palavras de Miguel Reale, “à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos”. Aliado a isso, aduziu o Coordenador do Projeto do novo estatuto civil que, “tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência” (GONÇALVES, 2021). Independentemente do avanço representado pela disciplina, muitos doutrinadores afirmam que o Código foi tímido a respeito do assunto de tanta relevância, reduzindo o desenvolvimento para não correr o risco de enumerá-los taxativamente. Neste viés, Anderson Schreiber (2013) afirma que, com a leitura do capítulo, é perceptível uma baixa contribuição para a garantia da tutela e do exercício da personalidade humana.

Seguindo a temática, é essencial a conceituação dos direitos da personalidade. Será exposto, portanto, alguns conceitos doutrinários, vitais à matéria acadêmica e à prática civilista. Pontes de Miranda definiu-os como direitos inatos, ou seja, aqueles que nascem com o ser humano. Por sua vez, Francisco Amaral define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Rubens Limongi França afirma que os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Por fim, nas palavras de Maria Helena Diniz:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Os direitos da personalidade são divididos em três categorias: os direitos à integridade física, os direitos à integridade psíquica e os direitos morais, todos eles estão estritamente ligados à vida humana, especialmente às pessoas com deficiência, por enfrentarem diariamente problemas ligados à violação desses direitos. O Código Civil dedicou o seu segundo capítulo aos direitos da personalidade. Em onze artigos (arts. 11 a 21), disciplinou os atos de disposição do próprio corpo (arts. 13 e 14), o direito à não submissão a tratamento médico de risco (art. 15), o

direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), a proteção à palavra e à imagem (art. 20) e a proteção à intimidade (art. 21).

Os traços característicos dos direitos personalíssimos são: a) caráter geral e absoluto - é uma consequência da sua oponibilidade *erga omnes*; b) intransmissibilidade e irrenunciabilidade - não permite a cessão de um direito a outrem nem a renúncia ou abandono; c) inalienabilidade - por serem inerentes à pessoa humana, os direitos são relativamente indisponíveis; d) não limitação - é ilimitado o número de direitos da personalidade, e) imprescritibilidade - não se extinguem pelo uso ou pelo decurso do tempo; e f) vitaliciedade - são inatos e adquiridos no instante da concepção e alguns refletem mesmo após a morte.

Segundo Gustavo Tepedino (2013), os direitos da personalidade são concernentes à tutela da pessoa humana e são considerados essenciais à sua dignidade e integridade. Dessa maneira, ao tratar-se de direitos personalíssimos, refere-se, concomitantemente aos direitos humanos. Estes são protegidos contra a arbitrariedade do Estado e afirmados internacionalmente, enquanto aqueles estão no âmbito das relações entre os indivíduos civis, contudo, todos garantem direitos voltados à dignidade humana. Os direitos da personalidade são limites impostos contra o poder público e contra os particulares na proteção do ser humano, garantindo o seu desenvolvimento e sua própria existência. Consequentemente, o elo entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e os direitos personalíssimos é um vínculo inquebrantável. Por fim, pode-se falar que os direitos da personalidade são direitos fundamentais (SCHREIBER, 2013, p. 26).

Em relação ao histórico das pessoas com deficiência, a realidade delas sempre transcorreu por questões discriminatórias e de segregação, resultando na constante necessidade de uma luta voltada ao progresso da inclusão social e respeito a cada um. Essa inclusão reflete diretamente nos direitos da personalidade, principalmente naqueles considerados direitos morais, os quais estão estritamente ligados à honra, à educação, ao emprego, à habilitação e às produções intelectuais. Pode-se afirmar que antigamente não havia a promoção de ideais para um aumento no envolvimento social da sociedade com deficiência. Em 2016, após o vigor da legislação brasileira específica desses indivíduos, houve um crescimento em projetos para uma maior inclusão social, com o uso de cotas em concursos públicos, para um aumento das vagas do acesso à educação e ao emprego para esses seres humanos, além de uma maior fiscalização para a garantia do exercício e tutela dos direitos da personalidade às pessoas com deficiência.



Por outro lado, a realidade é outra e cruel para a população com deficiência. As entrevistas realizadas com alunos com deficiência da Universidade Federal de Santa Catarina, num primeiro momento, possibilitaram uma maior aproximação e entendimento dos problemas que as pessoas passam no seu cotidiano. Ao serem perguntados, muitos desconheciam a existência dos direitos personalíssimos, talvez por falta de informação do próprio Estado e da mídia, a qual possui uma ampla influência na população brasileira. Ao longo da conversa, foi perceptível que muitos desses direitos são violados, como o direito à imagem e o direito à honra. No entanto, seguindo a análise, constata-se algumas decisões que reconhecem a presença dos direitos da personalidade juntamente com os direitos das pessoas com deficiência, como por exemplo:

6. Infere-se que a situação vivenciada pelo autor, conforme narrado na inicial, extrapola o mero aborrecimento e tem o condão de gerar abalo psíquico a repercutir intimamente na honra e dignidade do autor, ora recorrido. 7. Com efeito, é de se inferir que as rés, ora recorrentes, não garantiram o direito de inclusão do autor, portador de necessidades especiais, no evento, conforme assegurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, gerando riscos à sua integridade física e violando os direitos da personalidade. 8. A reparação por dano moral não alcança somente a dor e o sofrimento, mas também o abalo, e pode corresponder a uma compensação pelo incômodo e pela perturbação gerados por situações que extrapolam a normalidade, devendo servir, demais disso, como punição do ofensor, a fim de desestimular a prática de condutas da mesma natureza. Acórdão 1275007, 07594747420198070016, TJDF, Relator: EDILSON ENEDINO DAS CHAGAS, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 14/8/2020, publicado no DJE: 11/9/2020.

Consequentemente, mesmo com alguns tribunais garantindo os direitos da pessoa com deficiência, o assunto ainda é muito obscuro para a sociedade. Tanto que o capacitismo, a discriminação de indivíduos com deficiência, ainda é muito presente, uma vez que há uma construção social de um coro padrão perfeito denominado como “normal” e da subestimação da capacidade e aptidão das pessoas com deficiência.

5. LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Na tipologia de reconhecimento de Axel Honneth (2003), o trabalho do Poder Legislativo em relação à pessoa com deficiência classifica-se no reconhecimento de direitos. Neste viés, analisando principalmente o ordenamento jurídico brasileiro, em 2016 entrou em vigor a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), sob o lema “Nada sobre nós sem nós”, o projeto foi disponibilizado de forma a contemplar a diversidade



humana, bem como, ter como base a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, dando assim efetividade ao tratado.

Não obstante, muito além das medidas instituídas pela Convenção, tais como o acesso à saúde, educação, trabalho, cultura, lazer, informação, entre outros, o texto da Lei Brasileira de Inclusão respaldou-se na carência de serviços públicos existentes no Brasil e nas demandas da própria população. Com a mudança de compreensão sobre a deficiência de uma perspectiva meramente biomédica, para uma compreensão como desigualdade social, fica reforçada a ideia da deficiência não como atributo individual, mas como resultado de uma sociedade despreparada para a diversidade humana.

A Lei nº 13.146, definiu no art. 3º as barreiras como sendo quaisquer entraves, obstáculos, atitudes ou comportamentos que limitem ou impeçam a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança - da leitura, é perceptível a ligação com os direitos da personalidade.

Outro ponto muito significativo é que a LBI é regida pelos Princípios da Igualdade e da Não Discriminação, portanto, é reservada a proporcionar e promover, em condições de igualdade o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, tendo em vista, a sua inclusão social e cidadania. O ideário de igualdade humana é, e sempre foi, uma das relevantes proposições relacionadas aos direitos humanos (MADRUGA, 2016, p. 79). Quanto à não discriminação, o autor afirma que Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência distingue o que vem a ser um ato discriminatório, de efeitos negativos sobre os direitos humanos e as liberdades, daquelas medidas que visam impulsionar a igualdade.

A partir disso, a LBI apresenta um caráter idealístico plenamente fundamentado nos princípios inerentes dos Direitos Humanos, no entanto, a legislação possui obscuridades no tocante de que veste uma roupagem geral e não individualiza cada deficiência de forma a enxergá-la de forma específica dentro da necessidade de cada cidadão. Essa generalização é problemática, uma vez que reforça a não inclusão de todos os sujeitos na sociedade. Exemplos comuns estão dentro da escola, reforçando cada vez mais a ofensa aos direitos da personalidade, como direito à honra e o direito à liberdade, como é visto em decisões recentes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:



1. É dever das instituições privadas de ensino, mesmo aquelas prestadoras de atividades de natureza social, de qualquer nível e modalidade, o dever de adotarem medidas pedagógicas individualizadas de adaptação aos educandos portadores de qualquer forma de deficiência a fim de eliminar barreiras e promover a inclusão plena. Lei 13.146/2015. 2. No caso, o aluno foi diagnosticado com Transtorno de Déficit de Atenção com Hiperatividade, doença crônica por si só causadora de dificuldade de atenção, mas que somada à perda auditiva do ouvido esquerdo, lhe acarreta significativa dificuldade de aprendizado. 3. A morosidade em implementar estratégias pedagógicas adaptativas com potencial para amenizar as limitações apresentadas pelo aluno caracteriza descumprimento de dever legal, cujos danos configuram dano moral passível de reparação por ofenderem direitos da personalidade. Acórdão 1273448, 00011642920178070003, TJDF, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 19/8/2020, publicado no DJE: 24/8/2020.

A dignidade e os direitos da personalidade da pessoa com deficiência são expressos pela autonomia individual, pela plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e pela igualdade de oportunidades, e segundo o art. 10 da LBI, *“compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida”*. Ou seja, é de responsabilidade estatal a tutela e o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, e caso isso não ocorra, o art. 7º prevê que *“é dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência”*.

No entanto, mesmo com o reconhecimento judicial, a aplicação da LBI, na prática, ocorre de forma morosa, embora alguns artigos tenham sido regulamentados, ainda é pouco conhecida tanto por parte das pessoas com deficiência como por outros atores sociais. Como visto anteriormente, muitos não conhecem os direitos da personalidade - direitos fundamentais para a vivência humana -, por isso a tutela e o exercício acabam sendo prejudicados. Dessa maneira, faz-se necessária uma ampla divulgação em diferentes canais de comunicação e recursos para torná-la popular.

É de extrema importância reconhecer que a sanção da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência é uma conquista não só das pessoas com deficiência, mas de toda a sociedade. Após longo período de segregação, discriminação e preconceitos, as décadas, após 1980, surpreendem com a aprovação de um arcabouço legislativo que visa proteger e promover os direitos de mais de 45 milhões de indivíduos com algum tipo de deficiência, cerca de 24% da população brasileira, registrado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2010. Todavia, também é necessário a identificação de que vários problemas ainda estão presentes na sociedade, com destaque para o preconceito com as pessoas com deficiência que sofrem com a falta de acessibilidade, liberdade e inclusão. Com a disseminação dos direitos, principalmente dos direitos da personalidade, a

sociedade tende a mudar, consideravelmente, o pensamento discriminatório que apresenta em relação à sociedade com deficiência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa procurou-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro, englobando tanto as leis quanto a doutrina e a jurisprudência, incorpora os direitos da personalidade em relação às pessoas com deficiência e como ocorre a tutela e o exercício desses direitos na sociedade hodierna. Com o estudo, obteve-se o resultado de que existe o reconhecimento por parte dos tribunais sobre os direitos personalíssimos, mas ainda encontra resistência por parte da sociedade, visto que o capacitismo está enraizado no corpo social, além da falta de informação acerca da legislação e da existência dos direitos referentes às pessoas com deficiência.

Diante do exposto, sob a ótica do reconhecimento, nas últimas três décadas do século XX, a luta das pessoas com deficiência alcançou, em diversos países, estágio referente à igualdade de direitos, ou seja, a percepção social da deficiência evoluiu de forma lenta mas gradual, se considerarmos a história da humanidade. Seguindo a linha do tempo, o percurso passou do extermínio à integração, entremeado por diversas etapas de segregação.

Outrossim, é perceptível, de forma direta e evidente, a relevância da dignidade como a fonte ética dos direitos personalíssimos, os quais são intimamente ligados à pessoa humana, constituindo a base de todas as imunidades especiais, além de possuir um grande valor e potencialidade para desenvolver-se em sociedade, sendo necessários e vitais para o indivíduo. A partir das evoluções científicas e tecnológicas, é inegável a importância dos direitos da personalidade para a garantia do respeito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, aos valores morais e intelectuais, todos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade humana. Afinal, a teoria dos direitos da personalidade, tanto quanto suas formas de tutela, evoluíram e foram paulatinamente se sintetizando, ao mesmo tempo que se evoluíram as ideias de valorização do homem, da sua compreensão, como centro e fundamento da ordenação social. Neste viés, a consciência moral de uma sociedade dita os direitos personalíssimos, portanto há um certo modo de encarar a posição do indivíduo no cerne da sociedade, e com o estudo percebe-se qual é o real lugar das pessoas com deficiência.

Neste viés, a Lei Brasileira de Inclusão, orientada pelos Princípios da Igualdade e da Não Discriminação, foi promulgada com o objetivo de assegurar e estimular,



em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, tendo em vista, a sua inclusão social e cidadania. A partir das pesquisas e das entrevistas realizadas com os estudantes da Universidade Federal de Santa Catarina, foi analisada uma melhora em relação à garantia dos direitos e das liberdades fundamentais dos sujeitos. Entretanto, ainda existe uma precariedade nos projetos para promover as garantias, principalmente referentes à dignidade humana, principalmente, no que diz respeito à aplicabilidade diária dos direitos. A partir do estudo, conclui-se que todos os seres humanos dispõem da capacidade dos seus direitos da personalidade e a LBI surgiu para reforçar essa garantia às pessoas com deficiência, que sofrem diariamente com a violação dessas imunidades, em virtude da falta de informação e do capacitismo da sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Ligia Assumpção. *Pensar a diferença/deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil*. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html. Acesso em: 04 jan 2022.

BRASIL. *Decreto nº 6949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm . Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 7030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de



1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.html. Acesso em: 04 jan. 2022.

CHARLTON, James I. *Nothing about us without us: Disability Oppression and empowerment*. California: University of California Press, 2000.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HONNETH, Axel. *Integrity and Disrespect: Principles of a conception of morality based on the theory of recognition*. (S.I). *Political Theory*, vol. 20, n. 2, May, 1992, pp. 187 – 201.

HONNETH, Axel. *Recognition and Moral Obligation*. (S.I) *Social Research*, vol. 64, n. 1, 1997, p. 16-35.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

LEITE, George Salomão. *A dignidade humana e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência*. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência*. Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1998 e os Tratados*



Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. (S.I). EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, v. 2, nº 1, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto.* In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual Dos Direitos Da Pessoa Com Deficiência.* Edição Digital. São Paulo: Saraiva. 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade.* 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único.* 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; Método, 2021

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro: Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil.* In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v.

UBERIZAÇÃO E CLASSE TRABALHADORA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA EXPLORAÇÃO POR APLICATIVO

UBERIZATION AND WORKING CLASS: FUNDAMENTAL ASPECTS OF EXPLORATION BY APP

Cassiano Hasselmann Brasil*

Gustavo Silva**

Resumo: O presente artigo versa sobre o fenômeno da uberização do trabalho, sob ótica das categorias já estabelecidas por Karl Marx, como fetichismo da mercadoria, mais-valia, meios de produção, entre outras, que podem ser consideradas descartáveis por conta da camuflagem imposta pelas ideias da classe dominante. Procurando comprovar a importância do intelectual alemão e de seus conceitos na compreensão de fenômenos modernos do capitalismo, o escrito busca apoio em cientistas marxistas modernos, nos escritos de Marx, em entrevistas cedidas pelo motofretista Paulo Galo e em conjunto com análise de decisões proferidas pela justiça brasileira sobre a temática em tela. A partir da análise da uberização do trabalho entende-se que as categorias marxianas permanecem válidas enquanto o mundo permanecer no sistema capitalista, principalmente enquanto a extração da mais-valia permanecer em expansão.

Palavras-Chave: Uberização. Marx. Marxismo. Capitalismo. Sociologia do Direito.

Abstract: The article the phenomenon of uberization, from the perspective of the present categories already made by Karl Marx, as a fetish of production about, surplus value, means of production, among others, that can be considered expendable on account of the camouflage of ideas defined by the ruling class. Seeking to verify the importance of the german intellectual and his concepts in the understanding of the modern phenomena of capitalism, the written support in modern Marxist judges, in Marx's writings, in interviews provided by the motofretista Paulo Galo and together with an analysis of decisions made by the Brazilian on the subject in question. From the analysis of the uberization of work, it is concluded that the Marxian categories in the system are valid as long as the world remains capitalist, especially as long as the extension of surplus value remains expanding.

Keywords: Uberization. Marx. Marxism. Capitalism. Sociology of Law.

* Graduando em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9877984312301000>. E-mail: cassiano@hasselmann.com.br

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6613282264238577> . E-mail: gustavosilvaufsc@gmail.com



1. INTRODUÇÃO

A uberização é um desdobramento da nova ofensiva iniciada pelo capital contra o trabalhador nos anos oitenta. O capital, que estava passando por uma crise, buscava expandir seu crescimento para garantir a sua reprodução *ad infinitum*. A partir dessa década, com a reestruturação produtiva, iniciam-se diferentes ataques aos trabalhadores sob o ideal neoliberal.

Conseqüentemente, tem-se novas formas de flexibilização do trabalho como a uberização. Dentre suas características, está a ilusão do empreendedorismo, a ausência de garantias trabalhistas, a delegação de riscos para o consumidor e o trabalhador, falta de organização política, entre outras.

No entanto, segundo a socióloga Ludmila Abílio (2020, p. 113), algumas das características da uberização não são inteiramente novas, elas já existiam no capitalismo, mas estavam reservadas às margens do sistema, como em países periféricos e ocupações femininas, e eram invisibilizadas. Desta forma, a uberização dá visibilidade para essas características que se demonstram centrais no sistema (ABÍLIO, 2020, p. 113).

Seguindo o discurso imposto pela classe dominante, o uberizado é um prestador de serviços, isto é, um outro empreendedor. Em tese, por conta disso, as categorias elaboradas pelo sociólogo Karl Marx seriam descartáveis para analisar esse fenômeno.

A proposta deste artigo é provar o contrário, ratificar a atualidade das categorias marxianas como fetichismo de mercadoria, mais-valia, entre outras e, dessa maneira, demonstrar que, apesar de moderno, permanece operando de forma exploratória com as mesmas categorias centrais do sistema capitalista.

Para tal, o artigo divide-se em três principais temáticas: a primeira utiliza-se principalmente artigos científicos e escritos de Marx como fontes principais. A segunda parte é focada em entrevistas dadas por Paulo Galo, um motofretista líder da organização dos Entregadores Antifascista. Por fim, a terceira divisão analisa a relação entre Direito, Marx e Uberização, com o complemento de uma decisão proferida pela justiça brasileira do trabalho. Deste modo, visando conciliar a visão de quem está estudando o fenômeno e daquele que está vivendo ele diretamente.

Assim, com a união dessas visões, sugere auxiliar operadores do Direito do Trabalho, os quais têm passado pelos mesmos problemas de necessidade de aprimoramento dos meios que utilizam, a compreender esse novo fenômeno com al-



gumas ferramentas de conhecimento de outras ciências que não o Direito, dado o fato da uberização ser também um método para driblar as proteções trabalhistas positivadas nos diferentes ordenamentos jurídicos.

2. UBERIZAÇÃO

No ensino brasileiro, estuda-se a revolução industrial (BRASIL, 2018), a qual pode ser dividida em três: a primeira, onde surge o maquinário a vapor, a segunda, destaca-se pelo uso da eletricidade e do petróleo, e a terceira, com a aplicação das inovações digitais. No entanto, a partir de 2010, já é possível observar uma quarta revolução em que emerge a indústria de plataforma. Aqui, o trabalhador vende sua força de trabalho sem ter necessariamente um vínculo empregatício com a empresa e, portanto, ilusoriamente, deixa de ser chamado de trabalhador e passa a ser denominado como prestador de serviços.

Essa nova relação de trabalho é, principalmente, evidenciada no fenômeno chamado de uberização do trabalho, o qual tem seu nome devido a empresa Uber que surgiu em 2009 no mercado de serviços, especificamente de transportes. Em consequência de suas vantagens, a uberização estendeu-se para diversos ramos de serviços como, por exemplo, o alimentício (IFood, Rappi, UberEats e outros), serviços domésticos (Diaríssima e Blumpa), serviços gerais (GetNinja e Triider), entre outros.

A uberização em sua aparência trouxe diversas vantagens para o consumidor, como a praticidade, flexibilidade e o baixo custo do produto, nas diversas áreas do serviço. Porém esses benefícios possuem um custo, o qual é mascarado pelo fetichismo da mercadoria, dessa forma o consumidor não tem consciência das relações de exploração por trás do produto para que ele chegue ao resultado final com essas “qualidades”.

O que vem acontecendo para essa ilusão - produzida pelo fetichismo - cair por terra são, primeiramente, as manifestações por parte dos trabalhadores explorados as quais expõem as brutalidades desses trabalhos (como os “breque dos apps” ocorridos no mês de julho de 2020 no Brasil) e, secundamente, o crescente avanço da uberização, que começa a atingir a classe média a qual, inicialmente, apenas se beneficiava com o produto, então aumentando a potencialidade e a quantidade do primeiro acontecimento. Assim, observa-se que não há um real proveito dos consumidores, visto que esses mesmos estão submetidos ou a esse regime de exploração ou, ao menos, ao perigo de acabarem nele.



Dado isso, o leitor pode ter ficado com dois questionamentos: Quem é o verdadeiro beneficiado com essa nova relação de produção? E qual a exploração contida nela? Uma resposta direta é que a burguesia é quem se beneficia dessa nova relação com exploração da mais-valia. No entanto, isso Karl Marx já havia assinalado no século XIX como fundamento do capitalismo em geral, não importando a aparência que tomasse.

Parte do que diferencia a uberização das outras relações do atual momento é, ironicamente, um certo retorno à ausência de direitos que se tinha na emergência do capitalismo industrial e que sempre esteve na periferia do sistema. Ao decorrer do capitalismo a classe trabalhadora lutou e conquistou seus direitos trabalhistas, como a redução e limitação da jornada de trabalho, salário mínimo, auxílios e garantias. Porém a uberização rasgou e está rasgando essas conquistas, estabelecendo uma relação de produção onde não há um vínculo empregatício, dentro das normas jurídicas, entre o trabalhador e o aplicativo (que são a primeira aparência dos burgueses, ressaltando dessa forma o fetichismo), ou seja, generalizando a condição do trabalho informal.

Nota-se também que essa nova relação beneficia-se das crises, principalmente pelo crescimento acentuado do exército de reserva (dos desempregados e os desalentados, que são aqueles desistiram de procurar um emprego) que acontece nelas por ser uma medida contra-arrestante, pois essas pessoas as quais perderam seu emprego formal vão rapidamente buscar trabalho na área informal para poderem sobreviver. Logo, a pressão da informalidade somada a do exército de reserva reforça a competitividade entre eles mesmo - posto que quase qualquer um pode trabalhar no aplicativo. Também, faz com que o preço pago pelo tempo de trabalho seja extremamente baixo e conseqüentemente trabalhem muito mais de oito horas por dia para alcançarem uma renda que dê, minimamente, para manter o corpo em funcionamento.

Além disso, por conta da tendência à centralização do capital inerente ao sistema capitalista (MARX, 2013, p. 702), essas empresas tornam-se monopólios na área que operam e ganham o poder para diminuir o preço pago pelo tempo de trabalho (ABÍLIO, 2020, p. 117). Esse poder de monopolização é percebido também por um motofretista entrevistado em 2018:

Você vai até achar estranho de eu falar só Loggi, hoje eles conquistaram o mercado, tanto que você tem que trabalhar até meia-noite, a carga horária aumentou... antigamente você tinha meta, eu particularmente e vários amigos meus, tinha meta de R\$300 por dia... 'Eu vou fazer, tipo, até às 6h, no máximo até 7h'... você conseguia... hoje não. É o que a gente fala, o cara quando não



tem família, é solteiro, é diferente, ele trabalha até a hora que ele quiser, então hoje a Loggi está praticamente obrigando você ficar até meia noite, 11 horas na rua. (ABÍLIO, 2020, p. 117)

Percebe-se, então, um aumento da quantidade de mais-valia (trabalho não pago) extraída por parte das empresas-aplicativos, e nesse caso da mais-valia absoluta. Contudo, já é possível visualizar uma tendência da automatização de alguns desses serviços como, por exemplo, as empresas de transporte com carros autônomos (BEZERRA, 2020) e o iFood com entregas de drones (MIOTTO, 2021) a fim da maior extração da mais-valia relativa.

Vale ressaltar que a escolha das palavras “manter o corpo em funcionamento” previamente não foi um acaso. Buscou-se evidenciar a brutalidade do sistema capitalista, o qual escancara a sua exploração na uberização, pois além de não fornecer os meios materiais - entende-se aqui como dinheiro e o tempo - para o trabalhador fazer algo que não seja garantir o mínimo para a reprodução social, também delega a ele estabelecer as melhores estratégias produtivas para alcançar esse mínimo. E quanto ao tempo, ele possui uma importância para além de apenas a vivência: sem tempo, o uberizado não consegue se organizar politicamente e reivindicar por seus direitos perdidos.

Outro grande detalhe que se constitui como um obstáculo para a organização política é a ausência planejada da consciência de classe por parte desse novo trabalhador. Esse planejamento vem como um elemento dessa nova relação, a qual, como visto anteriormente, excluiu a palavra trabalhador do vocabulário e substituiu por prestador de serviço, na ideia de que, pelo fato do uberizado possuir a propriedade dos meios de produção (carro, moto, celular, entre outros) e da força de trabalho, ele, em tese, possui total autonomia na produção. Então, a empresa apenas estaria ligando o empreendedor com o consumidor.

Porém, a historiadora Virgínia Fontes em seu artigo “Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho”, expõe muito bem a falácia por trás desse pensamento. Fontes (2017, p. 56) afirma que é a empresa quem detém a propriedade dos recursos sociais de produção, portanto somente ela é quem pode tornar viável a conexão do meio de produção e a força de trabalho do uberizado com o mercado consumidor.

Essa propriedade dos recursos sociais de produção mostra-se como um elemento fundamental do capitalismo informacional-financeiro, fazendo com que apenas a seguinte afirmação de Marx que define capital como “meios de produção monopolizados por certa parcela da sociedade” (MARX, 1959, p. 590, tradução



nossa) seja incompleta, pois, atualmente, isso é apenas umas das expressões que o capital pode ter. Porém, outra expressão mais moderna é também a monopolização dos recursos sociais de produção, a qual inclui de certa forma a anterior.

Logo, a declaração anterior de Marx dada no mesmo texto em que foi retirada a acima é mais completa, dizendo “[...]capital não é uma coisa, mas uma relação social de produção definida, pertencente a uma formação histórica definida da sociedade, a qual se manifesta em uma coisa e lhe empresta um caráter social específico” (MARX, 1959, p. 590, tradução nossa). Assim, reconhecendo sua expressão flexível de acordo com tempo e a relação a qual se dá a exploração.

Outra definição dada por Marx (2013, p. 307), a qual vê-se necessária acrescentar aqui, é “O capital é trabalho morto, que, como um vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quanto mais trabalho vivo suga”. Então, o capital busca diferentes modos, como a uberização, de adquirir trabalhos vivos em maior abundância *ad infinitum*.

Segundo Abílio (2020, p. 114), uma característica fundamental da uberização, que contribui para a maior extração de mais-valia, é a criação do trabalhador *just-in-time*. Nos trabalhos uberizados, o trabalhador recebe na exata medida que produz, similar ao dizer de Marx (2013, p. 621, 623) sobre salário por peça:

O salário por peça não é senão uma forma modificada do salário por tempo (...). Ele proporciona ao capitalista uma medida plenamente determinada para a intensidade do trabalho. Apenas o tempo de trabalho que se incorpora numa quantidade de mercadorias previamente determinada e fixada por experiência vale como tempo de trabalho socialmente necessário e é remunerado como tal.

No entanto, o trabalhador *just-in-time* é um passo além do salário por peça, pois o trabalhador agora é remunerado somente na medida pelo tempo o qual produz e pelo produto quando efetua o valor de troca, ou seja, quando o produto é vendido. Desta forma, a empresa aumenta sua lucratividade, pois não precisa pagar pelo tempo que o uberizado espera por uma entrega ou demanda, e, em certos casos, evita perder dinheiro com o problema de superprodução.

Mesmo assim, é possível extrair do capítulo “Salário por peça” do *Capital*, livro 1, diversas observações para compreender a uberização. Marx (2013, p. 624) percebe que nessa relação de trabalho a supervisão torna-se supérflua, pois a gerência agora é exercida pelo próprio trabalhador, que decide a intensidade de trabalho para alcançar determinada meta de salário. Isso possui diferentes consequências:

Dado o salário por peça, é natural que o interesse pessoal do trabalhador seja o de empregar sua força de trabalho o mais intensamente possível, o que facilita ao capitalista a elevação do grau normal de intensidade. É igualmente do interesse pessoal do trabalhador prolongar a jornada de trabalho, pois assim aumenta seu salário diário ou semanal. (Marx, 2013, p. 624-625)

[...]

Mas o maior espaço de ação que o salário por peça proporciona à individualidade tende a desenvolver, por um lado, tal individualidade e, com ela, o sentimento de liberdade, a independência e o autocontrole dos trabalhadores; por outro lado, sua concorrência uns contra os outros. (Marx, 2013, p. 626)

Percebe-se, dois principais resultados: o aumento da jornada de trabalho, o qual já foi verificado na entrevista dada pelo motofretista anteriormente, e, novamente, o imaginário da independência do trabalhador, que repercute no ideal de empreendedorismo.

Atualmente, uma outra característica do capitalismo informacional-financeiro, que contribui para o crescimento desse ideal, é a financeirização, onde uma empresa apenas possui diferentes acionistas, considere aqui apenas os maiores, então a imagem dela em muitos casos não está vinculada a uma pessoa em específico, salvo algumas exceções como Jeff Bezos, Elon Musk, Bill Gates e outros. Consequentemente, fica mais invisível a relação entre patrão e empregado, ou melhor dizendo, entre burguês e proletário, restando apenas um aplicativo sem personalidade. Isso alimenta o imaginário do empreendedorismo citado antecipadamente e dificulta a possibilidade de busca por reivindicações, visto que enganosamente é apenas um app e não há nada humano por trás.

Esse imaginário é apenas um dos elementos do que Marx e Engels (2007, p. 47) chama de ideologia:

As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios da produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual

Desse modo, na uberização, o trabalhador passa a achar que faz parte da classe dominante, alimentando ainda mais a força da ideologia.



2.1. A UBERIZAÇÃO NA VISÃO DO TRABALHADOR

Quem aborda muito bem a mentalidade ilusória do empreendedorismo é o militante brasileiro Paulo Galo, líder da organização dos Entregadores Antifascista, a qual reivindica os direitos dos trabalhadores retirados pela uberização. O militante, nas diversas entrevistas dadas, demonstra o problema desse tipo de mentalidade que engana o proletário fazendo com que ele deixe de alcançar o conceito classe para si, isto é, permaneça desorganizado politicamente, repudiando a política no geral e rivalizando com seus companheiros de classe.

Na entrevista dada na live no youtube do canal “Galãs Feios” (2020), Galo, enquanto fala dos “breques dos apps”, citado previamente, ratifica a importância do momento em que o uberizado adquire a consciência de classe, ou seja, passa para classe para si, entende sua posição como trabalhador e não empreendedor. Consequentemente, percebe o antagonismo entre a sua classe (a do proletariado) e a dos capitalistas donos dos aplicativos, então começa a reivindicar por seus direitos arrancados, implicando em uma participação mais ativa de um sujeito pertencente da luta de classes.

O sociólogo de rua, como Galo refere-se a si em alguns casos, também participou da live da Boitempo (2020) no youtube de lançamento do livro “Uberização, indústria digital e trabalho 4.0” de Ricardo Antunes, sociólogo marxista do trabalho com bastante renome na área. Nesse debate, Galo comentou que em 2012, anteriormente à dominância das empresas-aplicativo, trabalhava como motoboy, porém quando voltou a trabalhar nessa categoria em 2019, onde já havia a predominância desses aplicativos, passou a ser um entregador.

Destaca que era motoboy quando trabalhava para uma única empresa que o contratava para se mover de um ponto até o outro, porém, como entregador os aplicativos o colocam para fazer diversas coisas, como fazer compras, passear com cachorro, entre outros. Como parte dessa variedade de trabalho está o estresse repetitivo de algumas situações como filas no supermercado, trânsito e outros. Dado isso, pode-se concluir que a uberização do trabalho é, também, a uberização do trabalhador, pois essa relação cobra um aprimoramento do trabalhador de *mensch* (humano) para *übermensch* (super-homem), isto é, exercer diferentes trabalhos além da capacidade humana.

Logo em seguida, o entregador também aborda a insegurança que o próprio consumidor passa. Por exemplo, na atual situação da pandemia, essas empresas de aplicativo em sua maioria não proveram para seus trabalhadores recursos bási-

cos como álcool em gel e testes, então o risco também passa a ser do consumidor que pode se contaminar com o coronavírus.

Acrescenta-se aqui a essa pontuação do Galo outras “taxas” que o consumidor paga, como o trabalho de avaliação de qualidade de cada um dos trabalhadores, pois a empresa não precisa mais possuir um supervisor, os próprios clientes fazem essa função. Relacionando-se assim diretamente com o conceito de *crowdsourcing* de Jeff Howe, em razão de agora ter um consumidor-usuário que faz um trabalho gratuito para as empresas-aplicativo (ABÍLIO, 2020, p. 121). Com isso, surgem novos problemas novamente para o uberizado, dado que ele é supervisionado por um sistema totalmente arbitrário o qual possui brechas para casos de racismo, machismo, homofobia, xenofobia e outros.

Dada a tamanha problemática, esse caso já foi levado para justiça estadunidense com o ex-motorista Thomas Liu o qual foi desligado do aplicativo por atingir uma nota inferior 4,6. Assim, processou a empresa Uber com a justificativa de, nas palavras dele, “A Uber está ciente de que os passageiros são propensos a discriminar os motoristas em suas avaliações, mas continua a usar esse sistema, tornando-a responsável por discriminação racial intencional” (OLHAR DIGITAL, 2020).

Retornando a live, Galo foi questionado sobre a possibilidade de os entregadores montarem seu próprio aplicativo, porém ele responde que na conjuntura atual isso seria impossível, pois as grandes empresas poderiam derrubar ele de diferentes formas (BOITEMPO, 2020). Por exemplo, lançando promoções de produtos a baixo custo, as quais iriam fazer todos os consumidores retornarem ao antigo aplicativo, seja por necessidade ou falta de consciência de classe. Dessa forma, os entregadores também iriam migrar, visto que a demanda aumentaria, resultando assim com a falência do aplicativo. Evidenciando a prática de dumping comercial, comum no capitalismo, mesmo sendo ilegal.

Porém, esse não é o único tipo de dumping que a uberização pratica. Inerente a esse fenômeno está a prática de dumping social, pois essa relação não reconhece dentro da ordem jurídica os vínculos trabalhistas, logo não está assegurado os direitos trabalhistas, conseguindo baratear o custo da produção. No entanto, em diferentes lugares do mundo já está havendo um processo de regularização dessa nova relação de trabalho ou até mesmo a proibição (como é o caso do Chile que, embora tenha o aplicativo em utilização, não possui nenhum respaldo do governo chileno, chegando a ser não legalizado). Mas, o fenômeno ainda se demonstra maior que as regulações, permanecendo assim a exploração desenfreada.



Ademais, por não haver esse reconhecimento dos direitos trabalhistas, os trabalhadores passam a assumir todos os riscos como o de acidentes ou de sequestros. Esse último vem sendo um grande problema, tanto que no Brasil 27% dos sequestros relâmpagos as vítimas são os motoristas de aplicativo, segundo a Folha de São Paulo (HENRIQUE, 2021). Porém, há outros riscos que esse novo trabalhador tem de assumir, sendo um deles os danos possíveis e os reparos do seu meio de produção. Percebe-se que o uberizado passa a ser responsabilizado pela manutenção de seu instrumento de trabalho (seja carro, moto, bicicleta ou outros), recebendo um valor menor ainda no final do mês, enquanto o burguês enriquece. É o que pensa também Ricardo Antunes (2018, p. 34-35):

A Uber é outro exemplo mais do que emblemático: trabalhadores e trabalhadoras com seus automóveis, isto é, com seus instrumentos de trabalho, arcam com suas despesas de seguridade, com os gastos de manutenção dos veículos, de alimentação, limpeza etc., enquanto o “aplicativo” – na verdade, uma empresa privada global de assalariamento disfarçado sob a forma de trabalho desregulamentado – apropria-se do maisvaler gerado pelo serviço dos motoristas, sem preocupações com deveres trabalhistas historicamente conquistados pela classe trabalhadora.

Contudo, há um caso muito comum entre os entregadores de comida do iFood e do Rappi, em que nem mesmo o meio de produção o trabalhador tem, então resta a ele alugar esse instrumento de trabalho de outra empresa para poder trabalhar. Nesse caso, vê-se o agravamento da extração da mais-valia, não por parte da dona do aplicativo, a qual monopoliza dos recursos sociais de produção, mas sim da empresa que aluga a bicicleta, pois ali há, em certa medida, a monopolização dos meios de produção.

Por fim, há outra situação a qual a pandemia do covid-19 trouxe e vê-se necessário destacar aqui. Segundo o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV), 56% das empresas brasileiras mudaram a forma de operação do seu negócio durante a pandemia e pretendem manter essa nova forma (PODER360, 2020). Dentre essas empresas, 41% do ramo do comércio citaram a opção do delivery como uma dessas mudanças (PODER360, 2020). Tendo em vista que o ramo de delivery é dominado pelas empresas uberizantes, percebe-se cada vez mais a necessidade de proteção dos trabalhadores por parte do Estado.



2.2. UBERIZAÇÃO E DIREITO

Tratando diretamente de como a temática da uberização afeta o dia-a-dia dos tribunais brasileiros, é essencial a compreensão de Direito e Estado para Karl Marx, pois como é possível ver a seguir, está intimamente ligado às decisões atuais quanto à temática em análise.

Marx, seguindo a metodologia do materialismo dialético, entende o Estado e o Direito como um reflexo das relações produtivas com determinada autonomia relativa. Esse pensamento fica claro na seguinte passagem de Marx e Engels (2007, p. 76):

Como o Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e que sintetiza a sociedade civil inteira de uma época, segue-se que todas as instituições coletivas são mediadas pelo Estado, adquirem por meio dele uma forma política. Daí a ilusão, como se a lei se baseasse na vontade e, mais ainda, na vontade separada de sua base real [realen], na vontade livre. Do mesmo modo, o direito é reduzido novamente à lei.

Portanto, no capitalismo, onde as relações produtivas dão-se através da divisão da dominação do trabalhador por parte do burguês, o Estado é a reprodução desse conflito:

o Estado moderno, que, comprado progressivamente pelos proprietários privados por meio dos impostos, cai plenamente sob o domínio destes (...) esse Estado não é nada mais do que a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, tanto no exterior como no interior, para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses. (Engels; Marx, 2007, p. 75)

As leis seguem a mesma linha, são a expressão geral dos interesses dos burgueses (Engels; Marx, 2007, p. 77).

Dessa forma, analisando historicamente o Estado e suas leis, percebe-se que a realidade condiz com as afirmações de Marx e Engels. A palavra operário no início e meio do século XIX é muito mais recorrente no código penal dos países do que em outros códigos (CAZZETA, 2018, p. 44-47). Somente no século XX inicia-se o congacramento dos direitos sociais, dentre eles os trabalhistas. Isso porque a pressão das revoluções socialista e do crescente movimento forçaram os Estados a criar esses direitos para que não perdessem sua hegemonia.

No entanto, nas periferias do capitalismo, os Estados, ao invés de estabelecerem esses direitos, optaram por enrijecer o código penal e manter a classe operária controlada através da força. Pois, somente assim conseguiriam continuar alimentando o capital com o trabalho vivo.



Assim, quando se fala de uberização, a tendência é os Estados e o Direito ficarem ao lado do capital, portanto não reconhecerem esse vínculo trabalhista. Porém, com o avanço das manifestações e as reivindicações dos trabalhadores, é possível que esses direitos sejam reconquistados.

2.2.1 no brasil

Estudar o caso brasileiro torna-se fundamental devido ao fato de 35,6 milhões de brasileiros, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2021, serem trabalhadores informais, chegando a taxa de 40,6% da população ocupada (UOL, 2021). Não obstante disto, a pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indica que houve um aumento de 979,8% de trabalhadores na área de entregas em comparação ao período dos últimos cinco anos (PCDOB, 2021), sendo que grande parte do aumento se dá justamente devido à crise do desemprego.

Ademais ao exposto, nota-se que no Brasil há uma força em sentido à desregulamentação do trabalho. Sendo evidente com a reforma trabalhista de 2017, passa a ser mais claro ainda com as decisões brasileiras quanto ao reconhecimento de vínculo empregatício o qual, em geral, têm ido contra os trabalhadores. Para exemplificar isso, traz-se aqui um caso julgado.

As ações pertinentes à questão da uberização são, geralmente, julgadas no tribunal de justiça do trabalho. Dito isto, evoca-se o acórdão RR - 1000123-89.2017.5.02.0038, caso o qual foi discutido sobre a possibilidade de existência de vínculo trabalhista entre uber-trabalhador autônomo. A decisão do tribunal foi contrária à existência de vínculo igual ao previsto no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nas palavras de Carmo, Cardoso, de Melo e Gregório (2020, p. 3-4), os principais argumentos para embasar a decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) que negou a existência de subordinação, portanto de um vínculo trabalhista, são:

- (i) que o motorista tinha autonomia para escolher o momento em que ficaria conectado à plataforma;
- (ii) que a Uber presta um serviço de mediação;
- (iii) que havia ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que preten-



de atender por dia, o que afasta o requisito da subordinação; (...)

(viii) que é de conhecimento geral a forma de funcionamento da relação empregatícia entre os motoristas do aplicativo Uber e a referida empresa, a qual é de alcance mundial e tem se revelado como alternativa de trabalho e fonte de renda em tempos de desemprego (formal) crescente.

Os quatro tópicos aqui são uma falácia, pois o trabalhador uberizado, apesar de deter tal autonomia para estabelecer suas estratégias de trabalho, é obrigado a trabalhar para garantir um salário-mínimo para a sua reprodução social. Sendo assim, esse gerenciamento de produtividade pelo uberizado passa a ser mais um trabalho que ele não é remunerado de acordo. Além disso, de acordo com o tópico dois e oito demonstram-se falsos quando percebido que são as empresas-aplicativo as quais estabelecem regras de o quanto vai custar cada viagem, quanto fica para o trabalhador e para empresa, os momentos que vão haver taxa adicionais - como tempo chuvoso - e quem vai receber os trabalhos.

Conclui-se então que o Estado no Brasil segue exatamente os interesses da burguesia, pois, além de não garantir os direitos sociais para os trabalhos, institucionaliza esse modo de exploração. Enquanto isso, no âmbito internacional vê-se um movimento contrário, o qual reconhece o vínculo empregatício entre empresas-aplicativo e trabalhador. Porém, isso ocorre, principalmente, em países centrais onde historicamente os trabalhadores já possuem seus direitos mais consolidados, seguindo então a mesma trajetória do século XX.

No entanto, um próprio juiz do TRT afirma que a matéria trabalhista sobre a uberização está longe de ser concluída, pois envolve uma nova modalidade de trabalho (FM, 2020). Portanto, envolve a reorganização e uma nova visão dos institutos clássicos do Direito do Trabalho, como a subordinação jurídica acima tratada (FM, 2020).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é perceptível que os direitos trabalhistas são uma conquista parcial por parte do proletariado na luta de classes, portanto essa conquista é antagonista com o interesse da classe capitalista, pois esses direitos reduzem a quantidade de mais-valia extraída por parte do burguês. Então, o capital não se sustenta dessa maneira, visto que precisa cada vez mais alimentar-se do trabalho vivo.

Em vista disso, a uberização prova-se um fenômeno do interesse burguês em meio a luta de classes, buscando extrair mais-valia em grandes quantidades



e retirar os direitos conquistados pelo proletariado. Mostrando-se um desafio para os operadores do direito conseguirem garantir os direitos dos trabalhadores, dado que, na aparência, opera em uma lógica diferente dos trabalhos regulares, disfarçando o trabalhador como um empreendedor. Porém, nos tribunais brasileiros, já é possível ver um avanço nas causas dos trabalhadores e até dos consumidores, quando é reconhecida, por parte do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a responsabilidade objetiva por parte da Uber com o empregado (BRASIL, 2021).

Quanto às categorias de Marx, ainda se demonstram úteis e importantes para entender o fenômeno da uberização, pois, o entendimento que o aplicativo extrai mais-valia do uberizado e do fato do trabalhador possuir os meios de produção não o torna autônomo devido a necessidade dos recursos sociais de produção - estes pertencente às empresas - auxilia a entender a existência de exploração do trabalho e não apenas uma relação de colaboração que é a imagem que a ideologia tenta impor. Ademais, enquanto o mundo permanecer no sistema capitalista, toda teoria de Marx permanece útil para compreender os fenômenos visto que ele extraiu categorias centrais desse sistema

Por fim, para os juristas o estudo de outras áreas mostra-se fundamental para compreender os fenômenos modernos. Somente, a busca por um saber puro jurídico dificilmente dará conta de abarcar os novos obstáculos que o capital impõe para barrar os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Uberização: a era do trabalhador just-in-time?* Estudos Avançados, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 111-126, maio. 2020. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VHXmNyKzQLzMyHbgcGMNNwv/?lang=pt>. Acesso em: 24 jan. 2022.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BEZERRA, Mirthyani. *“Uber” sem motorista? Empresa do Google lança serviço de carros autônomos*. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/10/14/uber-sem-motorista-waymo-one-lanca-servico-de-carridas-autonomas.htm#:~:text=Para%20solicitar%20a%20corrida%2C%20basta,%C3%A9%20que%20n%C3%A3o%20tem%20motorista..> Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. *Base Nacional Comum Curricular*. Brasília, 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). Acórdão nº TST-RRAg-849-82.2019.5.07.0002. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. [S. l], 17 dez. 2021.

CARMO, Carla Louzada Marques; CARDOSO, Flavia Stella; MELO, Isadora Sagmeister de; GREGÓRIO, João Paulo. *OS ASPECTOS JURÍDICOS DA UBERIZAÇÃO: RISCOS TRABALHISTAS, CÍVEIS E APLICAÇÃO DA LGPD*. Migalhas. 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324474/> Acesso em: 26 jan. 2022.

CAZZETTA, Giovanni. Na “idade das máquinas”. Direito codificado e incertezas classificatórias dos juristas, in História do Direito – Entre rupturas, crises e discontinuidades (eds. A. Wehling; G. Siqueira; S. Barbosa), Belo Horizonte, 2018.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

Entregadores antifascistas vão pra cima feat. Paulo Galo (Live da quarentena) | Galãs Feios. 1 vídeo (1h17min55seg). Publicado pelo canal Galãs Feios. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IjHA19Jr3-Y>. Acesso em: 29 jun. 2021.

FM, Trt. *JUIZ FALA SOBRE A UBERIZAÇÃO DO TRABALHO, SEUS IMPACTOS E COMO O FENÔMENO VEM SENDO TRATADO*. 2020. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/trt-fm-juiz-fala-sobre-uberizatos-e-como-o-fen%C3%B4meno-vem-sendo>. Acesso em: 26 jan. 2022.

FONTES, Virgínia. *CAPITALISMO em tempos de uberização: do emprego ao trabalho*. Marx e O Marxismo, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p. 45-67, 14 jul. 2017. Semestral. Disponível em: <https://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/article/view/220>. Acesso em: 1 jul. 2021.

HENRIQUE, Alfredo. *27% dos sequestros relâmpagos são de motoristas de aplicativo*. 2021. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2021/01/27-dos-sequestros-relampagos-sao-de-motoristas-de-aplicativo.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MARX, Karl. *Capital: a critique of political economy*, Volume III. Ussr: Institute Of Marxism-Leninism, 1959. 3 v. Edited by Friedrich Engels. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/Capital-Volume-III.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2021.



MARX, Karl. *O capital*, Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

MIOTTO, Rafael. *IFood começa a usar drones para delivery em primeira rota experimental do Brasil na quarta*. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2021/12/14/ifood-comeca-a-usar-drones-para-delivery-em-primeira-rota-experimental-do-brasil-na-quarta.ghtml>. Acesso em: 26 jan. 2022.

PCDOB (org.). *Número de entregadores por aplicativo cresce 979% em cinco anos*. 2021. Disponível em: <https://pcdob.org.br/noticias/numero-de-entregadores-por-aplicativo-cresce-979-em-cinco-anos/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

PODER360. *Mais de 50% das empresas vão manter mudanças adotadas na pandemia, diz FGV*. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/mais-de-50-das-empresas-vaio-manter-mudancas-adotadas-na-pandemia-diz-fgv/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

UBER é processada por sistema de classificação de motoristas. 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/10/28/noticias/uber-esta-sendo-processada-por-seu-sistema-de-classificacao/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

UBERIZAÇÃO, indústria digital e trabalho 4.0 | Ricardo Antunes, Paulo Galo e Luci Praun. 1 vídeo (1h57min14seg). Publicado pelo canal TV Boitempo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8g3cn0F4pY>. Acesso em: 29 jun. 2021

UOL. *Em um ano, total de trabalhadores sem carteira aumenta quase 5 milhões*. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2021/08/31/trabalhadores-informais-segundo-trimestre>. Acesso em: 26 jan. 2022.

PARA UMA ANÁLISE DO DIREITO EM J. HABERMAS: DA ÊNFASE NA COLONIZAÇÃO DO MUNDO DA VIDA PELO SISTEMA À TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

TOWARDS AN ANALYSIS OF LAW IN J. HABERMAS: FROM THE EMPHASIS ON THE COLONIZATION FROM LEWORLD BY SYSTEMS TO THE TENSION BETWEEN FACTICITY AND VALIDITY

*Marina Leite de Moura e Souza**

Resumo: A partir de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, este artigo busca compreender o direito em J. Habermas com base em duas obras: *Teoria da Ação Comunicativa* (1981) e *Facticidade e Validade* (1992). Para tanto, inicialmente, identifica algumas premissas da teoria social do autor, como a possibilidade ainda ativa na história de uma emancipação futura e a compreensão da sociedade simultaneamente como sistema e como mundo da vida, culminando no diagnóstico de que o limiar da modernidade é marcado pela colonização do mundo da vida pelo sistema. Em um primeiro momento, não obstante tenha sido efetuada uma distinção entre direito como meio de controle e direito como instituição, enfatizou-se o primeiro papel, isto é, que o direito serve como um meio para que o sistema colonize o mundo da vida, constituindo sobre ele uma verdadeira dominação administrativa. Posteriormente, passa-se a compreender que a linguagem do direito, permeada pela tensão entre facticidade e validade, é capaz de traduzir, em duas vias, as expectativas normativas do mundo da vida para a linguagem dos sistemas, de modo que o direito pode bloquear a colonização interna e se caracterizar como lócus potencial de emancipação.

Palavras-Chave: Mundo da Vida; Sistema; Direito; Colonização; Facticidade e Validade.

* Graduada do 9º período do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7441390439091437>. Endereço eletrônico: marinaleite@ufmg.br.



Abstract: Based on an essentially bibliographical research, this paper aims at comprehending the law in J. Habermas based on two books: The Theory of Communicative Action (1981) and Between Facts and Norms (1992). To do so, initially, it identifies some premises of the author's social theory, such as the possibility still active in the history of a future emancipation and the understanding of society simultaneously as systems and as lifeworld, reaching the diagnosis that the threshold of modernity is marked by colonization of lifeworld by systems. At first, although a distinction was made between law as a medium and law as an institution, the first role – that law serves as a means for systems to colonize lifeworld – was way more emphasized, constituting a true administrative domination over it. Posteriorly, it is understood that the language of law, permeated by the tension between facticity and validity, is capable of translating, in two ways, the normative expectations of the world of life into the language of systems, so that the law can block internal colonization and characterize itself as a potential locus of emancipation.

Keywords: Lifeworld; System; Law; Colonization; Facticity and Validity.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de uma pesquisa de Iniciação Científica conduzida entre os anos de 2018 e 2019 sob a orientação do Prof. Dr. David F. L. Gomes, com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PI-BIC/CNPq), acerca da categoria do direito em Jürgen Habermas, cujos objetivos foram compreender o lugar do direito entre sistema e mundo da vida e a tensão entre facticidade e validade.

Como se sabe, é imensamente vasta a literatura secundária sobre a obra habermasiana como um todo (CRUZ, 2008), não havendo novidade no tratamento do direito neste contexto. Ademais, nesses mais de 60 anos de produção bibliográfica, J. Habermas jamais deixou de acrescentar novos elementos a sua reflexão, os quais nem sempre têm sido acompanhados mais de perto pela literatura especializada brasileira.

Nesse contexto, o enfoque deste trabalho é sobretudo a leitura bibliográfica primária, buscando nela visualizar como o direito aparece em dois diferentes momentos: o primeiro momento se dá em *Teoria da Ação Comunicativa* (1981), em que é relevante o papel do direito na colonização do mundo da vida pelo sistema; e o segundo momento é estabelecido na obra *Facticidade e Validade* (1992), na qual o direito aparece como uma estrutura de charneira entre sistema e mundo da vida. Não se cuida, neste espaço, de abordar as críticas sofridas por J. Habermas sobre suas teses acerca do direito, mas, antes, de buscar compreender a fundo conceitos complexos do autor alemão.

O artigo divide-se em três partes, ressalvadas as subdivisões comportadas: em primeiro lugar, busca situar J. Habermas na Escola de Frankfurt, ressaltando as críticas que dirige aos autores da Primeira Geração (Capítulo 2), em segundo lugar, retoma os conceitos de ação comunicativa, ação racional com respeito a fins, sistema e mundo da vida (Capítulo 3), para, ao fim, explicitar as nuances da compreensão do direito nos dois diferentes momentos da obra do autor (Capítulos 4 e 5).

2. J. HABERMAS E A ESCOLA DE FRANKFURT

O que se convencionou chamar de Primeira Geração da Escola de Frankfurt pode ser dividido em pelo menos dois grandes momentos. O primeiro se dá em 1937, a partir do modelo do materialismo interdisciplinar. O segundo modelo, da Dialética do Esclarecimento, que nos interessa mais especificamente, foi publicado em livro pela primeira vez em 1947, escrito por Adorno e Horkheimer durante o exílio norte-americano do grupo do Instituto de Pesquisa Social (NOBRE, 2008, p. 30).

O diagnóstico da Dialética do Esclarecimento assentava-se nas análises econômicas de Friedrich Pollock que apontavam para uma mudança estrutural do funcionamento do capitalismo, transformando-se no conceito de um capitalismo administrado. O sistema econômico no capitalismo administrado é controlado politicamente, segundo a racionalidade própria da burocracia que se chama instrumental: trata-se de uma racionalidade que ajusta os melhores meios a fins dados exteriormente ao agente, a qual é dominante na medida em que também faz parte da socialização e da formação da personalidade (NOBRE, 2008, p. 31). Por isso, nesse modelo, buscou-se compreender por que a racionalidade das relações sociais humanas acabou por produzir um sistema social que bloqueou estruturalmente qualquer possibilidade de emancipação (NOBRE, 2008, p. 32).

Jürgen Habermas, enquanto teórico da Segunda Geração da Escola de Frankfurt, herda o diagnóstico da Dialética do Esclarecimento, tensionando as suas aporias. Ele verifica que, a partir de uma radicalização do processo de reificação, Adorno e Horkheimer concluem sobre a estrutura de uma consciência coisificada, a qual só poderia ser libertada dentro da ideia de uma humanidade reconciliada, que requer a categoria de uma não-identidade; em recuperar o estranho que é hostilizado na tentativa de dinamizar o todo. Sob esse pano de fundo, J. Habermas questiona como é possível desenvolver a ideia de reconciliação se o único caminho oferecido é de uma dialética negativa, sem síntese possível, que não resulta discursivamente praticável (HABERMAS, 1992, p. 476).



Tendo em vista que o pensamento serve à capacidade de controle técnico e à adaptação a uma natureza externa, é a razão instrumental, concebida em termos de relações sujeito-objeto, a que subjaz às estruturas da consciência coisificada. Dessa forma, M. Horkheimer e T. Adorno ancoram o mecanismo da coisificação da consciência nos fundamentos antropológicos da história da espécie, na forma de existência de uma espécie que tem que reproduzir-se por meio do trabalho (HABERMAS, 1992, p. 482-483). A partir de um conceito de razão instrumental que coloca o processo de formação da identidade do eu em uma perspectiva global articulada em termos de filosofia da história, verifica-se uma dialética da racionalização, em que as vitórias sobre a natureza externa são conseguidas ao preço das derrotas da natureza interna (HABERMAS, 1992, p. 484).

Embora considerem que a razão instrumental, ao converter-se em instrumento de dominação da própria natureza humana, frustrou sua intenção de descobrir a verdade, Horkheimer e Adorno têm que limitar a sugerir esse conceito de verdade, uma vez que querem explicar determinações que de modo algum podem ser inerentes à razão instrumental, mas que teriam que se apoiar em uma razão anterior a razão instrumental. Assim, a mimesis¹ é colocada como pulsão sucedânea dessa razão originária desviada de sua intenção de descobrir a verdade (HABERMAS, 1992, p. 487).

Questiona-se, contudo, que *status* podem reivindicar Horkheimer e Adorno para essa teoria que já não confia em uma compenetração crítica de filosofia e ciência. Por um lado, compartilham com a tradição da grande filosofia a insistência na contemplação, em uma teoria apartada da prática e a intenção de abarcar a totalidade da natureza e do mundo humano. Mas, por outro lado, Horkheimer e Adorno consideram os sistemas da razão objetivada como ideologia (HABERMAS, 1992, p. 488).

Ainda quando o pensamento pudera extrair de si mesmo a ideia de reconciliação, e essa não teve que advir de fora, como poderia transformar discursivamente os impulsos miméticos em entendimento, se o pensamento é sempre pensamento identificante e ligado a operações que não têm nenhum sentido definido fora dos limites da razão instrumental (HABERMAS, 1992, p. 489)? Essa foi uma aporia que Adorno não quis sair em sua dialética negativa, a qual considera que a crítica deve negar o tempo todo, fazendo-o inclusive com o conceito; deve recusar-se a sinte-

¹ É difícil oferecer uma representação conceitual do que seria mimesis, uma vez que é próprio do pensamento de T. Adorno e M. Horkheimer não definir os conceitos de forma sistemática. No entanto, poder-se-ia dizer que a mimesis é uma outra forma de experimentação da vida que abre mão de dominar o conhecido para entrar em uma relação de simbiose com o que ainda há a ser conhecido. A mimesis é uma pulsão que se encontra no lado oposto desta razão originária, como uma tentativa de delimitar um objeto sem querer dominá-lo conceitualmente (ADORNO; HORKHEIMER, 2006).

tizar e a homogeneizar. Ele acaba por renunciar, então, às pretensões da própria teoria (HABERMAS, 1992, p. 490).

A crítica da razão instrumental, ao permanecer prisioneira das condições da filosofia do sujeito, carece de uma conceituação para referir-se à integridade daquilo que se diz destruído pela razão instrumental. Para T. Adorno e M. Horkheimer, a integridade é a mimesis, que escapa à conceituação das relações sujeito-objeto definidas em termos cognitivo-instrumentais e é considerada como contrária à razão, como impulso. O núcleo racional dessas operações miméticas só poderia ser descoberto ao abandonar o paradigma da filosofia da consciência – o paradigma de um sujeito que representa os objetos e que se forma no confronto com eles por meio da ação –, e substituí-lo pelo paradigma do entendimento intersubjetivo ou da comunicação. Ainda, só poderia ser descoberto se o aspecto cognitivo-instrumental for inserido no conceito mais amplo de racionalidade comunicativa (HABERMAS, 1992, p. 497).

3. AÇÃO COMUNICATIVA, AÇÃO RACIONAL COM RESPEITO A FINS E UMA TEORIA DA SOCIEDADE DIVIDIDA EM DOIS NÍVEIS

Constata-se, em oposição à tese de um bloqueio estrutural, que perpassa pela centralidade da razão instrumental, a demonstração de uma possibilidade emancipatória ainda possível². Para essa demonstração, J. Habermas lida com o problema da racionalidade, optando pelo caminho de uma teoria da ação. Ele reconstrói a teoria da ação social em Max Weber, rastreando os estreitamentos produzidos nos conceitos básicos que o impediram de investigar a racionalização dos sistemas de ação sob outro aspecto que não o da racionalidade com respeito a fins. Isso ocorre considerando que a racionalização das imagens de mundo e da diferenciação das esferas culturais de valor que determinam a modernidade ficam descritas em conceitos que incluem também os fenômenos prático-morais e os fenômenos estético-expressivos do racionalismo ocidental (HABERMAS, 1992, p. 349-350).

Nesse sentido, para além do aspecto cognitivo-instrumental da racionalidade, J. Habermas atribui centralidade à razão comunicativa, na qual o paradigmático é

² No contexto pós-viragem linguística, J. Habermas pondera que é muito cauteloso ao usar a expressão emancipação fora do contexto das experiências biográficas, deixando evidente que não se pode representar os coletivos sociais como sujeitos em tamanho grande. A sua importância permaneceu, mas o termo foi preferido pelos conceitos de entendimento e ação comunicativa, que passaram a ocupar o centro das reflexões (HABERMAS, 1993, p. 100).



a relação intersubjetiva que estabelecem os sujeitos capazes de linguagem e de ação quando se entendem entre si sobre algo. Nesse processo de entendimento, os sujeitos, ao atuarem comunicativamente, movem-se no meio da linguagem natural, servem-se de interpretações culturalmente transmitidas e fazem referência simultaneamente a algo no mundo objetivo, no mundo social que compartilham e cada um em algo de seu próprio mundo. Desde a perspectiva dos participantes, entendimento significa comunicação endereçada a um acordo válido (HABERMAS, 1992, p. 499-500).

A razão teleológica, por sua vez, engloba tanto a razão instrumental quanto a razão estratégica e desenvolve objetivos definidos sob condições dadas, sendo a finalidade externa à própria comunicação. A razão instrumental organiza meios que se mostram adequados ou inadequados segundo critérios de controle eficiente da realidade e é regida por regras técnicas baseadas em conhecimentos empíricos, pautando-se na escolha sobre o instrumento ou a ferramenta adequada, por exemplo. Tais regras implicam prognósticos provisórios sobre acontecimentos observáveis, os quais podem ser verdadeiros ou falsos. Por outro lado, a razão estratégica depende da avaliação correta entre possíveis alternativas de comportamento, que somente pode ser obtida através de uma dedução feita com o auxílio de valores e máximas (HABERMAS, 2014, p. 90-91).

Para a ação comunicativa, só podem considerar-se determinantes aqueles atos de fala aos quais o falante vincula pretensões de validade suscetíveis de crítica, frente aos quais o ouvinte pode posicionar-se com base em razões. Caso contrário, permanece vazio o potencial que a comunicação linguística sempre tem para criar um vínculo baseado na força de convicção que possuem as razões (HABERMAS, 1992, p. 391). A partir disso, é possível verificar

[...] uma relação interna entre racionalidade e ação comunicativa que repercute de volta da delimitação da própria racionalidade. Se esta é definida por meio das razões que são oferecidas em determinadas situações e que podem ser traduzidas em pretensões de validade, e se essas pretensões de validade só podem ser levantadas na linguagem, logo não é somente a ação comunicativa que é racional, mas é a razão ela mesma que é, por excelência e originariamente, comunicativa (GOMES, 2016, p. 213).

Cumpra aqui também diferenciar o conceito de discurso do conceito de ação. O discurso é a interrupção da ação comunicativa que traz ao primeiro plano da discussão, como problematização, algo que até aquele momento estava pressuposto na comunicação, como pano de fundo. Se chamamos racional a uma pessoa que no âmbito do cognitivo-instrumental expressa opiniões fundadas e atua com efici-

ência, essa racionalidade permanece contingente se não se conecta à capacidade de aprender com os desacertos. O meio em que essas experiências negativas podem ser elaboradas é no discurso teórico, uma forma de argumentação em que se tematiza as pretensões de verdade que se tornaram problemáticas. Por outro lado, no âmbito prático-moral, o meio em que se pode examinar se uma norma de ação pode justificar-se imparcialmente é o discurso prático, a forma de argumentação em que se convertem em tema as pretensões de correção normativa (HABERMAS, 1992a, p. 37-38).

De forma complementar ao conceito de ação comunicativa, J. Habermas introduz o conceito de mundo da vida. O mundo da vida é o lugar transcendental em que falante e ouvinte se saem ao encontro, em que podem abordar reciprocamente a pretensão de que suas emissões concordem com o mundo subjetivo, mundo objetivo e mundo social ou intersubjetivo, e em que podem criticar e exhibir os fundamentos dessas pretensões de validade, resolver seus dissentimentos e chegar a um acordo. O mundo da vida permanece sempre no pano de fundo, sendo o solo não questionado de tudo que é dado em uma experiência individual, apoiando-se em um saber sobre o qual existe consenso (HABERMAS, 1992a, p. 178-179).

Trata-se de “algo muito mais complexo que só podemos intuitivamente traduzir”, de um “pano de fundo compartilhado de uma série de sentidos naturalizados, não discutidos racionalmente por nós, mas inconscientemente assentados em nossas práticas sociais cotidianas” (CARVALHO NETTO, 2021, p. 98).

A ação comunicativa, sob o aspecto funcional de entendimento, serve à tradição e à renovação do saber cultural; sob o aspecto da coordenação da ação, serve à integração social e à solidariedade; e sob o aspecto de socialização, serve à formação de identidades pessoais. A estes processos de reprodução cultural, integração social e socialização correspondem os componentes estruturais do mundo da vida que são a cultura, a sociedade e a personalidade (HABERMAS, 1992a, p. 196).

Consequentemente, a diferenciação estrutural do mundo da vida pressupõe uma especificação funcional dos correspondentes processos de reprodução. A reprodução cultural do mundo da vida assegura a continuidade da tradição e uma coerência do saber que basta em cada caso à prática comunicativa cotidiana. A integração social do mundo da vida cuida de que as ações fiquem coordenadas através de relações interpessoais legitimamente reguladas e assegura a continuidade à identidade dos grupos. A socialização dos membros do mundo da vida cuida de sintonizar as vidas individuais com as formas de vida coletivas e assegura às gerações seguintes a aquisição de capacidades generalizadas de ação (HABERMAS, 1992a, p. 200-201).



Contudo, os integrantes do mundo da vida, para realizar os seus propósitos, não coordenam suas ações apenas através de processos de entendimento, mas também através de nexos funcionais que não são pretendidos e que não resultam perceptíveis dentro do horizonte da prática cotidiana (HABERMAS, 1992a, p. 211-212). Por isso, é preciso distinguir entre integração social e integração sistêmica. No primeiro caso, o sistema de ação fica integrado mediante um consenso assegurado normativamente ou comunicativamente alcançado. No segundo caso, isso ocorre por meio de mecanismos de coordenação da ação que não dependem mais de acordos linguísticos. Se a integração da sociedade é entendida como integração social, a reprodução da sociedade aparece como manutenção das estruturas simbólicas do mundo da vida: a separação de cultura, sociedade e personalidade constitui um indicador do estado evolutivo de um mundo da vida cuja estrutura é simbólica. Se a integração da sociedade é apreendida como integração sistêmica, apresenta-se a sociedade segundo um modelo de sistema autorregulado (HABERMAS, 1992a, p. 213-215).

No curso de diferenciação entre ação orientada ao êxito e ação orientada ao entendimento, formam-se mecanismos de descarga que condensam o entendimento linguístico (HABERMAS, 1992a, p. 255-256) a fim de aliviar as despesas na comunicação e de reduzir os riscos de dissentimentos. Meios como o dinheiro e poder apresentam um funcionamento que se distingue conforme acumulam a formação linguística do consenso por meio de uma especialização ou desconectam a coordenação da ação da formação linguística de consenso, especializando-se em instituições que mantêm a razão instrumental em funcionamento constante. Os subsistemas sociais que se diferenciam através desses meios podem tornar-se independentes frente a um mundo da vida reduzido agora ao entorno do sistema (HABERMAS, 1992a, p. 263-264).

Assim, os mecanismos sistêmicos se desligam cada vez mais das estruturas sociais através das quais se cumpre a integração social. Esse enquadramento é o que permite compreender a passagem das sociedades tradicionais para as sociedades modernas, a partir dos novos mecanismos sistêmicos que nelas se apresentam e pelos níveis de complexidade que tais mecanismos comportam (HABERMAS, 1992a, p. 216-217).

Cumpra destacar que o mundo da vida não exclui a ação racional com respeito a fins, na medida em que, neste caso, ainda estamos no âmbito de ações às quais o sujeito atribui sentido. O sistema, por outro lado, é um recurso metodológico para compreender processos de integração que retiram da ação o caráter de algo ao



qual os sujeitos dão sentido e substituem-na pela condução dos códigos de dinheiro e poder burocrático, independentemente do sentido que os sujeitos atribuem.

A partir de tais apontamentos, verifica-se que para J. Habermas não é possível reduzir uma sociedade complexa à ótica da teoria da ação e, conseqüentemente, ao ponto de vista do participante, por isso, ele a acopla a uma abordagem também do ponto de vista do observador. Nesse ponto de vista se insere uma teoria dos sistemas sociais, os quais se especializam no desempenho de algumas funções, consolidando-se como instâncias de uma razão funcionalizada, um paralelo com a razão instrumental no campo do sistema.

A sociedade não pode ser compreendida apenas a partir de ações e de intenções que os sujeitos que agem em sociedade desenvolvem. Há um conjunto grande de interações sociais cujos motivos estão encarnados nos sistemas e não são dados pelos próprios agentes, desenrolando-se por processos sociais anônimos. Assim, chegamos a um conceito dual: sociedade é *ao mesmo tempo* mundo da vida e sistema.

4. O DIREITO EM TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

Se a institucionalização de um novo nível de diferenciação sistêmica exige reestruturações no mundo da vida, isso pode ser verificado nas instituições encarregadas da regulação consensual dos conflitos de ação. Assim, as normas morais e jurídicas permitem estudar a estrutura das formas de integração social (HABERMAS, 1992a, p. 245).

Em um nível pré-convencional, a validade das normas está diretamente enraizada nas ações rituais da comunidade de culto. Desde um ponto de vista convencional, por sua vez, uma transgressão aparece como uma violação individualmente imputável de normas intersubjetivamente reconhecidas. Nessa etapa, o poder do juiz ou do rei não se apoia em prestígio, mas na legitimidade do ordenamento jurídico (HABERMAS, 1992a, p. 249-250). Em um nível pós-convencional, por fim, o direito se transforma em um meio coercitivo, utilizável de forma racional com destino a fins e desconectado de motivos éticos (HABERMAS, 1992a, p. 251-252). A generalização dos motivos e valores como obediência abstrata ao direito é a única condição normativa que o ator tem de cumprir nos âmbitos de ação formalmente organizados, consolidando-se também como condição necessária para o desencantamento do potencial de racionalidade que a ação comunicativa comporta. Por



essa razão, entende-se a evolução da moral e do direito, progressivamente polarizados, como um aspecto da racionalização do mundo da vida (HABERMAS, 1992a, p. 254-255).

Na medida em que os mecanismos sistêmicos acabam deslocando as formas de integração social naqueles âmbitos em que a coordenação da ação em termos de consenso não tem substituição, em que está em jogo a reprodução simbólica do mundo da vida, o mundo da vida, progressivamente racionalizado, fica desacoplado dos âmbitos de ação formalmente organizados e cada vez mais complexos que são a Economia e a administração estatal e cai sob sua dependência. Essa dependência, que provém de uma mediação do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos, isto é, de um cotidiano que se entrelaça com o mercado e Estado, acaba adotando a forma patológica de uma colonização interna à medida que os desequilíbrios na reprodução material (crises de controle analisadas em termos de teoria dos sistemas) só podem evitar-se ao preço de perturbações na reprodução simbólica do mundo da vida (crises que subjetivamente se experimentam como patologias) (HABERMAS, 1992a, p. 432-433). Nessa forma patológica, em que o sistema se expande para além das suas fronteiras habituais com o crescimento capitalista, a busca autônoma de como viver se vê domada por interesses sistêmicos.

Se é certo que a reprodução simbólica do mundo da vida não pode ficar assentada sobre os fundamentos da integração sistêmica sem que se produzam efeitos patológicos, os âmbitos da reprodução cultural, a integração social e a socialização passam a se reproduzir por meio de relações sociais que só se constituem nas formas do direito moderno. Cabe esperar, portanto, que a substituição da integração social pela integração sistêmica adote a forma de processos de juridicização. A expressão juridicização se refere à tendência que se observa nas sociedades modernas a um aumento do direito escrito, na qual podemos distinguir entre a regulação jurídica de novos assuntos sociais regulados até o momento de maneira informal e a divisão de uma matéria jurídica global em várias matérias particulares (HABERMAS, 1992a, p. 504).

É possível distinguir quatro jornadas de juridicização que marcam as épocas. A primeira conduz ao Estado burguês, que se desenrolou na Europa Ocidental na época do Absolutismo, em forma de sistema de estados europeus. A segunda jornada conduz ao Estado de direito, que adotou uma forma paradigmática na monarquia alemã no século XIX. A terceira jornada conduz ao Estado democrático de direito, que se difundiu na Europa e na América do Norte como consequência da Revolução Francesa. A última jornada conduz, finalmente, ao Estado social e

democrático de direito, com institucionalização em curso do século XX. Essas jornadas são caracterizadas sob o ponto de vista teórico da desconexão de sistema e mundo da vida e do conflito do mundo da vida com a dinâmica própria que desenvolvem os subsistemas autonomizados (HABERMAS, 1992a, p. 505).

Com a constitucionalização e democratização, manifestas na segunda e na terceira jornada, de uma dominação burocrática absolutista, fica manifesto o caráter garantidor de liberdade que têm as normações jurídicas. Paralelamente, o Estado social desenvolvido no marco do Estado democrático de direito representa um ulterior desenvolvimento dessa juridicização garantidora da liberdade, colocando freios ao subsistema econômico de forma similar ao modo como as duas anteriores jornadas puseram ao administrativo. Aqui é a dinâmica própria do processo de acumulação econômica que fica reconciliada com as estruturas próprias de um mundo da vida que havia experimentado por sua parte um processo de racionalização interna (HABERMAS, 1992a, p. 509).

As normas que restringem o conflito de classes e configuram o Estado social têm, desde a perspectiva de seus beneficiários e também desde a perspectiva do legislador democrático, um caráter garantidor da liberdade. Mas isso não vale inequivocamente para todas as regulações do Estado social, e, assim, a política social do Estado tem possuído desde o princípio um caráter ambivalente de uma garantia de liberdade e de uma privação de liberdade. A rede de garantias que oferece o Estado social tem como fim absorver os efeitos externos de um processo de produção baseado no trabalho assalariado, observado na primeira jornada de juridicização, no qual era possível enxergar ambivalências entre o sentido emancipatório do direito privado burguês e suas repercussões repressivas sobre aqueles que precisavam oferecer a sua força de trabalho como mercadoria. Contudo, na medida em que o Estado social vai além da pacificação do conflito de classes e estende sobre os âmbitos privados da existência uma rede de relações de clientela, são os próprios meios com que se garante a liberdade que põem em perigo a liberdade dos beneficiários (HABERMAS, 1992a, p. 511). A juridicização significa uma burocratização e uma monetarização dos âmbitos nucleares do mundo da vida (HABERMAS, 1992a, p. 514).

J. Habermas introduz uma distinção entre direito como meio de controle e direito como instituição. Quando o direito serve como instrumento de organização para os subsistemas regidos por meios, autonomizados frente aos contextos normativos da ação orientada ao entendimento, os submetidos a um sistema jurídico se contentam com uma legitimação por procedimento. Portanto, no primeiro aspecto, o direito fica combinado com os meios dinheiro e poder, abarcando os âm-



bitos de ação formalmente organizados constituídos no direito burguês. Por outro lado, instituições jurídicas são as normas jurídicas que não podem ficar suficientemente legitimadas pela sua correção procedimental, requerendo uma justificação material na medida em que formam parte dos ordenamentos legítimos do mundo da vida e constituem o pano de fundo da ação comunicativa. As instituições guardam uma relação de continuidade com as normas éticas e proporcionam aos âmbitos de ação já constituídos informalmente uma força vinculante respaldada pela sanção estatal. Exemplos são os princípios do direito constitucional e toda legislação relativa a assuntos penais próximas a casos morais, que junto com as normas informais que regem a ação, constituem o pano de fundo da ação comunicativa (HABERMAS, 1992a, p. 516-517). Verifica-se, desse modo, que o direito moderno é caracterizado pela sua combinação do princípio de positividade e princípio de fundamentação, estrutura que coaduna com o desacoplamento de sistema e mundo da vida (HABERMAS, 1992a, p. 517).

Até aqui, partiu-se do pressuposto de que o direito só é utilizado como meio nos âmbitos de ação formalmente organizados, permanecendo indiferente ao mundo da vida. Mas, com o Estado social, este pressuposto se faz questionável, na medida em que a política social do Estado tem que servir-se do direito como um meio para regular estados de necessidade que se apresentam nos âmbitos de ação estruturados comunicativamente (HABERMAS, 1992a, p. 519). Um exemplo é elencado na seguinte passagem:

Certamente que o princípio de participação social e o direito a receber prestações sociais, assim como, por exemplo, o direito de liberdade de associação sindical representam uma instituição ancorada no direito constitucional, que pode conectar-se com os ordenamentos legítimos do mundo da vida modernos. Mas a legislação social, através da qual se diligenciam as compensações sociais, se distingue, por exemplo, do direito a negociar um determinado nível de salários, através do qual se faz efetiva a liberdade de associação sindical, em um aspecto importante: as medidas de legislação social, relativas quase sempre ao pagamento de compensações monetárias, não intervêm como o fazem os convênios coletivos de trabalho, através da fixação de salários e ativos, em um âmbito de ação que já está formalmente organizado, mas regulam juridicamente situações de necessidade que como tais pertencem a um âmbito de ação estruturado comunicativamente. Portanto, os efeitos reificadores que podem mostrar-se no caso da política social do Estado se explicam porque as instituições jurídicas que garantem as prestações sociais só se fazem efetivas através de um direito social utilizado como meio. Desde o ponto de vista da teoria da ação, o paradoxo dessa estrutura jurídica pode explicar-se como segue. Enquanto meio, também a legislação social está recortada à medida de âmbitos de ação que só se constituem em formas jurídicas de organização e que só mantêm sua coesão por meio de mecanismos de controle sistêmico. Contudo, essa legislação social se refere a situações de ação



que estão inseridas em contextos informais do mundo da vida (HABERMAS, 1992a, p. 519, tradução livre).

A tese da colonização interna, que se evidencia na última jornada de juridicização, pode confirmar-se em todos os pontos em que tenham ficado desgastados os amortecedores tradicionalistas da modernização capitalista, e aspectos e âmbitos centrais da reprodução cultural, da integração social e da socialização se venham arrastados pelo redemoinho da dinâmica do crescimento econômico e pelo redemoinho da juridicização. A tendência à juridicização de esferas do mundo da vida informalmente reguladas se impõe em uma ampla frente, para além das temáticas de proteção do meio ambiente e da proteção da intimidade, quanto mais ficam submetidos ao tempo livre, a cultura, as férias, o turismo, às leis da economia de mercado e às definições do consumo de massas; quanto mais se acomodam as estruturas da família burguesa aos imperativos do sistema ocupacional, quanto mais a escola assume a função de distribuir oportunidades profissionais e existenciais (HABERMAS, 1992a, p. 520). J. A ampliação da proteção jurídica e a implantação de direitos fundamentais na família e na escola exige um alto grau de extensão e adensamento do direito, ficando estes âmbitos de ação abertos às intervenções burocráticas e aos controles judiciais (HABERMAS, 1992a, p. 521).

Ao trazer as jornadas de juridicização, as ambivalências entre a garantia e a restrição da liberdade acabam dando lugar a uma ênfase maior para o papel na colonização interna que é desempenhado pelo direito, e isso pelas tendências apontadas na jornada que conduz ao Estado social e democrático de direito.

Ademais, a partir do diagnóstico de uma colonização interna, vislumbra-se que J. Habermas buscava gerar uma resposta satisfatória aos problemas gerados dentro do Estado social no contexto de uma crise do modelo na Europa. O Estado social só conseguia controlar os efeitos do mercado por meio de uma excessiva intromissão burocratizante no mundo da vida dos cidadãos.

Esse diagnóstico e a diferenciação entre sistema e mundo da vida, e, interiormente ao sistema, entre Estado e mercado, serve para fechar o ciclo e voltar à pergunta: como pensar uma sociedade emancipada? As considerações acima apontam para a ideia de um viver de acordo com entendimentos que alcançamos de maneira livre e igualitária sobre como viver. Contudo, isso não significa que a razão funcionalista, isto é, a razão instrumental no âmbito dos sistemas, seja o problema em si. O gênio maior das patologias sociais é a tendência à expansão desenfreada dos sistemas, e isto apesar da racionalização do mundo da vida. A colonização do mundo da vida pelo sistema é, então, a leitura que J. Habermas faz



do velho problema identificado por T. Adorno e M. Horkheimer. Entretanto, a ênfase de *Teoria da Ação Comunicativa* (1981), que permanece ao longo de sua obra, não é o fim do mercado ou do Estado, mas a manutenção do equilíbrio entre mundo da vida e sistema.

5. O DIREITO EM FACTICIDADE E VALIDADE

Em *Facticidade e Validade* (1992), J. Habermas se debruça sobre o papel do direito e da política sob a ótica de uma teoria discursiva do direito e da democracia. A tônica da obra é evidenciar que o colapso do socialismo de Estado e o final da Segunda Guerra Mundial não justificam o abandono dos conteúdos radicais e das promessas emancipatórias do Estado democrático de direito, os quais, diante das circunstâncias de uma sociedade complexa, requerem uma leitura renovada (HABERMAS, 2008, p. 61).

A primeira etapa da investigação centra-se na abordagem de teoria da sociedade que está na base do interesse pela teoria do direito, explicitando a razão pela qual a teoria da ação comunicativa concede uma posição central ao direito e, ao mesmo tempo, constitui um contexto apropriado à teoria discursiva do direito (HABERMAS, 2008, p. 69). A categoria crucial que permeia esses âmbitos será a tensão entre facticidade e validade.

Essa tensão irrompe na facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente, na medida em que a linguagem tem, dentro de si, inúmeras pressuposições normativas possibilitadas pela orientação por pretensões de validade, embora não seja capaz de fornecer nenhuma orientação para solução de tarefas práticas (HABERMAS, 2008, p. 66). Além da linguagem, existe tudo aquilo que ser socializado nesse meio implica, de modo que essa tensão atravessa as instituições sociais, dentre elas, o direito. Assim, uma sociologia que se dê conta de que seu âmbito de conhecimento leva dentro de si essa tensão entre facticidade e validade deve poder explicar, em termos reconstrutivos, como pode surgir a integração social sob condições de socialização instáveis, que operam com suposições contrafáticas e permanentemente ameaçadas (HABERMAS, 2008, p. 82-83).

A solução para esse enigma se encontra no direito, que dota as liberdades subjetivas da ação da coerção do direito objetivo (HABERMAS, 2008, p. 89). Na dimensão de validade do direito, a facticidade da sua imposição por parte do Estado se entrelaça com a força fundadora de legitimidade que caracteriza um procedi-



mento racional de produção do direito (HABERMAS, 2008, p. 90). O direito coercitivo, portanto, só pode conservar a sua força de integração social fazendo com que os destinatários dessas normas jurídicas possam entender-se como autores racionais dessas normas (HABERMAS, 2008, p. 96).

Ao assumir a tensão entre facticidade e validade no direito, verifica-se uma série de consequências. J. Habermas compreende o direito positivo moderno não apenas como uma forma de saber cultural, como a moral pós-convencional, mas como um importante componente do sistema de instituições sociais, sendo, simultaneamente, sistema de saber e sistema de ação: pode ser entendido tanto como um texto de proposições e interpretações normativas quanto como instituição; como um complexo de regulações da ação (HABERMAS, 2008, p. 145).

Desde o ponto de vista da teoria da ação comunicativa, o sistema de ação direito pertence, como um ordenamento legítimo que se tornou reflexivo, ao componente social do mundo da vida. E assim como este, com a cultura e com as estruturas da personalidade, só se reproduz através da ação comunicativa, assim também as ações jurídicas constituem o meio através do qual se reproduzem as instituições jurídicas simultaneamente com as tradições jurídicas intersubjetivamente compartilhadas e as capacidades subjetivas de interpretação e observância das regras jurídicas. Entretanto, também das mensagens precedentes do mundo da vida resulta uma forma na qual resultam inteligíveis para os códigos especiais com que opera uma administração regulada pelo meio poder e uma economia controlada e governada pelo dinheiro. Por este lado, a linguagem do direito pode operar como um transformador no circuito de comunicação entre sistema e mundo da vida (HABERMAS, 2008, p. 146).

Desse modo, o direito cumpre uma função de dobradiça entre sistema e mundo da vida, com uma peculiar dupla posição e função mediadora que se reproduz através da ação comunicativa, por um lado, e os subsistemas sociais funcionais, que constituem entornos uns para os outros, por outro. A linguagem ordinária constitui um horizonte universal de entendimento e em princípio pode traduzir todas as línguas, mas não pode operacionalizar suas mensagens para todos os destinatários de forma eficaz. Para a tradução a códigos especiais depende do direito, o qual está em comunicação com os meios de controle: dinheiro e poder administrativo (HABERMAS, 2008, p. 120). Esta tradução pode acontecer por ambas as vias: tanto as demandas do mundo da vida podem conseguir alcançar os sistemas para delimitar as demandas do Estado e do mercado, quanto mercado e Estado podem se utilizar da linguagem do direito para poder colonizar o mundo da vida.



Uma sociologia que permaneça sensível a tensões desse tipo não pode renunciar a uma reconstrução racional dos direitos de cidadania desde a perspectiva interna do sistema jurídico (HABERMAS, 2008, p. 144). Essa será, portanto, a tarefa que J. Habermas irá se ocupar em seguida: a reconstrução racional da autocompreensão dos ordenamentos jurídicos. O conceito de direito subjetivo desempenha um papel central, fixando iguais liberdades de ação para todos os indivíduos (HABERMAS, 2008, p. 147), para que se permita fundamentar o sistema dos direitos com ajuda do princípio do discurso, de maneira que fique claro por que autonomia privada e pública, direitos humanos e soberania popular se pressupõem mutuamente (HABERMAS, 2008, p. 149).

Direcionando-se contra uma concepção de direitos subjetivos referidos a indivíduos atomísticos e perdidos, que autopossessivamente se empenham uns contra os outros, J. Habermas aduz que esses direitos, como elementos do ordenamento jurídico, pressupõem a colaboração de sujeitos que se reconhecem como sujeitos de direitos, livres e iguais em seus direitos e deveres, os quais estão reciprocamente referidos uns a outros. Neste sentido, os direitos subjetivos e o direito objetivo são cooriginais: o direito objetivo só pode provir dos direitos que os sujeitos se reconhecem reciprocamente (HABERMAS, 2008, p. 154).

A fonte de toda legitimidade radica no processo democrático de produção do direito; e esse processo apela ao princípio da soberania popular (HABERMAS, 2008, p. 155). A conexão interna entre soberania popular e direitos humanos deve radicar no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política que não vem assegurado por leis gerais e abstratas, mas pela forma de comunicação que representa a formação discursiva da opinião e da vontade comuns. Se os discursos constituem o lugar em que se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito se baseia em um mecanismo comunicativo: como participantes em discursos racionais os membros de uma comunidade jurídica devem poder examinar se a norma encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os afetados.

Portanto, a conexão interna entre soberania popular e direitos humanos consiste no fato de que do sistema dos direitos se recolhem as condições sob as quais as formas de comunicação necessárias para a produção de normas politicamente autônomas podem institucionalizar-se juridicamente. Nessa leitura, o sistema de direitos não pode derivar nem de uma leitura moral dos direitos humanos nem de uma leitura ética da soberania popular, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode nem sobreordenar-se nem se subordinar a sua autonomia política (HABERMAS, 2008, p. 169).



Tal cooriginalidade entre autonomia moral e a autonomia cidadã pode ser explicada com ajuda de um princípio do discurso: válidas são aquelas normas às quais todos os afetados por elas podem prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais (HABERMAS, 2008, p. 172). O princípio moral resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses. O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais. O único que diz é que só podem obter validade as normas jurídicas que no processo discursivo de produção, articulado juridicamente, possam encontrar o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica (HABERMAS, 2008, p. 173).

A ideia decisiva é que o princípio democrático se deve ao entrelaçamento do princípio do discurso com a forma jurídica. A gênese lógica do sistema de direitos constitui um processo circular, no qual o código que é o direito e o mecanismo para geração do direito legítimo, o princípio democrático, se constituem cooriginalmente (HABERMAS, 2008, p. 187). Com isso, podemos introduzir abstratamente três categorias de direitos que engendram o código que é o direito:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação.
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (HABERMAS, 2008, p. 188).

Esse conjunto de direitos assegura o *status* de sujeito de direito, que lhe possibilita obter direitos e fazê-los valerem reciprocamente, e garante a autonomia privada de sujeitos jurídicos, na medida em que eles se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários das leis (HABERMAS, 2008, p. 188). Contudo, deve-se ter em vista que os direitos fundamentais inscritos no código em que opera o direito permanecem sem saturar, e têm que ser interpretados e desenvolvidos, conforme as circunstâncias, por um legislador político (HABERMAS, 2008, p. 191).



Somente através de direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo, os sujeitos do direito assumem também o papel de autores de sua ordem jurídica. Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e esse *status* é autorreferencial na medida em que lhes possibilita a modificação de sua posição material com a relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada (HABERMAS, 2008, p. 189).

Em outras palavras, “os direitos fundamentais – afirmação de liberdade e igualdade – são hoje constitutivos da própria forma do direito – que não pode mais ser entendido como uma ‘casca vazia’, capaz de comportar qualquer ordem baseada na legalidade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 99). Ademais,

(...) a forma de densificação desses direitos depende da compreensão que se adote em determinado local do espaço e do tempo e das formas de vida específicas. Mas diante da definição sempre problemática do conteúdo dos direitos que os cidadãos se atribuem reciprocamente numa comunidade, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remeta para além de um determinado ethos é constitutivo do processo de luta por reconhecimento de direitos. O aspecto contra-majoritário dos direitos fundamentais reside exatamente na sua pretensão universalizante – naquilo que deve ser garantido a cada cidadão independentemente dos valores compartilhados pela eventual maioria – possibilitando assim que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere continuamente, de forma que as posturas comunitárias ético-políticas não percam sua reflexividade e, portanto, seus potenciais inclusivos e emancipatórios (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 99-100).

Assim, à prática de autodeterminação cidadã não lhes vem dado nada se não o princípio do discurso (HABERMAS, 2008, p. 193-194). O estabelecimento do código jurídico representa direitos de liberdade que geram o *status* de pessoa jurídica e garantem a integridade destas. Mas estes direitos não fazem mais que possibilitar o exercício da autonomia política; e, como tal, não podem restringir a soberania do legislador. Ao inverso, todo exercício de autonomia política significa uma interpretação e configuração desses direitos, em princípio não saturados, por um legislador histórico (HABERMAS, 2008, p. 194).

O sistema dos direitos, ao assegurar a autonomia privada e a autonomia pública equivalentemente, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que aqui se concentra na circunstância de que os direitos políticos devem institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas em forma de direitos subjetivos. Na compreensão do sistema dos direitos em termos de teoria do discurso, por um lado, a carga de legitimação da produção do direito não recai tanto sobre as virtu-



des dos cidadãos, mas sobre os procedimentos juridicamente institucionalizados de formação da opinião e vontade comuns. Por outro, a juridificação da liberdade comunicativa significa que o direito deve abrir-se a fontes de legitimação das quais não pode dispor à vontade (HABERMAS, 2008, p. 195-197). A exigência imanente a uma práxis social mediada por uma linguagem gramaticalmente diferenciada faz com que um conjunto de direitos seja logicamente inevitável.

Além disso, se a junção de autonomia pública e autonomia privada tem de cobrar continuidade, resulta uma mais ampla necessidade de legitimação: a necessidade de canalizar, em termos jurídicos, o poder estatal de sanção, organização e execução (HABERMAS, 2008, p. 199-200).

O direito serve, quando presta forma jurídica à dominação política, à constituição do código binário que representa o poder. Neste aspecto, o direito atua como meio de organização do poder estatal. Ao inverso, o poder, cuja função é a realização de fins coletivos, ao fazer respeitar as decisões judiciais, serve à constituição do código binário que representa o direito (HABERMAS, 2008, p. 210-211). O conceito de poder político abarca o emprego de poder administrativo e a disputa pelo acesso ao sistema político, de modo que o direito é o meio através do qual o poder comunicativo se transforma em administrativo. A ideia de Estado de direito pode ser interpretada como a exigência de ligar o poder administrativo, regido pelo código poder, regulado por competências para tomar decisões coletivamente vinculantes, ao poder comunicativo criador de direito, mantendo-os livre das interferências do poder social, da capacidade que têm os interesses privilegiados de se impor (HABERMAS, 2008, p. 217-218). Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, a tensão entre facticidade e validade retorna no poder político constituído no Estado de direito.

A conexão entre produção do direito e formação do poder comunicativo pode ser esclarecida recorrendo a um modelo processual articulado argumentativamente, que parte das questões pragmáticas e, através da ramificação em formação de compromissos e discursos éticos, progride até o esclarecimento de questões morais, terminando em um controle jurídico de constitucionalidade das normas, garantindo que o princípio do discurso seja levado em consideração e respeite toda generalidade (HABERMAS, 2008, p. 236). Nos discursos pragmáticos, os argumentos decisórios relacionam o saber empírico com fins desejados e valoram as consequências das decisões conforme as máximas de que se parte. Nos discursos ético-políticos, resultam decisórios os argumentos que explicitam a auto-compreensão de uma forma de vida. Nos discursos morais, resultam decisórios



os argumentos que provam que os interesses são suscetíveis de universalização (HABERMAS, 2008, pp. 227-229).

Com a organização do Estado de direito, o sistema dos direitos se diferencia formando uma ordem constitucional na qual o direito pode operar como um transformador encarregado de reforçar a integração social de um mundo da vida comunicativamente estruturado. Destacam-se dois aspectos: o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas e regula a transformação do poder comunicativo em administrativo (HABERMAS, 2008, p. 245).

No entrelaçamento de um procedimento jurídico institucionalizador com um processo de argumentação que, em sua estrutura interna, escapa à institucionalização jurídica, mostra-se que o universo do direito pode abrir-se desde dentro a razões de tipo pragmático, ético e moral, sem deter o jogo da argumentação, por um lado, ou romper o código que é o direito, por outro. Assim, a falibilidade dos pressupostos comunicativos universais das argumentações é compensada pelo procedimento jurídico ao garantir decisões a prazo fixo, inequívocas e vinculantes (HABERMAS, 2008, p. 246-247).

Ademais, a conexão retroalimentativa do poder administrativo com o poder comunicativo pode efetuar-se através de uma divisão funcional de poderes, distribuindo equilibradamente o poder político e domesticando o poder violência a partir da racionalização (HABERMAS, 2008, p. 257).

Passa-se, agora, a investigar a tensão entre facticidade e validade no contexto de uma sociedade complexa, em que a integração não pode se sobrepor ao poder comunicativo do público de cidadãos, mas também não pode abrir mão das estruturas de um poder administrativo formalmente organizado no sistema político. J. Habermas, então, desenvolve o conceito de política deliberativa de dupla via como núcleo do processo democrático que é possível nesta sociedade (HABERMAS, 2008, p. 372), sociologicamente marcado por um entrelaçamento entre um espaço da opinião pública baseado na sociedade civil e a formação da opinião e da vontade políticas no complexo parlamentar.

O modelo de democracia advindo da teoria do discurso atribui ao processo democrático maiores conotações normativas que o modelo liberal, as quais, no entanto, são mais fracas do que as do modelo republicano. Na linha do republicanismo, ela coloca no centro o processo político da formação da opinião e da vontade, sem entender a constituição do Estado do direito como algo secundário, uma vez que os princípios do Estado de direito são entendidos como uma resposta



coerente à pergunta acerca do modo de institucionalização das formas pretensivas de comunicação de uma formação democrática da opinião e da vontade. Os processos comunicativos dessa formação funcionam como uma comporta para a racionalização discursiva - mais do que legitimação e menos do que a constituição do poder - das decisões de um governo e de uma administração vinculados ao direito e à lei. A ideia de democracia, nesse contexto, parte da imagem de uma sociedade descentrada, opondo-se ao conceito de Estado e de sociedade delineado a partir do todo e de suas partes, seja esse todo constituído pela cidadania soberana ou por uma constituição (HABERMAS, 2008, p. 374).

A autocompreensão normativa da política deliberativa promove um modo discursivo de socialização para a comunidade jurídica, o qual não se estende à totalidade da sociedade, em que o sistema político, estruturado sobre uma constituição, está embutido. Isso porque o sistema político depende de outras realizações sistêmicas, especialmente das realizações fiscais do sistema econômico, ao passo que a política deliberativa, que se realiza através de procedimentos formais de formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou informalmente, nas redes da esfera pública política, mantém um nexos com os contextos de um mundo da vida racionalizado. As comunicações políticas, filtradas deliberativamente, dependem de fontes do mundo da vida: de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida de associações que formam a opinião, que se formam de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político (HABERMAS, 2008, p. 375).

O fluxo de comunicação entre a formação da opinião pública, os resultados eleitorais institucionalizados e as resoluções legislativas tem por fim garantir que o poder gerado comunicativamente se transforme, através da atividade legislativa, em poder a ser utilizado administrativamente. Assim, a solidariedade deve poder desenvolver-se através de espaços públicos diversos e de procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados em termos de Estado de direito, e, através do meio que representa o direito, deve poder afirmar-se contra outros mecanismos de integração da sociedade (HABERMAS, 2008, p. 375-376).

Em suma, na tradução sociológica da democracia em termos de teoria do discurso, as decisões vinculantes, para serem legítimas, têm que vir regidas por fluxos de comunicação que partam da periferia e passem pelas eclusas dos procedimentos democráticos e na entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais. Para essa tradução, dois pressupostos devem ser acrescentados: a autonomização ilegítima do poder administrativo só se impedirá na medida em que se apresentam



ocasiões para rastrear os problemas latentes de integração social, e na medida em que, através das eclusas do complexo parlamentar, a periferia seja capaz introduzi-los no sistema político. Uma vez que os espaços públicos capazes de ressonância dependem de uma ancoragem social em associações da sociedade civil, a primeira suposição é mais problemática, tendo em vista que o desenvolvimento de tais estruturas escapa à regulação jurídica e política (HABERMAS, 2008, pp. 434-439).

Nesse sentido, o sistema político fracassa na sua função de integração social quando as decisões, embora efetivas, não podem ser derivadas de um direito legítimo. Consequentemente, a circulação do poder realizada em termos de Estado de direito fica neutralizada quando o poder social das grandes organizações e dos sistemas funcionais se transforma em ilegítimo e quando recursos do mundo da vida não bastam para que comunicações públicas espontâneas possam garantir que os interesses sociais não se expressem de maneira distorcida. Esta autonomização do poder ilegítimo e a debilidade da sociedade civil e da esfera da opinião pública podem dar lugar a um déficit legitimatório, o qual pode vir a ser reforçado por um déficit de regulação (HABERMAS, 2008, p. 468).

As crises que se desenvolvem na política, marcadas por déficits de legitimação e regulação, podem ser explicadas historicamente, derivadas de uma inserção assimétrica do sistema político em termos de Estado de Direito em processos circulares complexos. A práxis da autodeterminação vem, portanto, situada historicamente, de modo que são os próprios participantes que devem esclarecer, a partir da concreta forma histórica, o significado dos direitos fundamentais e os princípios do Estado de direito (HABERMAS, 2008, p. 468). Nisso reside o paradigma do direito, que procura explicar como tais princípios devem ser entendidos a partir dos desafios de uma situação social percebida de determinada maneira (HABERMAS, 2008, p. 470).

A disputa histórica entre o paradigma jurídico liberal e o paradigma jurídico ligado ao Estado social, ao tornar-se reflexiva, põe fim ao predomínio quase natural de um ou outro paradigma. A crítica que desde o Estado social se efetua do direito formal burguês dirige a atenção até a dialética entre a liberdade jurídica e a liberdade fática dos destinatários do direito, quer dizer, até a imposição de direitos fundamentais de tipo social. E essa relação se converte em um dilema quando as regulações do Estado social só podem assegurar uma igualdade fática com meios que restringem os espaços para uma configuração da autonomia privada. A intuição normativa de que autonomia privada e autonomia pública se pressupõem mutuamente informa a disputa pública acerca dos critérios que devem ser seguidos para a igualdade jurídica (HABERMAS, 2008, pp. 498-501).



No contexto das políticas feministas de equiparação, é ressaltado que não se pode formular os direitos subjetivos destinados a garantir também às mulheres uma configuração privada autônoma da vida, se antes não forem fundamentados aspectos relevantes para o tratamento igual ou desigual. As diferentes interpretações da identidade dos sexos e das suas relações mútuas devem submeter-se à discussão pública. No entanto, o monopólio dessas definições não pertence aos intelectuais, os quais só podem estar seguros de não estarem pressupondo nada nem tutelando ninguém quando todos os atingidos tiverem a chance efetiva de exigir direitos a partir de experiências concretas de opressão. Em suma, nenhuma regulamentação poderá concretizar o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada se não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição das mulheres na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, nas quais é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade (HABERMAS, 2008, p. 511-512).

O paradigma procedimentalista do direito, no qual a teoria do discurso culmina, distingue-se por ser formal; não enquanto projeto de realização do direito, mas por não antecipar um determinado ideal de sociedade. Ele se limita a assinalar condições sob as quais os sujeitos jurídicos, em seu papel de cidadãos, podem entender-se sobre seus problemas e sobre como resolvê-los. Essa compreensão paradigmática conserva a ideia de autonomia como um núcleo dogmático, expressando a tensão entre facticidade e validade como *factum* da estruturação linguística das formas de vida (HABERMAS, 2008, p. 531-532).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da relação ambígua, deve-se situar J. Habermas como um teórico crítico de Frankfurt, especialmente como um autor pertencente à Segunda Geração. Assim, seu primeiro desafio é que os intelectuais que deram a tônica da Sociologia crítica alemã até então concluíram pelo bloqueio histórico da emancipação. Ele não está contaminado por essa tese pessimista de fundo, assumindo, desde seus primeiros escritos, a possibilidade ainda ativa na história de uma emancipação futura.

Se, a partir da tese do bloqueio, os lampejos em que não há o domínio de uma razão instrumental já não podem ser explorados para a crítica da sociedade, para J. Habermas, é preciso apoiar-se nas estruturas que permitem a formação de conteúdos e sentido de modo intersubjetivo. Por conseguinte, para além do aspecto cognitivo-instrumental da racionalidade, o autor atribui centralidade à razão



comunicativa; ao entendimento que pode ser alcançado entre sujeitos capazes de linguagem e de ação.

De forma complementar à ação comunicativa, J. Habermas introduz o conceito de mundo da vida. No mundo da vida, uma teoria geral de entendimentos que vão sendo consolidados e transmitidos ao longo do tempo, a ação comunicativa é estabelecida a partir da oferta de atos de linguagem, por meio dos quais é possível a coordenação de planos de ação da parte de sujeitos autônomos.

Ocorre que apenas o conceito de mundo da vida não é suficiente para compreensão de uma sociedade complexa. Há também a dimensão do sistema, no qual a integração advém de meios de controle sistêmico deslinguisticados, frente aos quais não é necessário que os integrantes da interação sustentem pretensões de validade constituídas pelo entendimento recíproco. Desse modo, tem-se um conceito dual de sociedade, que é ao mesmo tempo mundo da vida e sistema.

Com base nessas premissas, como se procurou demonstrar acima, o direito foi abordado em *Teoria da Ação Comunicativa* (1981) de forma não sistemática e paradoxal, sobretudo em razão da visão negativa que o envolvia na Teoria Crítica (PINZANI, 2009, p. 139). Naquele momento, J. Habermas introduziu uma distinção entre direito como meio de controle, combinado com os meios dinheiro e poder, e direito como instituição, guardando uma relação de continuidade com as normas éticas. Apesar dessa distinção, destacou-se, sobretudo, o papel do direito na colonização do mundo da vida, ao constituir sobre este uma verdadeira dominação administrativa.

Em *Facticidade e Validade* (1992), J. Habermas se debruçou sobre o direito e a política de forma mais detida, à luz de uma teoria discursiva do direito e da democracia. Nessa perspectiva, o direito é evidenciado como uma estrutura de mediação entre sistema e mundo da vida, traduzindo as expectativas normativas do mundo da vida para a linguagem dos sistemas regulados pelos meios do poder e do dinheiro, ao passo que também se caracteriza como um lócus potencial de emancipação. Ademais, depreende-se que a linguagem do direito é permeada pela tensão entre facticidade e validade, de tal sorte que, embora as expectativas normativas em relação ao funcionamento do direito sejam reiteradamente descumpridas, a integração social se mantém.

Diante do exposto, verifica-se como a compreensão do direito se alterou para J. Habermas nos 11 anos que separam a publicação das obras supracitadas, de modo que a possibilidade de uma emancipação futura ganhou contornos cada vez mais nítidos. Tal compreensão jamais se desprende das premissas de sua teo-



ria social, sempre levando em consideração as circunstâncias de uma sociedade complexa. Assim, não se atribui ao direito nenhuma visão totalizante; nem uma visão derrotista, tampouco uma visão preocupada exclusivamente com a legitimidade, sem tematizar a sua dimensão institucional. A chave de leitura é justamente a tensão entre facticidade e validade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. Guido Antonio de Almeida. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do direito: A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional: Escritos Selecionados*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, David F. L. *A Constituição de 1824 e o Problema da Modernidade*. 2016. (300 f.). Tese de Doutorado em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez – Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 5. ed. Madrid: Trotta, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2014a.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I – Racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Trotta, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II – Crítica de la razón*



funcionalista. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Trotta, 1992a.

NOBRE, Marcos. *A Teoria Crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

SIMONE DE BEAUVOIR E O FEMINISMO EXISTENCIALISTA: CONTRIBUIÇÕES PARA A FILOSOFIA DO DIREITO

SIMONE DE BEAUVOIR AND EXISTENCIAL FEMINISM: CONTRIBUTIONS TO THE PHILOSOPHY OF LAW

*Guilherme Baggio Costa**

Resumo: O presente artigo trabalha o pensamento da filósofa Simone de Beauvoir, o feminismo existencialista projetado em sua obra *O segundo sexo*, e algumas contribuições de suas reflexões para a filosofia do direito. Com o método hipotético-dedutivo, analisar-se-á o processo de desenvolvimento do feminismo a partir do existencialismo, importante para a filosofia de Beauvoir e seu papel na construção do conhecimento filosófico para o campo das conquistas dos direitos das mulheres. Além de que em sua obra, ela interpreta, compreende e critica socialmente a situação da mulher como realmente era, a dominação machista e patriarcal na história da humanidade. Este ensaio teórico apresenta a seguinte problemática: Quais as contribuições de Simone de Beauvoir e do seu feminismo existencialista para a filosofia do direito? Para responder esse questionamento, será apresentada a filosofia de Beauvoir na defesa da libertação das mulheres no sistema patriarcal, da autoafirmação, da desnaturalização das desigualdades de gênero e questionamento do que é ser mulher. Para alcançar esse objetivo, será compreendido a crítica ao eterno feminino e o caráter fundamentalmente político e filosófico do feminismo existencialista que pode refletir as esferas jurídicas.

Palavras-Chave: Feminismo. Existencialismo. Filosofia do Direito.

* Graduando da 9ª fase do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus Francisco Beltrão - PR.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7473250407347470>. E-mail: guilhermebaggiocosta@hotmail.com.



Abstract: This article deals with the thinking of the philosopher Simone de Beauvoir, the existentialist feminism projected in her work *The second sex*, and some contributions of her reflections to the philosophy of law. With the hypothetical-deductive method, the development process of feminism from existentialism will be analyzed, important for Beauvoir's philosophy and its role in the construction of philosophical knowledge for the field of women's rights achievements. In addition to that in her work, she interprets, understands and socially criticizes the situation of women as it really was, the sexist and patriarchal domination in the history of humanity. This theoretical essay presents the following problem: What are the contributions of Simone de Beauvoir and her existentialist feminism to the philosophy of law? To answer this question, Beauvoir's philosophy will be presented in defense of women's liberation in the patriarchal system, self-affirmation, the denaturalization of gender inequalities and questioning what it is to be a woman. To achieve this objective, the critique of the eternal feminine and the fundamentally political and philosophical character of existentialist feminism that can reflect the legal spheres will be understood.

Keywords: Feminism. Existentialism. Philosophy of law.

1. INTRODUÇÃO

Beauvoir (2016, p. 9) foi uma filósofa francesa, intelectual, ativista feminista, seus escritos trabalharam conceitos e categorias que atravessam o fenômeno jurídico na contemporaneidade. Será tratado neste ensaio teórico algumas de suas contribuições para a filosofia do direito, com embasamento jusfilosófico na autonomia das mulheres, na conquista de seus direitos civis, sociais e políticos dentro da sociabilidade capitalista. Os homens dominaram historicamente a estrutura de poder familiar, econômico, político, como se não bastasse isso, foram os homens que descreveram aplicação dos ordenamentos jurídicos conforme suas versões, não acrescentando as concepções e reivindicações das mulheres.

Baseada em Hegel, Heidegger e principalmente em Sartre, a filosofia de Beauvoir provocou a cultura machista de sua época, com pouquíssimas mulheres nas universidades, as suas obras foram perseguidas por diversos ramos da sociedade, como a igreja. Pelo seu entusiasmo intelectual, publicou em 1949, o livro *O segundo sexo* que aproximou o feminismo da moral existencialista (BEAUVOIR, 2016, p. 26). Compreendeu-se o feminino como uma identidade social projetada histórica e socialmente. As mulheres nascem sem um propósito ou objetivo, porém, com a socialização elas são sujeitadas à uma série de papéis, como por exemplo: cuidar do lar, filhos e marido. Logo, questiona-se o que é ser mulher e qual o seu papel na sociedade patriarcal. Há uma reflexão sobre o eterno feminino, indagação nova ao mundo acadêmico (BEAUVOIR, 2016, p. 11). Com o pensamento de Beauvoir, a luta



pela libertação das mulheres das instituições machistas se fortaleceu, incluindo a reflexão crítica sobre o direito. As leis e a estrutura jurídica, muitas vezes, promovem injustiças e mantém os ideários masculinos em detrimento do direito ao próprio corpo, a autonomia de pensamento e expressão das mulheres, concepções perdidas pelo patriarcado (SALGADO, 2017, p. 66).

Apesar da filosofia beauvoriana não representar a superação do modo de produção capitalista, os seus escritos refletem a situação social da mulher nessa sociabilidade (LEITE, 2020, p. 373). Embora a crítica marxiana sobre o pensamento de Beauvoir seja fundamental na compreensão das relações íntimas e estruturais entre a formação social machista e o capital, ela não é o objeto de investigação da presente pesquisa, e por coerência epistemológica, foca-se no pensamento existencial feminista de Beauvoir. Portanto, este artigo expõe alguns pontos do pensamento feminista de Beauvoir para contribuir nas reflexões e críticas ao direito.

Por meio do método hipotético-dedutivo, é possível visualizar algumas respostas hipotéticas para a problemática de pesquisa, quais sejam a de que a filosofia de Beauvoir contribui ao refletir o contexto sociocultural da mulher e a sua posição nas estruturas familiares, ao questionar sobre a subordinação feminina nos espaços sociais, o aprisionamento à esfera privada e o domínio dos corpos pelo patriarcado. Essas são algumas das contribuições para a filosofia do direito, além de que, defende-se a luta histórica das mulheres por direitos para o reconhecimento no modo de produção capitalista. Para descrever certos aspectos da filosofia de Beauvoir e as suas contribuições, foram utilizadas pesquisas, entrevista e livros. O trabalho trata, inicialmente, de determinadas características da filosofia existencial de Beauvoir, o movimento feminista, e ao final do texto, reflete-se a luta das mulheres para a conquista de espaço e reconhecimento no direito.

2. SIMONE DE BEAUVOIR E O FEMINISMO EXISTENCIALISTA

A feminista francesa, Simone de Beauvoir era filha de aristocratas, e desde muito cedo apaixonou-se pelos livros, formou-se aos 21 anos em filosofia. Na academia, fez muitas amigas, entre elas a do também filósofo Jean-Paul Sartre, com quem teve um relacionamento aberto durante a vida. Da aproximação entre os dois, Simone flertou com a filosofia existencialista (ROWLEY, 2006, p. 10). A obra *O ser e o nada* de Sartre, publicada em 1943, aflorou em Beauvoir, a reflexão sobre a situação da mulher. Para Sartre (1987, p. 5), as coisas se diferenciam do ser humano, pois as coisas possuem na sua essência uma finalidade pré-definida, um



propósito, já os homens não nascem com uma finalidade, quem dá essa finalidade é a existência, não a essência, logo esse pensamento é sintetizado pela seguinte frase: “[...] a existência precede a essência [...]” (SARTRE, 1987, p. 5). A liberdade é defendida pelo existencialismo, a liberdade é uma condição humana que permite se fazer escolhas no exercício do existir. Além disso, é possível falar em libertação da moral, porque para Sartre (1987, p. 22), o existencialismo é mais humanista que o cristianismo, aquele permite que se façam escolhas e que ajam com responsabilidade, sem se limitar à moralidade conservadora.

A liberdade para o existencialismo não é entendida como uma propriedade, nem como uma questão abstrata, a concepção existencial de liberdade é aquela que enxerga uma possibilidade transcendental de transformar a situação, partindo da facticidade que a existência humana esteja inserida, encarando as dimensões históricas das opressões. Almeida (2016, p. 38), analisa a liberdade existencialista como liberdade situada, pois ela se revela nas circunstâncias da vivência humana, a liberdade não é mais entendida como propriedade metafísica do homem. Assim, a situação possui duas características, da facticidade e alteridade. O conjunto de fatos, sejam naturais ou sociais, que formam o contexto em que a liberdade será exercida pelo sujeito forma a facticidade, ela é o *Em-si*, e não possui significação própria. A condição substitui a natureza, liberta o ser humano de tal maneira que o processo existencial seja construído pela consciência dos sujeitos e do mundo onde se está inserido.

Nota-se pela seguinte citação:

O homem nada mais é do que aquilo que ele faz de si mesmo: é esse o primeiro princípio do existencialismo. É também a isso que chamamos de subjetividade: a subjetividade de que nos acusam. Porém, nada mais queremos dizer senão que a dignidade do homem é maior do que a da pedra ou a da mesa. Pois queremos dizer que o homem, antes de mais nada, existe, ou seja, o homem é, antes de mais nada, aquilo que se projeta num futuro, e que tem consciência de estar se projetando no futuro (SARTRE, 1987, p.6).

Beauvoir (2016, p. 65) une a reflexão sobre a existência ao que é ser mulher. Questiona o papel da mulher, argumentando que não há uma naturalidade do que é ser feminino, para ela a função das mulheres na sociedade se constituiu pela dominação social dos homens, a distinção das funções do sexo feminino e masculino se deram pela sociedade e construção social, não por um destino natural ou divino. Segundo Souza (2018, p. 220), Beauvoir problematiza a situação a partir da concretude, ou seja, a partir da construção histórica, diferenciando a situação do destino. O pensamento de Beauvoir (2016, p. 16) trabalha com uma aborda-



gem coletiva, mas não anula as diferenças e não permite universalizações, pois reconhece a diversidade que existe entre as mulheres. Quando ela escreve que as mulheres burguesas eram solidárias aos homens burgueses ao invés das mulheres proletárias, por sua vez que as mulheres brancas se solidarizavam mais com os homens brancos do que com as mulheres negras, nota-se que Beauvoir defende novos comportamentos e maneiras de enxergar a diversidade que constitui a sociedade, desnudando o sistema patriarcal, capitalista e racista.

Souza (2018, p. 218) sistematiza o pensamento de Beauvoir, os olhares sobre a situação das mulheres, como uma tensão entre a subjetividade – transcendência e a facticidade – imanência que conforme a espacialidade e temporalidade constroem a condição de ser mulher. Com a ética existencialista, pensa-se a concretude humana, as ações humanas por um viés histórico de diferenciar o destino da situação, adiciona-se as condições materiais e morais, pois a possibilidade de luta pela autonomia das mulheres se desenha não apenas pela independência econômica, mas também pela libertação moral e política. Beauvoir (2016, p. 13) reflete a condição de *Outro* que os homens impõem as mulheres, a liberdade como luta constante, a problematização de uma igualdade abstrata e a desigualdade concreta que afeta historicamente as mulheres. Beauvoir (2016, p. 26) tematiza:

A perspectiva que adotamos é a da moral existencialista. Todo sujeito coloca-se concretamente através de projetos como uma transcendência; só alcança sua liberdade pela sua constante superação em vista de outras liberdades; não há outra justificação da existência presente senão sua expansão para um futuro indefinidamente aberto. Cada vez que a transcendência cai na imanência, há degradação da existência “em si”, da liberdade em facticidade; essa queda é uma falha moral, se consentida pelo sujeito. Se lhe é infligida, assume o aspecto da frustração ou opressão (BEAUVOIR, 2016, p. 26).

As mulheres foram socializadas para obedecer, serem mães e “boas” esposas, Beauvoir documenta essa padronização de comportamentos a partir de uma concepção externa, pois ela não tinha filhos nem marido, se preocupava sempre com os livros e pensava em si mesma e nas outras. Pelo existencialismo, refletiu intensamente a relação homem e mulher, as formas de dominação política, econômica e social da sociedade do século XX, afetando as esferas públicas, incluindo o direito como instrumento de dominação. Outros filósofos que a ajudaram a pensar e escrever suas teses foram Heidegger, Hegel e Merleau-Ponty. Beauvoir compreende a mulher em uma perspectiva filosófica de empoderamento e independência de consciência. Escreveu aos 40 anos, quando começou a questionar as estruturas do patriarcado e a ver a realidade que situavam outras mulheres, a represália e censura foram grandes em 1949, ano de publicação, as forças regressistas e até



próprios pensadores da esquerda criticaram as obras e demonizaram a filosofia feminista de Beauvoir. Corajosa e perspicaz, a pensadora francesa não redimiou e ouviu as reivindicações de milhares de mulheres de diversas classes sociais, do proletariado à burguesia, para a opressão que viviam.

O feminismo é um movimento social e político que luta por direitos iguais entre homens e mulheres, pelo empoderamento feminino e a desconstrução de valores machistas e patriarcais. Na sociabilidade capitalista, o movimento feminista lutou pelo direito ao voto feminino, integridade e autonomia dos corpos das mulheres, e considera algumas conquistas de suas lutas, a descriminalização do aborto e direitos trabalhistas, a exemplo da licença maternidade (PEDRO, 2005, p. 79). Historicamente, o movimento feminista teve três grandes momentos de consolidação, o primeiro se deu pelo direito ao voto feminino e o fim de casamentos arranjados, ocorridos no século XIX e início do século XX, denominado de primeira onda ou feminismo da igualdade, no qual lutava pela isonomia e reformas no judiciário, para essa onda o direito era majoritariamente machista e sexista (SILVA, 2018, p. 88).

A segunda onda feminista, chamada também de feminismo cultural ou da diferença entendia o direito como hegemonicamente masculino, o movimento se deu por volta de 1960, com a luta das mulheres por conquistas sociais, legais (direitos trabalhistas) e culturais, tendo perspectiva de libertação dos corpos das mulheres e a separação de sexualidade e reprodução. A terceira onda ou feminismo pós-moderno iniciou em 1990, e se preocupou em responder as retaliações da segunda onda, o terceiro movimento implica também em questões para além do gênero, atinge assim, a raça/etnia, haja vista, que o movimento feminista até então havia denotado questões de mulheres brancas da classe média, o direito é entendido como sexuado e como “tecnologia do gênero”. O conceito de “tecnologia de gênero” é compreendido como aquilo que constrói o gênero e que se institui por ele, o direito se estrutura por dominações masculinas de gênero (SILVA, 2018, p. 88).

Com as múltiplas lutas e variáveis pautas do feminismo determinadas em cada país por sua estrutura social e política, pode-se verificar a existência de diversas perspectivas teóricas. Entre elas, o marxismo feminista que parte da economia política, da crítica às formas sociais do capitalismo, utiliza o método marxiano para destronar a ilusão burguesa de igualdade, analisa a valorização do valor, a exploração do trabalho, a propriedade privada, e portanto, a libertação total das mulheres só ocorrerá com o fim do modo de produção capitalista, ou seja, com a superação do valor (LEITE, 2020, p. 95). Outra perspectiva teórica levantada na contemporaneidade é a do feminismo interseccional, que retrata os diversos tipos



de opressões, de gênero, sexualidade, cor e classe social, assim analisa as mulheres negras lésbicas pobres sobre a ótica de quatro opressões, por ser mulher, negra, lésbica e da periferia, considerando as múltiplas discriminações que sofrem. Nos estudos interseccionais, Crenshaw (2002, p. 172) afirma que as políticas de Direitos Humanos não têm levado em consideração as questões de gênero e raça que configuram as opressões sociais. Crenshaw (2002, p. 188) sustenta que há articulações, do ponto de vista de vista estrutural, de forças econômicas, sociais e culturais que constroem sistemas de silenciamentos, exclusões, subordinações, preconceitos e discriminações, evidencia-se a importância de interseccionalizar as lutas antirracistas ao feminismo.

Embora o feminismo tenha vertentes variáveis, como as citadas anteriormente, em cada país se apresentam objetivos distintos dentro do próprio movimento feminista, adaptando-se às diversas dominações que as mulheres sofrem. Por sua vez, o feminismo existencial fundado por Beauvoir (2016, p. 26), costura reflexões existencialistas sobre a mulher situada na sua realidade histórica. As mulheres foram vistas na história como o *Outro* ou o sexo secundário, a dominação e legitimação da dominação masculina se deve ao patriarcado. O patriarcado restringe as mulheres a serem subordinadas e não serem ouvidas, o sistema patriarcal estabelece autoritariamente os papéis sociais da mulher como cuidar dos filhos, marido e do lar. Uma das contribuições das ideias de Beauvoir para a filosofia do direito é interrogar o caráter machista do direito. Durante séculos, os estudos filosóficos das leis, normas e jurisprudências, tão quanto suas aplicações, tiveram como seus autores os homens, as discussões estavam em torno das ideias dos homens, as mulheres não possuíam espaço para o debate, não havia representação de seus pensamentos, vivências e reivindicações (SILVA, 2018, p. 85).

Beauvoir (2016, p. 37) escreveu sobre a maneira como os filósofos definiam a mulher, de Aristóteles à Hegel, percebeu a forma como eles pensavam e justificavam a dominação dos homens sobre as mulheres, principalmente utilizando categorias biológicas. Baseada no caráter não essencialista do existencialismo, a pensadora despreendeu a ideia de ser mulher das amarras das determinações e definições traçadas pela biologia, discursos criados pelo patriarcado e mantidos pelas leis das sociedades organizadas. Nos seus escritos, critica o eterno feminino, nega a existência de uma suposta “naturalidade” feminina, da presença de características determinadas pela biologia. Segundo ela, os homens no decorrer da história buscavam justificar sua dominação por meio da biologia, psicologia, antropologia e filosofia, fagocitando conseqüentemente o direito. Beauvoir (2016, p. 31) inicia o livro *O segundo sexo* questionando essa justificação biológica:



A mulher? É um simples, dizem os amadores de fórmulas simples: é uma matriz, um ovário; é uma fêmea, e esta palavra basta para defini-la. Na boca do homem o epíteto “fêmea” soa como um insulto; no entanto, ele não se envergonha de sua animalidade, sente-se, ao contrário, orgulhoso se dele dizem: “É um macho!” (BEAUVOIR, 2016, p. 31).

Analisando a história da filosofia pelas lentes de Beauvoir (2016, p. 33), observa-se o machismo presente nas filosofias. Aristóteles afirmou que o que faz a fêmea ser fêmea seria a falta de certas qualidades, qualidades essas que o macho possuía. Antes de Aristóteles, Platão agradecia aos deuses por não ser mulher, haja vista, que as mulheres não possuíam reconhecimento na Idade Antiga. São Tomás afirmava que a mulher era um homem incompleto e ocasional, logo, caberia a ela se subordinar ao ser completo, o homem. Hegel mais tarde, fundamentou racionalmente um entendimento que a sexualidade representava a mediação através da qual o sujeito se atinge concretamente como gênero (BEAUVOIR, 2016, p. 34).

A separação e autenticidade dos homens permitiu a criação de singularidades, principalmente, com a descoberta do cobre. Eles criaram relações inteligíveis com suas ferramentas, mas isso perpassa a infraestrutura ontológica dos homens, eles passaram a ter um processo de individualização e autoafirmação. A opressão das mulheres tem em uma das suas raízes a descoberta do cobre, desde lá, as mulheres foram entendidas como projetos do homem, eles não se contentaram com a amizade como forma de trabalho com seus semelhantes, expandiram as explorações de campo e instauraram a escravidão. A mulher não muito diferente, foi internalizada nesse projeto, sendo entendida desde a categoria original como o *Outro*, e foi justamente isso que permitiu a dominação entre os sexos (BEAUVOIR, 2016, p. 23). Dominação presente, conjuntamente às exclusões e direcionamento do Estado para perpetuação de concepções políticas, filosóficas e jurídicas machistas, o que acaba por ofuscar ou até mesmo apagar a imagem das mulheres no debate e na aplicação do direito.

De influências filosóficas sartreanas, o feminismo existencialista compreende como papel fundamental, a mulher assumir posição de responsabilidade de si e para o mundo, em que se escolhe sua liberdade, isso é chamado de transcendência (BEAUVOIR, 2016, p. 26). Para isso, existe uma infraestrutura existencial, no qual o corpo, as sexualidades fazem parte do existir, situados em uma realidade material concreta.

Para descobrir a mulher não recusaremos certas contribuições da biologia, da psicanálise, do materialismo histórico, mas consideraremos que o corpo, a vida sexual, as técnicas só existem concretamente para o homem na medida



em que os apreende dentro da perspectiva global da sua existência. O valor da força muscular, do falo, da ferramenta só se poderia definir num mundo de valores: é comandado pelo próprio fundamental do existente transcendendo-se para o ser (BEAUVOIR, 2016, p. 91).

Portanto, Beauvoir (2016, p. 91) não nega as contribuições do materialismo histórico, da biologia e da psicanálise, ela não se reduz a essas, mas para além disso, ela pensa como as mulheres vivenciam e pensam o corpo e as questões morais da sociedade. Nesse sentido, Souza (2018, p. 233) coloca o pensamento de Beauvoir no entendimento da subjetividade como transcendência que leva o dado consigo, mas não se limita, porque existe o papel de criar, de configurar sentidos, valores e possibilidades, portanto, a fisiologia, o sexo e as questões econômicas são importantes, porém não são determinantes.

Pensar o direito pela perspectiva existencialista e de gênero trata de se discutir as conjunturas sociais e culturais que as mulheres estão inseridas, bem como as práticas cotidianas de reprodução de culturas discriminatórias. Traçados em um plano histórico, o direito deve observar as estruturas contemporâneas e a juridicidade que compõe diariamente os estudos e ações nas ciências jurídicas. Acrescenta-se os fundamentais trabalhos, estudos, análises e pesquisas científicas de mulheres sobre as questões de gênero e sexualidades, suas vivências e reflexões. A filosofia de Beauvoir estivera comprometida no engajamento de transformar a realidade das mulheres no mundo, portanto, deve-se visualizar os pensamentos de Beauvoir para problematizar cada vez mais as práticas jurídicas e os seus efeitos culturais, pois pela filosofia feminista existencial, existem importantes contribuições sobre as desigualdades históricas de gênero.

3. O FEMINISMO EXISTENCIALISTA E A FILOSOFIA DO DIREITO: A MULHER E O JURÍDICO

A filosofia, como descreve Mascaro (2019, p. 4), representa um estudo aprofundado e estruturado do próprio pensamento e da realidade histórica. Em contrapartida ao senso comum, a filosofia é um enfrentamento da realidade e do pensamento, e em especial a filosofia do direito lida com a relação estrutural do direito com o todo histórico e social, as preocupações com as apreciações do que é justo e injusto. A filosofia do direito é a verdade jurídica maior que o próprio direito. Para além de um positivismo jurídico e cego diante das desigualdades, cabe a filosofia do direito discutir a legitimidade do Estado em ditar normas, pois ela é a própria



alimentação geral da Teoria Geral do Direito e dos ramos específicos do direito, deve-se cumprir uma postura crítica e radical (MASCARO, 2019, p. 11).

É tarefa da filosofia do direito questionar a legitimidade das leis, como são construídas historicamente o conceito de justiça, os efeitos sociais e culturais da operação do direito, busca-se provocar a estrutura científica do direito, no qual possibilita conservar a realidade social ou transformá-la (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 68). A figura masculina nos espaços de poder faz com que surjam indústrias de reprodução de culturas machistas e práticas de silenciamento e exclusão. Considerando tais atmosferas sociais e culturais, os estudos feministas de Beauvoir são relevantes para problematizar a ordem jurídica, pois durante séculos os estudos filosóficos das leis, normas e jurisprudências, tão quanto suas aplicações, tiveram como seus autores os homens, as discussões estavam em torno das idealidades masculinas, rodeados de privilégios solidificados por posturas discriminatórias e de opressão.

A filosofia do direito como campo de investigação da filosofia deve problematizar a construção da subjetividade, as condições históricas que situam as mulheres, a formação de desigualdades, as injustiças sociais e o fenômeno jurídico na reprodução das discriminações. Analisar criticamente as questões de gênero e forjar lutas latentes protagonizadas pelos movimentos sociais, garantidas constitucionalmente, pertencem a um pensamento que expressa a coletividade, engajamento e preocupação social. A intelectualidade de Beauvoir permite que se discuta a atividade dos operadores do direito para a perpetuação do sistema patriarcal.

Beauvoir (2016, p. 19) escreve que “Legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores e sábios empenharam-se em demonstrar que a condição subordinada da mulher era desejada no céu e proveitosa à Terra”. O poder e a legitimidade atravessam o fenômeno jurídico, pois as normas jurídicas são criadas por homens machistas na estrutura legislativa, ademais a falta de representatividade feminina nos parlamentos e o sexismo institucionalizado arquitetam uma atmosfera machista ao direito, consolida um espaço propagador de injustiças e discriminações oriundas do patriarcado. A geometria de um direito machista que propaga culturas sexistas na ordem social e política infecciona outros ramos institucionais, tornando a ideologia patriarcal uma prática hegemônica no direito, na contramão dos movimentos sociais feministas que têm lutado constantemente em diversas esferas, inclusive nas jurídicas.

O segundo sexo foi utilizado como uma descrição factual da realidade das mulheres na sociedade patriarcal. Com a linha de pensamento existencialista, ne-



gou-se o eterno feminino, a naturalidade do feminino, os padrões burgueses de casamento e padronização de comportamentos que restringem a mulher a ter filhos. As mulheres têm sobre o patriarcado a visão de serem naturalmente dependentes, passivas, submissas, apagadas, Beauvoir (2016, p. 81) critica isso, negando a existência de finalidades pré-definidas e dá importância à liberdade e transcendência. A autonomia econômica das mulheres, a conquista de direitos e igualdades de oportunidades seriam objetivos para a materialização dos direitos humanos, embora não usufruam estruturalmente no capitalismo.

O feminismo existencialista reflete o contexto social que a mulher está inserida, as estruturas familiares, as formas de opressão. Beauvoir defendia o engajamento da mulher nas esferas privadas e públicas. A filósofa concedeu em 1975 uma das suas únicas entrevistas, no programa *Questionnaire*, em que fala do seu livro *O segundo sexo* e das razões de se considerar feminista, por meio de estudos teóricos verifica a força física como fator inicial para a dominação dos homens e a estruturação da justificação da supremacia masculina. Descreveu o modo que as mulheres são criadas, ensinadas e presas ao patriarcado e ao machismo, atingindo esferas sociais das famílias até as instâncias de poder, como o direito. Atacada pelos setores mais conservadores daquela época, até pelos comunistas, que esperava receber apoio, foi demonizada, logicamente por se discutir o porquê de pouquíssimas mulheres participarem das discussões políticas e sindicais, questionava alguns setores da esquerda do motivo de considerarem a luta das mulheres secundárias à luta dos proletários, segundo a qual, ambos são oprimidos e deveriam andar juntos para o fim de toda exploração. Uma das lutas que se destacou naquela época foi o reconhecimento do trabalho doméstico e a descriminalização do aborto, Beauvoir na entrevista, encara como vitórias conquistadas por todas as mulheres, inclusive, ela alertava para as mulheres não caírem em falsas ilusões criadas pelos homens para contentarem as mulheres, o que ela chamava de mistificações.

A forma de pensar do feminismo existencialista é uma contribuição que fortalece as mulheres a criarem um movimento para e pelas mulheres, uma luta de todas contra as diversas formas de opressão, sejam elas, física, verbal, psicológica, institucional e simbólica. *O segundo sexo* demonstra a existência de uma forma de discriminação característico do sistema patriarcal, o sexismo, caracterizado como o preconceito e discriminação por gênero. Os estudos do direito foram caracterizados pelo sexismo, limitando a existência, a liberdade das mulheres e seus direitos e garantias, essas entendidas como o *Outro* ou sexo secundário.



A independência moral das mulheres é uma forma de emancipação, a vertente existencialista vê os homens e mulheres como seus fins, dirige as suas ações com a preocupação com o outro e a própria felicidade. Compreende a moral como questão de concreta eficácia e não como de valores externos ou princípios, servir à liberdade e a felicidade de cada um. Alude-se uma crítica aos casamentos burgueses por não criarem laços de amor, apenas criarem laços de posse e se ligarem às moralidades externas (BEAUVOIR, 2016, p. 23). Beauvoir consolida o feminismo existencialista, modificando as formas de se ver, pensar e filosofar a mulher e as estruturas patriarcais.

Embora as ideias de Beauvoir sejam importantes para criticar o machismo nas instituições e fortalecer a luta por direitos e garantias para as mulheres, Leite (2020, p. 374) escreve que a filosofia feminista de Beauvoir não é marxista ou revolucionária. Como visto, Beauvoir se baseou epistemologicamente na fenomenologia e no existencialismo sartreano, não se debruçando sobre a economia política marxista e a crítica da dissociação do valor para desnudar o caráter estrutural do machismo no capitalismo. Tarefa desempenhada pela filósofa Roswitha Scholz, conforme Leite (2020, p. 385), a transcendência do patriarcado não está em uma atitude existencial feminista, mas sim na superação do capitalismo e suas formas sociais. Para Leite (2020, p. 386):

[...] qualquer retomada ontológica abstrata do gênero é um desserviço para uma crítica que precisa ser estrutural. A retomada de uma perspectiva existencialista, na esquerda ou no feminismo, retira o caráter histórico que só pode ser evidenciado pelo teorema da dissociação-valor, capaz de evidenciar a socialização fetichista e atomizada do mundo burguês, caudatário da reprodução do valor. Em Roswitha, somente se compreende as relações de gênero na dialética complexa sujeito-objeto do capitalismo, pautada pela forma mercantil – jamais no dilema sujeito-sujeito do existencialismo. Essa dialética sujeito-objeto, por sua vez, precisa ser abordada com especificação de gênero, pois não é neutra nem assexuada. O valor é homem; o valor dissociado é mulher. Essa é a verdadeira abordagem radicalmente crítica e historicizada, materialista, que deve pautar a esquerda e o feminismo que pretenda ser verdadeiramente emancipador [...] (LEITE, 2020, p. 386).

Apesar do trabalho não ter a epistemologia marxiana como base, ressalta-se que a análise de Leite (2020, p. 394) sobre a filosofia de Beauvoir demonstra os limites do caráter libertador das ideias existenciais feministas no capitalismo. Beauvoir (2016, p. 95) desnaturaliza as relações de gênero e descreve historicamente o patriarcado, mas a luta por direitos na sociabilidade capitalista não propõe a superação do modo de produção, a superação da dissociação-valor e o fim estrutural do machismo.



Para exemplificar os efeitos do patriarcado, Salgado (2017, p. 78) mostra que atrás do “juridiquês” das ciências jurídicas está o machismo que discrimina as mulheres em seus trabalhos e estudos, percebe-se a estruturação sexista quando se observa que nos tribunais superiores há um número menor de representatividade se comparada aos tribunais de primeira instância. Em cargos de confiança que são os mais bem remunerados, a população feminina é menor ainda, representando o machismo nas instituições, há ainda quando as mulheres são parte do processo, o preconceito é igualmente velado.

No Brasil, os números de professoras de direito são baixos em relação ao de professores, e um fator amplamente refletido atualmente nos estudos feministas é a neutralidade compulsória dos estudos de direito em relação as ideias das mulheres (SALGADO, 2017, p. 71). bell hooks (2017, p. 53) ensina que a neutralidade é um perigo, pois há uma educação como prática da liberdade e em contrapartida há a educação que reforça a dominação, a educação deve ser capacitante, porque aumenta a capacidade de entendermos a liberdade, fazendo transgredir fronteiras, portanto, o ensino não deve ser neutro, ele deve ser libertador. Consequentemente, cabe refletir como é o ensino do direito nas universidades e sua suposta neutralidade que favorece aos sistemas de opressão. Todo o tratamento inferiorizado eram dados às mulheres como aplicadoras do direito ou como destinatárias deles, a situação de subordinação e silenciamento estão presentes nas instituições (SALGADO, 2017, p. 84). O privilégio epistêmico constrói as relações nos espaços acadêmicos, esse privilégio se dá a partir de representações de um local privilegiado construído pela opressão e silenciamento de determinados grupos sociais, assim, por meio de relações de dominação, os homens estão nas tradições intelectuais, deslocando o homem branco burguês como centro e base, e a mulher negra trabalhadora, o lugar de outro (RIBEIRO, 2015, p. 62).

O direito enquanto saber situado, através de suas operações técnico-jurídicas secundariza a discussão de gênero ou a silencia. Isso se deve a construção do campo epistemológico jurídico em seu contexto histórico, pois ele está estruturado por sistemas burocráticos de formação, bem como pelas culturas discriminatórias. Oliveira (2017, p. 75) mostra que um dos efeitos do conservadorismo no direito é a produção de operadores do direito como porta-vozes das ideologias dominantes de poder e de dominação estatal, distanciando-se assim o direito das discussões sociais, culturais e antropológicas, inclusive debates envolventes sobre a transexualidade e travestilidade.



Em 2015, foi criado um plano com diversas diretrizes para o empoderamento de mulheres no judiciário, chamado Plano de Valorização da Mulher Advogada (Provimento n.164/2015), esse plano prevê a igualdade de gênero, o combate a violência doméstica, ao feminicídio, e atua na defesa das mulheres encarceradas, além de reconhecer e valorizar as mulheres trabalhadoras, enfrentar o racismo, sexismo, e tráfico de mulheres, e incentivar a produção científica de estudos feministas, questionando criticamente as estruturas machistas. Há de se notar que o Plano de Valorização da Mulher Advogada e movimentos como o “Movimento Mais Mulheres na OAB” representam a luta das mulheres no judiciário para maior representatividade e conquista de direitos e garantias (SALGADO, 2017, p. 74).

O feminismo existencialista alerta para o apagamento das grandes contribuições que as mulheres dão para o conhecimento, nesse sentido, pode-se problematizar a limitação como uma espécie de feminização de algumas áreas que pelo senso comum são espaços das mulheres, como por exemplo, os estudos de Direito de Família e Trabalhista, já em campos do Direito Processual Civil e do Direito Tributário não são vistos como áreas para as mulheres. Uma violência muito comum nos tribunais é a violência psicológica, compreendendo um mecanismo de silenciamento das vozes das mulheres, em notória perpetuação de costumes e práticas machistas nos tribunais, fóruns, cartórios e faculdades (SALGADO, 2017, p. 84). O acesso limitado das mulheres à cidadania é produto cultural sexista e androcêntrico, séculos de silenciamento que trouxeram consequências profundas para o Estado Democrático de Direito. Os direitos individuais foram negligenciados por parte de juristas com argumentos das diferenciações sexuais, isso era amplamente denunciado pelas feministas desde o final do século XVIII, o que mais tarde a segunda onda feminista com Beauvoir denuncia.

Afirma-se os estudos filosóficos feministas de Beauvoir para pensar o fenômeno jurídico no sistema patriarcal, e os efeitos sociais e históricos. Na institucionalidade, a luta feminista tem se preocupado com a materialização de direitos no Estado Democrático de Direito, através de dispositivos legais progressistas como a Lei Maria da Penha, a Lei do Feminicídio, as cotas femininas nas eleições, e a PEC das domésticas (reconhecimento do trabalho doméstico), que configuram algumas conquistas fruto da resistência das mulheres na história. Embora a luta por direitos não aponte para a superação do capitalismo, existe preocupação com as injustiças cotidianas que afligem as mulheres e se faz necessário provocar mudanças culturais para a garantia do mínimo. Tarefa essa que pode ser realizada pela filosofia do direito, problematizando o machismo no fenômeno jurídico, refletindo criticamente as direções políticas dos movimentos sociais, seus limites e fundamentações.



4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O segundo sexo apresenta um caráter político-filosófico que reflete e critica as formas de dominação dos homens sobre as mulheres. O existencialismo como libertação dos seres humanos, inspirou a criação do feminismo existencialista, de fundamental importância para os entes pensantes, principalmente para as mulheres. Discute-se a moralidade que prende as mulheres, a violência histórica patriarcal, rompendo os conceitos de feminilidade e a tendência natural.

Apelidada de Castor por seus amigos e seu companheiro Sartre, devido a seu brilhantismo e dedicação, Beauvoir analisa criticamente o olhar da tradição filosófica sobre a mulher, como os escritos de Platão, Aristóteles, São Tomás de Aquino entre outros, e demonstra o machismo desde aquela época como característica do patriarcalismo, influenciador de decisões nos tribunais e atividades nas universidades. Portanto, enfatiza-se as reflexões de Beauvoir para os estudos de filosofia do direito, no sentido de criticar as relações desiguais de gênero, as concepções machistas e não libertadoras, voltando-se para as conquistas sociais das mulheres no campo das ciências jurídicas.

A filosofia do direito que se alimenta dos métodos e da tradição filosófica deve considerar o pensamento de Beauvoir para questionar a prática jurídica na manutenção do sistema patriarcal que exclui mulheres historicamente. Além disso, a filosofia feminista existencial possibilita questionar os discursos conservadores que naturalizam a violência de gênero, refletir a situação que as mulheres estão inseridas, fortalecer a luta social dos movimentos feministas, criticar as relações de exploração e submissão, possibilitar a transcendência através da liberdade, e encontrar métodos de superação do patriarcado na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Sartre: Direito e Política: Ontologia, liberdade e revolução*. São Paulo: Boitempo, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BEAUVOIR, Simone de. *Porque me considero uma feminista?* Entrevistador: Jean Louis Servan Schreiber. Entrevista concedida no programa de televisão "Questionnaire" em 1975. Disponível em: <https://vermelho.org.br/2017/01/16/simone-de-beauvoir-fala-a-tv-em-1975-ser-mulher-nao-e-um-dado-natural/>. Publicado em 16.01.2017. Acesso em janeiro de 2022.



BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p.171-188, 2002.

HOOKS, bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2017.

LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. *Crítica ao feminismo liberal: valor-clivagem e marxismo feminista*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. *Trans tornando o campo do Direito: uma análise da categoria transexual na doutrina jurídica e seus efeitos no reconhecimento das pessoas trans como sujeito de direitos*. 2017. 311 f. Tese (Doutorado) – PPGICH/, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. *História (São Paulo)*, [S.L.], v. 24, n. 1, p. 77-98, 2005. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-90742005000100004>.

RIBEIRO, Djamila. *Simone de Beauvoir e Judith Butler: Aproximações e distanciamentos e os critérios da ação política*. 2015. 103 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Filosofia, Escola de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Paulo, Guarulhos, 2015.

ROWLEY, Hazel. *Tête-à-Tête*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SALGADO, Gisele Mascarelli. As Mulheres no Campo do Direito: Retratos de um Machismo à Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, [S. l.], v. 44, n. 2, 2017. DOI: 10.14393/RFADIR-v44n2a2016-40411.

SARTRE, Jean-Paul. O Existencialismo é um humanismo. In: *Os Pensadores*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVA, Saete Maria da. Feminismo Jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 83, 7 mar. 2018. Universidade Federal da Bahia. <http://dx.doi.org/10.9771/cgd.v4i1.25806>.

SOUZA, Thana Mara de. Beauvoir e a situação das mulheres: entre subjetividade e facticidade. *Ethic@ - An International Journal For Moral Philosophy*, [s.l.], v. 17, n. 2, p.217-237, dez. 2018. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/1677-2954.2018v17n2p217>.

SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO: ANÁLISE DE JULGADO SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PERANTE TERCEIROS

COMPANY IN PARTICIPATION ACCOUNT: REVIEW OF THE JUDGMENT ON THE RESPONSIBILITY OF THE PARTNERS TO THIRD PARTIES

*Amanda Holanda Martins**

*Lucas Gabriel Duarte Neris***

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a Sociedade em Conta de Participação, especialmente quanto à responsabilidade dos sócios diante de terceiros. Dessa forma, o problema de estudo consiste na indagação acerca da possibilidade de responsabilização do sócio investidor perante terceiros. Para tanto, aplicou-se a estratégia metodológica dedutiva e qualitativa, fundada na investigação bibliográfica e documental. Inicialmente, será realizado o estudo teórico, com o intuito de apresentar a temática e possibilitar o estudo de caso. Em seguida, será analisada decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), proferida em sede do Agravo de Instrumento nº 0034569-11.2020.8.16.0000, proposta em ação de reparação de danos. Em conclusão, pode-se afirmar que a Corte de Justiça entende que, nas Sociedades em Conta de Participação, o sócio participante que não interfere na relação jurídica com terceiros, como deve ocorrer nesta modalidade societária, não pode ser responsabilizado pelo exercício da atividade constitutiva do objeto social pelo sócio ostensivo. Consequentemente, não possui legitimidade passiva nas ações que versam sobre danos materiais e morais movidas por contratantes. De outra mão, caso o sócio oculto tome parte nas relações externas, portando-se como se sócio ostensivo fosse, deverá suportar o ônus desse exercício, inclusive no que diz respeito à responsabilização, possuindo legitimidade passiva para figurar em eventual ação de indenização por danos morais e materiais.

Palavras-Chave: Agravo de Instrumento. Relações perante terceiros. Responsabilidade solidária. Sociedade em conta de participação. Sócio oculto. Sócio ostensivo. TJPR.

* Graduanda do 8º período do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3639404632907367>. E-mail: Amandam.holanda@gmail.com.

** Graduando do 8º período do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6469021873944308>. E-mail: Lucas_duarten@hotmail.com.



Abstract: The objective of this research is to analyze the Company in Participation Account, especially regarding the liability of partners in relation to third parties. Thus, the study problem consists in the inquiry about the possibility of liability of the investor partner to third parties. To this end, we applied the deductive and qualitative methodological strategy, based on bibliographic and documentary research. Initially, the theoretical study will be conducted, in order to present the theme and allow the case study. Then, it will be analyzed decision of the 8th Civil Chamber of the Paraná Court of Justice (TJPR), delivered at the Aggravation Instrument number 0034569-11.2020.8.16.0000, proposed in damage compensation action. In conclusion, it can be stated that the Court of Justice understands that, in the Companies in Participation Account, the participating partner does not interfere in the legal relationship with third parties, as should occur in this corporate modality, cannot be held responsible for the exercise of the activity constituting the corporate object by the ostensible member. Consequently, it has no passive legitimacy in actions dealing with material and moral damages filed by contractors. On the other hand, if the silent partner takes part in external relations, behaving as if he were an ostentatious partner, he must bear the burden of this exercise, including as regards accountability, having passive legitimacy to appear in any action for damages for moral and material damages.

Keywords: Interlocutory Appeal. Relationships with third parties. Joint liability. Participation account company. Hidden partner. Ostensible partner. TJPR.

1. INTRODUÇÃO

Analisar o sistema comercial pátrio significa deparar-se com a ideia de sociedade, uma relevante concepção incorporada pelo ordenamento jurídico, porquanto bastante presente no cenário interno. Dessa maneira, para bem compreender o funcionamento do comércio nacional, é imprescindível assimilar o conceito básico de sociedade.

De modo geral, a sociedade empresária pode ser entendida como a colaboração entre indivíduos, que possuem a mesma ambição financeira, para o alcance de objetivo em comum (VENOSA, 2018). Para tanto, os interessados firmam um contrato, mediante o qual assumem a obrigação mútua de cooperar para o desenvolvimento de uma atividade econômica, seja pelo fornecimento de bens materiais ou pelo oferecimento de serviços, bem como estabelecem o compartilhamento dos resultados, favoráveis e desfavoráveis¹.

Enfatiza-se que, para que ocorra a caracterização de uma sociedade, é essencial a existência da *affectio societatis*, que consiste na vontade das partes em participar da união societária e em efetivamente contribuir para o seu desempenho.

¹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (BRASIL, 2002).

Ademais, é fundamental que a atividade realizada tenha como finalidade a obtenção de uma vantagem econômica, esta que será dividida entre os sócios (VENOSA, 2018; NEGRÃO, 2020; QUINAIA; GARCIA, 2015).

Na legislação brasileira, as sociedades estão categorizadas em duas espécies distintas: sociedades despersonalizadas, que não possuem personalidade jurídica, e sociedades personalizadas, que são detentoras de personalidade jurídica própria (VENOSA, 2018). Integram a primeira espécie, as Sociedades Comuns e as Sociedades em Conta de Participação.

Ponderando a relevância das sociedades para o nosso intrincado sistema comercial, o presente trabalho dedica-se ao estudo de precedente sobre a Sociedade em Conta de Participação (SCP), especialmente quanto à responsabilidade assumida pelos sócios perante a outras pessoas, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Diante desse cenário, questiona-se, a partir do precedente analisado, qual a possibilidade de responsabilização do sócio investidor perante terceiros. Com efeito, examinar-se-á, a partir do julgado objeto de estudo, a viabilidade de o sócio investidor responder por danos materiais ou morais causados a terceiros.

Para cumprir o objetivado, será realizada, inicialmente, uma investigação bibliográfica, com o intuito de proporcionar uma visão panorâmica sobre a temática. Posteriormente, o assunto será estudado a partir da avaliação dos fundamentos e dos entendimentos apresentados no acórdão emitido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em dezembro de 2020, diante do Agravo de Instrumento nº 0034569-11.2020.8.16.0000, interposto em ação de reparação de danos materiais e morais, além de exibição de documentos.

No referido precedente, importante adiantar, a parte apelante reclama a responsabilização do sócio oculto, que investiu terreno para a construção de edificação por ela adquirido, em razão dos prejuízos ocasionados pelos vícios presentes no imóvel.

2. ASPECTOS GERAIS DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO (SCP)

Com o intuito de mensurar a responsabilidade assumida pelas pessoas integrantes da Sociedade em Conta de Participação, sobretudo em face de terceiros, é imprescindível averiguar as peculiaridades que distinguem esta modalidade so-



cietária. Em virtude disto, no tópico adiante, serão expostos os mais relevantes aspectos da citada forma de sociedade, consoante as normas civis e empresariais. Subsequentemente, com respaldo naquilo que for revelado, será abordada a responsabilidade dos sócios, com ênfase nas relações externas.

2.1 O CONCEITO E AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

De início, rememora-se que a Conta de Participação integra o elenco das sociedades desprovidas de personalidade jurídica. Trata-se de uma conformação regular, prevista especialmente entre os artigos 991 a 996, do Código Civil de 2002. Todavia, embora o ordenamento legislativo brasileiro discipline esta ordem societária, deixa de apresentar uma definição fechada, capaz de defini-la precisamente (AFFONSO, 2014; GABRICH; SIMÕES, 2011).

Nada obstante, conforme é possível depreender do artigo 991 do Código Civil vigente, a Sociedade em Conta de Participação diferencia-se pelo modo em que é exercida. Ocorre que a atividade que forma o seu objeto social é desempenhada por somente uma parcela dos sócios, de maneira exclusiva, enquanto os outros integrantes participarão dos resultados, lidando com eventuais lucros ou prejuízos supervenientes da atividade econômica².

Vale esclarecer que a atividade constitutiva do objeto social pode ser entendida como uma prática de natureza negocial, em outras palavras, como a mercantilização da atividade perante terceiros, com o intuito de auferir algum proveito econômico (MAMEDE, 2018).

Isto posto, denomina-se sócio ostensivo o integrante que desempenha individualmente, em próprio nome, o citado ofício empresarial (RAMOS, 2020). Desse modo, apenas o integrante ostensivo atuará nas relações externas, ou seja, nas negociações e contratações junto a outras pessoas, comprometendo-se jurídica e economicamente (MAMEDE, 2018). Sobre isto, é importante alertar que a legislação acolhe a possibilidade de existir, em uma mesma sociedade, mais de um sócio ostensivo³.

² Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes (BRASIL, 2002).

³ Art. 996. Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo (BRASIL, 2002).

Portanto, os integrantes remanescentes não exercem a atividade componente do objeto social da empresa. Estes sócios, denominados participantes, não devem interferir nas relações externas da sociedade, devendo permanecer sem apresentar-se a terceiros. Justamente em razão disto, os sócios participantes também são conhecidos doutrinariamente como sócios ocultos (RAMOS, 2020; TOMAZETTE, 2017).

Normalmente, os sócios participantes atuam unicamente como investidores do negócio, responsabilizando-se os ostensivos pela execução de todas as atividades necessárias para a manutenção do negócio (MAMEDE, 2018). Nestes casos, os integrantes ostensivos ficarão encarregados tanto do gerenciamento do negócio junto a terceiros, quanto pelo seu completo funcionamento.

Conquanto, poderá o integrante oculto contribuir além do financiamento, colaborando na produção de bens ou na prestação de serviços, contanto que as relações com terceiros se efetivem apenas mediante a atuação e em nome do sócio ostensivo (MAMEDE, 2018). Em qualquer caso, o integrante oculto arcará com os resultados, lidando com ganhos e perdas.

Para melhor visualizar o acima, será pertinente apresentar um exemplo que demonstre como a sociedade em estudo funciona na prática. Assim, imagine-se uma situação em que duas pessoas formam uma Sociedade em Conta de Participação para a abertura de uma confeitaria, figurando uma como sócia ostensiva e a outra como participante investidora.

De um lado, a sócia ostensiva será encarregada do exercício da atividade objeto da sociedade, atuando na aquisição dos ingredientes, contratação de confeitores e negociação com clientes, em seu nome individual. Enquanto isto, a sócia oculta poderia ser incumbida de fornecer o suporte financeiro para a conservação do estabelecimento, sem interferir nas atividades externas, compartilhando os ônus e bônus financeiros resultantes das vendas (TEIXEIRA, 2019; GUIMARÃES; SOUZA, 2021).

Ressalta-se que a dinâmica exposta opera apenas internamente (*ad intra*), estritamente para os integrantes da própria sociedade. Determina o artigo 993 do Código Civil, que o contrato da Sociedade em Conta de Participação possui eficácia exclusivamente entre os sócios; neste contexto, não poderá ser oposta a outras pessoas que não os contratantes, tampouco aproveitada por terceiros (MAMEDE, 2018).



Graças a esta particularidade, a Conta de Participação é comumente proclamada pela doutrina como uma sociedade oculta ou secreta⁴. Porém, dispensa-se que esta sociedade opere às escondidas para que seja reconhecida e válida, de modo que estará configurada ainda que sua existência seja exposta publicamente (MAMEDE, 2018). Em verdade, o que se exige é que o membro ostensivo se apresente como o indivíduo com quem as relações jurídicas e econômicas serão firmadas, comprometendo-se apenas em nome próprio, “sem invocar a existência da sociedade e dos seus partícipes em posição oculta” (MAMEDE, 2018).

Além disso, outra característica relevante da Sociedade em Conta de Participação, que a distingue de outras formas societárias, está na inexistência de formalidade em sua constituição, como informa o artigo 992 do Código Civil vigente. Do dispositivo, deduz-se que esta forma societária pode ser engendrada tanto via acordo verbal, como mediante instrumento escrito, podendo ser concebida até mesmo tacitamente, sem que os integrantes da sociedade percebam que a formaram (MAMEDE, 2018).

Torna-se perceptível, então, que o contrato não figura como item necessário para a constituição da Conta de Participação, embora nada obste que as partes optem por celebrá-lo. Nesta hipótese, não será possível inscrever o instrumento na Junta Comercial, somente em outros órgãos, tais como o Registro de Títulos e Documentos (COELHO, 2020). Conquanto, enfatiza-se que, segundo preconiza a Lei Civil, a averbação do contrato em órgão registral não atribui personalidade jurídica a este tipo de sociedade⁵.

É preciso ter em mente que a Sociedade em Conta de Participação *sempre* será uma sociedade despersonalizada para o direito comercial, sendo as relações jurídicas externas concretizadas pessoalmente pelo integrante ostensivo. Esta qualidade acarreta outras consequências práticas, expressas ou não na legislação referente ao direito societário.

⁴ “Além de despersonalizada, a sociedade em conta de participação é secreta, [...]. Se os credores do sócio ostensivo têm eventualmente conhecimento da existência da sociedade em conta de participação, isto não desconstitui o caráter secreto, porque este não decorre do desconhecimento de sua existência pelo meio empresarial, mas da proibição do registro na Junta” (COELHO, 2020, p. 94).

“A sociedade em conta de participação é o que a doutrina chama de sociedade secreta” (RAMOS, 2020, p. 550).

“A sociedade em conta de participação é uma sociedade oculta, que não aparece perante terceiros, sendo desprovida de personalidade jurídica” (TOMAZETTE, 2017, p. 55).

⁵ Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (BRASIL, 2002).

Por exemplo, destaca-se que esta espécie de sociedade não poderá possuir um nome empresarial próprio, tendo em vista que o ordenamento jurídico proíbe a possibilidade de que esta seja reconhecida em firma ou que adote uma denominação social⁶.

No mesmo sentido, a Conta de Participação não será detentora de um patrimônio autônomo. Em vez disso, como estabelece o artigo 994, do Código Civil, contará com um patrimônio especial, composto pelas contribuições prestadas pelos sócios, o qual deverá ser empregado para a efetivação dos negócios sociais.

Este patrimônio especial será administrado pelo sócio ostensivo, com vistas a obtenção dos resultados pretendidos pela sociedade, em observância àquilo pactuado em contrato (RAMOS, 2020). Sendo assim, o patrimônio especial não será aproveitável a terceiros, pois a sua finalidade não poderá ser desvirtuada⁷, como reza o artigo 994, § 1º, do Código Civil, “a especialização patrimonial somente produz efeito entre os sócios”.

Por derradeiro, acrescenta-se que a Sociedade em Conta de Participação será regida pelas normas direcionadas às sociedades simples, no que for compatível; salvo quanto a sua dissolução e liquidação, que seguirá o regramento concernente ação de prestação de contas, nos ditames da legislação processual civil⁸.

Interessante mencionar que uma parcela significativa da doutrina não considera adequado classificar a Conta em Participação como uma espécie de sociedade, em razão das suas características ímpares, sobretudo pelo seu caráter de unidade despersonalizada e pelas consequências que a ausência de personalidade acarreta. Para os adeptos a esta interpretação, como os juristas André Ramos (2020) e Fábio Ulhoa Coelho (2020), seria mais coerente, e tecnicamente preciso, enquadrá-la como um contrato de investimento comum.

Ao disciplinar as organizações despersonalizadas como tipos de sociedade, pretendia o legislador dar-lhes regularidade, garantindo segurança jurídica às relações deles oriundas, pois são bastante numerosas na realidade (RAMOS, 2020). Mesmo assim, as sociedades desprovidas de personalidade não podem aproveitar de prerrogativas como a recuperação judicial ou extrajudicial, tampouco são sus-

⁶ Art. 1.162. A sociedade em conta de participação não pode ter firma ou denominação (BRASIL, 2002).

⁷ TJ-GO. AI nº 5048520.45.2021.8.09.0000. Rel. Des. Alan Sebastião da Sena. 5ª Câmara Cível. J. 26/04/2021.

⁸ Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual (BRASIL, 2002).



cetíveis a falência – o que não impede que o sócio ostensivo, enquanto exercente da empresa, venha a usufruir pessoalmente destas medidas (TEIXEIRA, 2019; TOMAZETTE, 2017).

2.2 A RESPONSABILIDADE ASSUMIDA PELOS INTEGRANTES DA SOCIEDADE

A princípio, observa-se que a responsabilidade assumida pelos integrantes da Sociedade em Conta de Participação pode ser avaliada a partir de dois pontos de vista distintos: o das relações internas e o das relações externas. Na atual etapa do estudo, analisar-se-á especialmente a responsabilidade dos sócios nas interações externas, ou seja, diante de outras pessoas que não os próprios componentes da sociedade. Sem obstáculo, serão realizadas breves considerações a respeito das relações internamente estabelecidas entre os sócios, para que o conjunto seja melhor visualizado.

No âmbito interior, os integrantes da sociedade estarão suscetíveis às responsabilidades e aos direitos inerentes a uma relação societária (VENOSA, 2018). Por conseguinte, os sócios deverão atuar de maneira colaborativa, contribuindo com bens ou serviços, agindo com confiança e com boa-fé, bem como compartilhando os resultados obtidos, que seriam os lucros e prejuízos oriundos do exercício da sociedade.

Ademais, salienta-se que as relações internas se originam do contrato celebrado, este que, como dito anteriormente, possui eficácia jurídica somente entre as partes pactuantes, e que determina o subsídio social necessário para o exercício da empresa (VENOSA, 2018). Concernente a este assunto, preleciona o jurista Gladston Mamede, que:

As relações entre os participantes da sociedade em conta de participação atenderão ao que as partes tenham estipulado livre e conscientemente, se lícito. Isso vale, mesmo, para a distribuição dos ônus e dos bônus (investimentos e resultados) da atuação empresarial, desde que não se verifique, de qualquer parte, abuso de direito; [...] (MAMEDE, 2018, p. 33).

Disto interpreta-se que os sócios possuirão livre arbítrio para ajustar, no instrumento contratual, as responsabilidades dos integrantes dentro das relações internas. Todavia, entende-se que o acordo deverá resguardar as características ínsitas ao modelo de sociedade em questão, para que seja mantida a sua essência.

Portanto, deverá o sócio ostensivo obrigar-se no exercício da atividade empresarial. Além disso, sendo assegurada ao sócio oculto a faculdade de fiscalizar

o gerenciamento do negócio, possuirá o direito de solicitar ao gerente da atividade empresarial a prestação de contas (VENOSA, 2018). Em consequência direta, esta circunstância gera para o sócio ostensivo o dever de realizar a administração e a prestação de contas.

Em outro giro, para averiguar a responsabilidade dos sócios nas relações externas, é preciso relembrar que a Conta de Participação tem natureza despersonalizada, esta característica, como esclarecido no tópico anterior, impede que possua um nome próprio ou patrimônio independente. Logo, devido a carência de personalidade, esta sociedade não contrai obrigações ou adquire direitos em seu nome (COELHO, 2020; VENOSA, 2018), de maneira que apenas o sócio ostensivo arcará com as responsabilidades do grupo societário perante outros indivíduos (COELHO, 2020).

Para melhor abordar esta questão, é preciso observar o artigo 911 da Lei Civil vigente, que delimita a responsabilidade dos integrantes no modelo societário em comento. Sendo assim, colaciona-se o conteúdo do referido dispositivo legal, *ipsis litteris*:

Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual, e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante a terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

Do excerto acima, extrai-se que o sócio ostensivo, ao desempenhar exclusivamente a atividade constitutiva do objeto social, em nome próprio, assumirá sozinho as responsabilidades e obrigações contraídas com outras pessoas em prol da Sociedade em Conta de Participação. Trata-se de uma determinação legislativa que é respeitada pelos tribunais nacionais, corroborada inclusive pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante observa-se no Recurso Especial nº 192.603/SP, cuja ementa reproduz-se a seguir:

DUPLICATA. EMISSÃO POR FORNECEDORA DE MOBILIÁRIO CONTRA O PROPRIETÁRIO DE UNIDADE AUTÔNOMA DE EDIFÍCIO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RESPONSABILIDADE PERANTE TERCEIROS. SÓCIO OSTENSIVO. "Na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata." (REsp nº 168.028-SP). Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ. REsp 192.603/SP, Rel. Ministro Barros



Monteiro, Data do Julgamento: 15/04/2004, Quarta Turma, Data de Publicação: 01/07/2004).

Dentro desta cena, o sócio ostensivo sujeitará o seu patrimônio pessoal à satisfação das obrigações adquiridas junto a outros durante o exercício das atividades empresariais da sociedade, sendo este o único patrimônio que poderá ser alcançado em juízo por outras pessoas (SPINELLI; SCALZILLI, 2019). Da lição do professor Ulhoa Coelho (2020), depreende-se que a responsabilidade do sócio ostensivo é ampla, pois este arcará com os deveres oriundos da atividade empresária diretamente e sem restrições.

Por sua vez, o sócio participante omite-se publicamente, não negocia ou interfere nas relações exteriores, não vincula o seu nome ou patrimônio pessoal (MAMEDE, 2018). Este integrante da sociedade não se comprometerá com os contratantes ou com os credores quanto à satisfação das obrigações, tampouco avocará a responsabilidade pelo inadimplemento destas (COELHO, 2020).

Nos termos do artigo 991, parágrafo único, do Código Civil, os sócios ocultos estarão conectados tão somente ao sócio ostensivo, respondendo perante a estes pelo cumprimento de eventuais obrigações firmadas no instrumento contratual. Portanto, a extensão da responsabilidade dos membros participantes está condicionada ao que determina o contrato da sociedade, sendo sempre relacionada ao sócio ostensivo (COELHO, 2020).

O integrante oculto está juridicamente desvinculado de terceiros quanto ao cumprimento dos deveres oriundos do exercício da sociedade. Então, os destinatários das obrigações, que eventualmente venham a ser lesados, poderão acionar judicialmente somente os sócios ostensivos, o que não impede que estes proponham ação regressiva contra os membros participantes⁹ (COELHO, 2020).

Entretanto, a ausência de responsabilidade do sócio oculto em face de terceiros consiste em uma regra que admite exceções. Embora o participante possua o direito de inspecionar a administração social, não poderá intervir nas relações empreendidas pelo sócio ostensivo com outras pessoas. Caso o sócio oculto descumpra esta condição, será responsabilizado, em solidariedade com o ostensivo, pelas obrigações contraídas¹⁰.

⁹ Conforme alerta Fábio Ulhoa Coelho (2020, p. 93-94), a possibilidade de propositura da ação judicial regressiva pelo sócio ostensivo em desfavor do sócio participante dependerá das cláusulas contratuais.



Em outras palavras, o sócio participante não deve intrometer-se nas relações externas da sociedade, interferindo na atividade constitutiva do objeto social – como negociações e contratações com terceiros. Caso interfira nessa seara, tratando diretamente com contratantes, responderá junto ao sócio ostensivo por deveres provenientes das relações em que se envolveu.

3. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARANAENSE

Realizada a apresentação dos conceitos relevantes ao presente estudo, será analisado um recente precedente jurisprudencial que aborda a temática, proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. Primeiro, será examinada a situação-problema que ensejou a demanda, para que, em seguida, sejam analisados os argumentos e as conclusões que fundamentaram a decisão final, mediante associação com os conceitos expostos anteriormente. No mais, será vislumbrada a possibilidade de reversão da sentença, por intermédio da construção de um outro cenário fático, que ensejasse outras consequências jurídicas.

3.1 EXPOSIÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA

Inicialmente, como explica o Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima, então Relator, a demanda originária consiste em uma ação de reparação de danos materiais e danos morais, com pedido de exibição de documentos, movida por uma cliente, ora agravante, em face de uma Construtora e uma Fornecedora de Loteamentos, ora agravadas.

Em síntese, a ação principal discute a remediação dos danos sofridos pela contratante em virtude de defeitos na construção do imóvel que foi adquirido das agravadas, tais como “rachadura, infiltrações, problemas hidráulicos, elétricos, mal cheiro” (BRASIL, 2020, p. 2). Neste processo, a cliente interpôs o Agravo de Instrumento, que culminou no acórdão aqui analisado, em que discute a possibilidade de a sócia Fornecedora de Loteamentos responder solidariamente com a sócia Construtora, pelos mencionados vícios presentes no imóvel, figurando no polo passivo da demanda.

¹⁰ Art. 993. Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (BRASIL, 2002).



Em sede de contestação, a Fornecedora de Loteamentos sustentou, preliminarmente, sua carência de legitimidade passiva na demanda, sob o argumento de que a celebração de contrato de Sociedade em Conta de Participação com a agravada Construtora limitou a sua contribuição apenas a disponibilização da propriedade para a construção do imóvel.

Dito isto, o juízo originário, por interlúdio de sentença saneadora, aceitou a preliminar apresentada pela Fornecedora de Loteamentos, afastando a responsabilização da requerida e encerrando o processo para esta, sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade da parte, nos termos do inciso VI, art. 485, do Código Processual Civil de 2015¹¹.

Na decisão supracitada, o magistrado apontou que as requeridas haviam celebrado pacto constituindo uma Sociedade em Conta de Participação, segundo o qual a Fornecedora de Loteamentos somente disponibilizaria a propriedade para a realização da obra em questão. Sendo assim, assumiria a posição de sócia participante ou oculta.

Em seguida, a partir da análise do contrato social juntado aos autos, o juiz sustentou que a sócia Construtora seria a única responsável pela edificação do imóvel, devendo, portanto, arcar com todo o ônus da atividade desempenhada. Pontuou que, conforme o instrumento constitutivo da sociedade, a responsabilidade sobre os aspectos técnicos da obra, até mesmo quanto a segurança estrutural do empreendimento, seria de inteira incumbência da Construtora. Ademais, extraiu do documento que a Fornecedora não detinha nenhum dever relativo à edificação em pauta, estando obrigada a responder exclusivamente sobre questões jurídicas relacionadas a propriedade dos terrenos.

Diante da sentença proferida pelo juízo *a quo*, que excluiu do polo passivo a Fornecedora de Loteamentos, interpôs a cliente o Agravo de Instrumento registrado no número 0034569-11.2020.8.16.0000, pretendendo a reforma da referida decisão, para responsabilizar solidariamente a Fornecedora de Loteamentos pelos vícios no imóvel adquirido.

A agravante defendeu que a Fornecedora seria parte passiva legítima, devendo responder pelos prejuízos decorrentes de defeitos construtivos no imóvel adquirido, porque haveria colaborado ativamente para construção ao fornecer o terreno, teria recebido os ganhos do negócio e figurado no contrato de compra e venda,

¹¹ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual” (BRASIL, 2015).

ainda que na condição de sócia da Construtora, “praticando atos típicos de incorporação imobiliária” (BRASIL, 2020, p. 2).

Para além disso, a demandante alegou que o contrato tabulado entre as requeridas nenhuma eficácia possuiria para ela, visto que consiste em um acordo particular entre as sócias. Na mesma esteira, alegou que “nas relações consumeristas a responsabilidade pela má prestação do serviço recai sobre todos os integrantes da cadeia de fornecimento, tendo em vista a presumida vulnerabilidade do consumidor” (BRASIL, 2020, p. 3).

Diante do exposto e, considerando a pertinência temática do instituto jurídico da Sociedade em Conta de Participação para o direito societário, parte-se para a análise dos fundamentos e das conclusões que estão consignados na decisão proferida pela Corte Paranaense, condição de possibilidade para a concretização deste trabalho, que tem como um dos propósitos principais identificar eventuais entraves e propor novas soluções.

3.2 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E DAS CONCLUSÕES QUE SUSTENTARAM A DECISÃO

Durante a pesquisa jurisprudencial e a escolha do julgado objeto deste estudo, percebeu-se que a grande discussão jurídica das lides pesquisadas, sobre o tema da responsabilidade dos sócios nas Sociedades em Conta de Participação, está em definir a possibilidade de responsabilização solidária do sócio participante junto ao sócio ostensivo.

Esta mesma questão foi tratada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Paraná, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 0034569-11.2020.8.16.0000. Neste precedente, a referida Corte, em unanimidade de votos, decidiu pelo não provimento das razões da autora, reconhecendo a ilegitimidade da sócia oculta para figurar no polo passivo em ação de reparação de danos e a responsabilidade exclusiva do integrante ostensiva pela construção fornecida à cliente, aqui denominada agravante. Em outras palavras, confirmou a impossibilidade de responsabilização solidária da sócia participante no contexto apresentado em juízo.

Ao iniciar as suas considerações, o Relator aduz que a relação firmada entre as rés está regida por um documento particular que institui uma Sociedade em Conta de Participação. Neste ponto, traz à luz o que preconiza o ordenamento jurí-



dico, especificamente o artigo 991 do Código Civil de 2002, bem como o que ensina a doutrina empresarialista conhecida¹².

Com alicerce nestes fundamentos, o Desembargador ponderou que a agravada Construtora, ao adotar a posição de sócia ostensiva, avocou para si própria toda a responsabilidade pelos danos provenientes do empreendimento, sobretudo pela segurança estrutural da construção – circunstância consignada nos termos do instrumento contratual. Respalhando-se nisto, concluiu que a Fornecedora de Loteamentos, na condição de sócia participante, não contraiu deveres com outros que não a sócia ostensiva, nos termos acordados.

O Relator reconheceu que, consoante ao art. 993 do Código Civil, o contrato da sociedade em Conta de Participação surte efeito unicamente entre as pactuantes. Contudo, frisou que, em harmonia com o artigo 991, parágrafo único, da Lei Civil, apenas o sócio ostensivo responde diante de terceiros, porquanto este exerce sozinho a atividade constitutiva do objeto social, assumindo exclusivamente a responsabilidade pelos negócios firmados. Destarte, com fulcro no artigo 993, do mesmo diploma legal, destacou que o sócio participante unicamente responderá de maneira solidária junto ao sócio ostensivo, quando intervier nas relações sociais externas da sociedade.

Dessa forma, essa conclusão parte de uma interpretação literal da legislação societária. Outrossim, como visto acima, e abordado em capítulo anterior, tal posicionamento também é adotado pela doutrina pátria, como se percebe nas obras de Fábio Ulhoa Coelho (2020, p. 93)¹³ e André Ramos (2020, p. 552)¹⁴.

Na mesma linha de raciocínio, Marcela Almeida (2009, p. 50) pontua que:

Em regra, o sócio participante não tem contato com os terceiros que o sócio ostensivo contratar. Assim, não se estabelecendo Relações jurídicas entre

¹² Para tanto, o Ministro cita trecho da obra do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho "(...) A conta de participação se constitui da seguinte forma: um empreendedor (chamado sócio ostensivo) associa-se a investidores (os sócios participantes), para a exploração de uma atividade econômica. O primeiro realiza todos os negócios ligados à atividade, em seu próprio nome, respondendo por eles de forma pessoal e ilimitada (...). Os terceiros, com quem o sócio ostensivo contratou, na exploração da atividade econômica de conta de participação, não têm ação contra os sócios participantes. Estes respondem apenas perante o ostensivo, e nos limites do contrato firmado entre eles" (COELHO, 2015, p. 513 apud TJPR, 2020, p. 4).

¹³ Em suas palavras, Coelho assevera que "os sócios participantes não respondem senão perante os ostensivos e na forma do que houver sido contratado. Assim, os sócios desta categoria têm responsabilidade limitada ou ilimitada de acordo com o previsto no contrato firmado com o ostensivo" (COELHO, 2020, p. 93).

¹⁴ O empresarialista argumenta que, "se os sócios participantes, em determinada negociação, "aparecerem" perante terceiros, ou seja, se atuarem em certo negócio social firmado pelo sócio ostensivo com terceiros, responderão solidariamente junto com o sócio ostensivo por essa negociação" (RAMOS, 2020, p. 552).

eles, não pode o sócio participante adquirir direitos nem se responsabilizar pelos negócios desenvolvidos pelo sócio ostensivo. No entanto, se ele tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, responderá solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (parágrafo único do artigo 993 do Código Civil). Dessa forma, se ele procede como se ostensivo fosse, deve suportar as consequências dessa atividade positiva.

Na situação em análise, entendeu o Desembargador Hélio Henrique Lopes que a Fornecedora de Loteamentos participou unicamente como titular da propriedade do terreno em que o imóvel foi erigido, de maneira que não teve “qualquer participação na incorporação ou na execução da obra” (BRASIL, 2020, p. 4).

Consequentemente, a incumbência de erguer as unidades prediais e de realizar a venda destas foi tomada exclusivamente pela Construtora, a sócia ostensiva, o que significa que somente sobre esta incidirão as obrigações correspondentes. Neste diapasão, considerou correta a sentença que declarou ausência de legitimidade da Fornecedora de Loteamentos, agravada e sócia participante, ordenando a sua retirada do polo passivo da demanda.

Rememora-se que, na Sociedade em Conta de Participação, a gestão administrativa interna pode ser compartilhada com o sócio participante, mas administração perante a terceiros será empreendida apenas pelo sócio ostensivo, que a realiza em seu nome individual e assume responsabilidade exclusiva sobre as obrigações contraídas em relações externas (ALMEIDA, 2009; RAMOS, 2020). Sendo assim, frise-se que os terceiros que mantêm relações jurídicas com o sócio ostensivo, em regra, não possuem o direito de ação contra os sócios participantes, estando normalmente adstritos ao sócio ostensivo (ALMEIDA, 2009; RAMOS, 2020).

Ressalta-se que o sócio oculto até poderá atuar perante terceiros, em casos particulares, desde que execute funções administrativas pontuais, sem se obrigar pessoalmente, agindo como mandatário do sócio ostensivo, o qual será reconhecido pelos terceiros como o responsável pelo negócio jurídico (ALMEIDA, 2009; RAMOS, 2020). Entretanto, o sócio participante adquirirá responsabilidade nas situações em que, além de apresentar-se perante terceiros como sócio, assumir obrigações em nome próprio (ALMEIDA, 2009).

Para motivar o acórdão e ampliar a sua fundamentação, o Desembargador Hélio Henrique ainda colacionou diversos precedentes da Corte Paranaense¹⁵, que reforçam, de forma sintetizada, o seu posicionamento. Dentre estes, destaca-se o



Agravo de Instrumento no processo de número 0034876-62.2020.8.16.0000, julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, sob Relatoria do Magistrado Luciano Campos de Albuquerque. No citado julgado, o Relator reconheceu, em virtude da existência de Sociedades em Conta de Participação, a ausência de responsabilidade do sócio participante perante terceiros e a responsabilização exclusiva do sócio ostensivo, que se compromete em nome próprio pela atividade econômica desempenhada.

Posicionamento similar adotou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.785.802/SP (2018/0071256-8), sob a Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva¹⁶. Para enriquecimento do estudo, menciona-se excerto do precedente, em literalidade:

Deve ser afastada qualquer responsabilização solidária da recorrente pelo não adimplemento do contrato de promessa de compra e venda das unidades do apart-hotel, seja por não integrar a cadeia de fornecimento relativa à incorporação imobiliária, seja por não compor o mesmo grupo econômico das empresas inadimplentes, seja por também ter sido prejudicada, visto que sua pretensão de explorar o ramo hoteleiro na localidade foi tão frustrada quanto a pretensão da autora de ganhar rentabilidade com a aquisição e a locação das unidades imobiliárias (STJ, 2019, p. 3).

Com base no até agora exposto, entende-se que, nas Sociedades em Conta de Participação, o sócio oculto não forma nenhum vínculo com terceiros, razão pela qual não contrai responsabilidade, pelos negócios realizados pelo sócio ostensivo externamente. Por outro lado, caso o sócio oculto invada a esfera de administração externa do sócio ostensivo, se portando como tal, deverá assumir responsabilidade solidária (ALMEIDA, 2009).

Na hipótese ora examinada, a Turma da Egrégia Corte não identificou a correspondência com o dispositivo legal, isto é, não constatou intromissão da sócia participante nas relações externas da sociedade, o que ensejou o desprovemento

¹⁵ TJ-PR. Proc. nº 0034876-62.2020.8.16.0000. Rel. Juiz Luciano Campos de Albuquerque. 5ª Câmara Cível. J. 09/09/2020;

TJ-PR. Proc. nº 0041020-23.2018.8.16.0000. Rel. Desembargador Fernando Paulino da Silva Wolff Filho. 17ª Câmara Cível. J. 17/04/2019;

TJ-PR. Proc. nº 0003509-88.2018.8.16.0000. Rel. Desembargador Mario Nini Azzolini. 11ª Câmara Cível J. 30/08/2018;

TJ-PR. Proc. nº 0041143-55.2017.8.16.0000. Rel.: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. 12ª Câmara Cível. J. 07/06/2018.

¹⁶ REsp 1785802/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/02/2019, DJe 06/03/2019.



do recurso, nos termos da fundamentação do Ministro Relator, preservando-se a decisão agravada.

3.3 HIPÓTESES DE RESULTADOS DIVERSOS: A REVERSIBILIDADE DO VOTO

Uma vez discutida a controvérsia, com respaldo na revisão bibliográfica realizada e para além da fundamentação argumentativa desenvolvida ao longo de páginas antecedentes, será avaliada a possibilidade de uma resposta jurídica diversa daquela apresentada no julgado posto em análise. Este exercício será feito a partir da construção de hipóteses similares, mas que resultarão em decisões diferentes daquela proferida no Agravo de Instrumento nº 0034569-11.2020.8.16.0000, em razão de particularidades distintas.

Trata-se da tentativa de vislumbrar um cenário em que o voto do Relator Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima teria sido proferido de outro modo ou em que fosse viável a reversão da sentença por tribunal superior, justamente pelas circunstâncias do caso, que o diferenciasses da lide analisada no tópico anterior, ou pela aplicação de uma interpretação diversa.

Trilhando por esta vereda, imagine-se a hipótese em que a sócia oculta tenha ido além do investimento do capital financeiro na Sociedade em Conta de Participação, passando a intervir diretamente nas relações externas. Em outras palavras, não somente tenha oferecido os terrenos para a construção dos imóveis, mas tenha negociado com a cliente em seu nome individual, contratado diretamente os funcionários das obras sob sua responsabilidade ou mesmo gerenciando por contra própria a construção do prédio, assumindo as atribuições da Construtora e agindo como uma verdadeira sócia ostensiva. Nesta situação, seria possível que a sócia participante fosse chamada à responsabilidade pelos danos patrimoniais e morais sofridos pelos terceiros – sejam clientes ou funcionários.

Na situação hipotética exposta, a Fornecedora de Loteamentos não poderia esquivar-se das obrigações assumidas, sob argumento de ser apenas sócia participante, tampouco atribuir a responsabilidade exclusivamente a sócia ostensiva, neste caso, a Construtora, pois tomou parte nas relações deste com terceiros, indo além do seu poder de fiscalização.

Noutro giro, a Corte Paranaense poderia ter interpretado de outra maneira os fatos postos em julgamento. Por exemplo, considerado que o contrato de compra e venda, onde constava a Fornecedora de Terrenos, seria elemento suficiente para



indicar que a sócia oculta haveria atuado diretamente no negócio, intervindo nas relações externas da sociedade. Assim, assumindo responsabilidade pelo empreendimento, sendo legitimada a estar no polo passivo.

Neste sentido, registre-as a existência de diversos julgados dos tribunais pátrios¹⁷ a respeito da responsabilização solidária do sócio oculto junto ao sócio ostensivo perante terceiros, que corroboram o acimado. Dentre estes, destaca-se o Agravo de Instrumento nº 0012812-24.2021.8.16.0000¹⁸, também proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal do Paraná, inclusive figurando no polo passivo da demanda, as mesmas empresas agravadas no acórdão estudado em tópico antecessor. Para melhor averiguação, colaciona-se a sua ementa, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS. DECISÃO AGRAVADA QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA INCORPORADORA COM BASE EM INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. CONTRATO SUBMETIDO ÀS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DA INCORPORADORA E REVENDEDORA DO IMÓVEL. PARTICIPANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO DO PRODUTO. INTELIGÊNCIA DO PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 7º E § 1º DO ART. 25 AMBOS DO CDC. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE CONTRATO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO QUE NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 993 DO CC/2002. CONTRATO FIRMADO DIRETAMENTE COM A JMDG LOTEAMENTOS LTDA. CONTRATO SOCIAL QUE SOMENTE PRODUZ EFEITOS ENTRE OS SÓCIOS. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER OPOSTA AOS CONSUMIDORES QUE NÃO PARTICIPARAM DA AVENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÃO. VERIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA INCORPORADORA QUE DIZ RESPEITO AO MÉRITO DA DEMANDA, NÃO SE CONFUNDINDO COM A ILEGITIMIDADE DE PARTE. DECISÃO REFORMADA PARA AFASTAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA INCORPORADORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR. AI nº 0012812-24.2021.8.16.0000. Relator: Desembargador Marco Antonio Antoniassi. Oitava Câmara Cível, Data de julgamento: 21/05/2021).

Neste julgado, o Desembargador Marco Antonio Antoniassi, então Relator, en-

¹⁷ TJ-AL. Proc. nº 0097094-36.2008.8.02.0001. Rel. Desembargador Alcides Gusmão da Silva. 3ª Câmara Cível. J. 12/11/2020;

TRT-1º. Proc. nº 0001093-80.2013.5.10.0020 Rel. Desembargadora Elke Doris Just. Segunda Turma. J. 24/09/2014;

TJ-SP. Proc. nº 0287623-75.2010.8.26.0000. Rel. Desembargador Manoel De Queiroz Pereira Calças. 11ª Câmara Cível (Reservada à Falência e Recuperação). J. 19/10/2010;

¹⁸ TJ-PR. Proc. nº 0012812-24.2021.8.16.0000. Rel. Desembargador Marco Antonio Antoniassi. 8ª Câmara Cível. J. 21/05/2021.

tendeu que a empresa, mesmo na condição de sócia participante, interferiu ativamente nas relações externas da sociedade, empreendidas pela sócia ostensiva, a Construtora, porquanto o ato de registro da minuta de convenção foi realizado diretamente pela sócia oculta. Por esta razão, Antoniassi adotou posicionamento no sentido de ser plenamente cabível a responsabilização solidária da sócia participante pelos vícios construtivos do empreendimento.

Sendo assim, o Desembargador confirmou a legitimidade da sócia oculta para aparecer no polo passivo da demanda; de modo concomitantemente, reconheceu que “a existência de instrumento particular de constituição de Sociedade em Conta de Participação firmado entre as agravadas [...], por si só, não é suficiente para afastar a legitimidade da JMDG LOTEAMENTOS para a presente demanda” (BRASIL, 2021, p. 5). Nesta toada, reconheceu o recurso, dando-lhe o provimento.

Diante do esclarecido, nos casos hipotéticos, a mais provável conclusão no Agravo de Instrumento seria, de forma objetiva e direta, o seu acolhimento para reconhecer o sócio oculto como sujeito legítimo para figurar no polo passivo da ação de reparação de danos materiais e morais, conforme fundamentação apresentada durante a extensão desse trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, abordou-se preliminarmente os aspectos gerais e as principais características da modalidade societária denominada Sociedade em Conta de Participação, especialmente no que concerne a atuação dos sócios dentro da conjuntura, com o intuito de apresentá-la ao leitor. Em momento posterior, analisou-se a responsabilidade dos sócios nas relações internas e externas, com um olhar especial para as relações exteriores, isto é, para aquelas formadas com outras pessoas que não os integrantes da sociedade.

No que diz respeito ao tema em questão, constatou-se que o sócio ostensivo se responsabiliza sozinho pelas obrigações contraídas com terceiros em prol do exercício da atividade empresarial. Enquanto isto, o sócio participante, geralmente, não assume qualquer responsabilidade externa, respondendo somente perante o sócio ostensivo, conforme o contrato.

Como visto, a responsabilidade do sócio oculto perante a terceiros somente surge quando este ultrapassa os limites da fiscalização do negócio e invade a esfera de administração externa incumbida ao sócio ostensivo, estabelecendo relações



jurídicas com outros em nome próprio, caso em que deverá ser responsável solidariamente pelas obrigações em que interferir.

Sobre esta questão, apresentou-se acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Paranaense, formado diante do Agravo de Instrumento de nº 0034569-11.2020.8.16.0000, o qual representa parte do entendimento adotado amplamente pelos tribunais pátrios. Este julgado trouxe significativa contribuição no avanço das discussões acerca do instituto da responsabilização no direito societário como um todo.

No precedente analisado, a Corte Paranaense confirmou que, nas Sociedades em Conta de Participação, quando sócio oculto não estabelece qualquer relação jurídica com terceiros, não pode ser responsabilizado pelos negócios externos empreendidos pelo sócio ostensivo. Consequentemente, não poderá ser chamado a responder em solidariedade com o sócio ostensivo pelas obrigações firmadas em razão da sociedade, o que o torna sujeito ilegítimo para figurar no polo passivo de ação de reparação de danos materiais e morais.

No caso em análise, percebe-se que as agravadas firmaram entre si um contrato constituindo uma Sociedade em Conta de Participação. Neste, somente a Construtora atuaria como sócia ostensiva, exercendo sozinha a atividade constitutiva do objeto social e responsabilizando-se pela construção dos edifícios, bem como pela negociação com os clientes. Enquanto isto, a Fornecedora de Terrenos seria a sócia participante, somente investindo no negócio – mediante fornecimento dos loteamentos – e compartilhando os resultados, sem intervir nas relações externas ou assumindo obrigações perante outros.

Assim, somente responderia perante os clientes, adquirindo responsabilidade junto com a sócia ostensiva, caso saísse da sua posição de sócia oculta, intrometendo-se na atividade externa da sociedade. No caso, entende-se que, para o magistrado, não restou comprovado que a Fornecedora de Terrenos atuou junto com a sócia ostensiva, perante a cliente agravante, para a construção do imóvel, que seria a atividade constitutiva do objeto social. Permaneceu, pois, na posição de sócia oculta, o que leva à conclusão que deverá responder unicamente ao sócio ostensivo, não possuindo legitimidade para figurar no polo passivo da ação promovida.



REFERÊNCIAS

AFFONSO, Ana Carolina Barbuio. *A Sociedade em Conta de Participação no Direito Brasileiro*. 2014. 210 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALMEIDA, Marcela Vila Nova de. *Aspectos da sociedade em conta de participação*. 93 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial n.º 1.785.802 – SP (2018/0071256-8)*. Recorrente: Blue Tree Hotels & Resorts do Brasil S/A. Recorrido: Maria Cristina Ometto Pavan. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/A?seq=1849161&tipo=0&nreg=201800712568&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190816&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial n.º 192.603 – SP (1998/0078139-0)*. Recorrente: João Manoel dos Reis. Recorrido: Qualita Indústria e Comércio de Móveis Ltda. Relator: Min. Barros Monteiro, em 15 de abril de 2004. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos>.



ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199800781390. Acesso em: 16 ago. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 31. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GABRICH, Frederico de Andrade; SIMÕES, Lorena Arantes. Sociedade em conta de participação: estratégia e inovação. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.14, n. 28, 2011.

GOIÁS (Estado). Tribunal de Justiça de Goiás. *Agravo de Instrumento nº 5048520.45.2021.8.09.0000*. Relator: Desembargador Alan Sebastião De Sena Conceição. Julgamento em 26 de abril de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Goiânia, 26/04/2021. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=A#>. Acesso em: 16 ago. 2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; SOUZA, Caio Augusto Nazario de. Legalidade da sociedade em conta de participação como técnica de captação de recursos para execução de contratos de parceria com a Administração Pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 13, n. 25, 2021.

MAMEDE, Gladston. *Direito societário: sociedades simples e empresárias*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito Comercial e de Empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. Coleção Curso de Direito. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 0034569-11.2020.8.16.0000*. Relator: Desembargador Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima. Julgamento em 04 de dezembro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Paraná, 04/12/2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014173101/Ac%C3%B3o-0034569-11.2020.8.16.0000>. Acesso em: 13 set. 2021.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 0012812-24.2021.8.16.0000*. Relator: Desembargador Marco Antonio Antoniassi. Julgamento em 21 de maio de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Paraná, 21/05/2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000016921701/Ac%C3%B3o-0012812-24.2021.8.16.0000>. Acesso em: 13 set. 2021.

QUINAIA, Cristiano Aparecido; GARCIA, Thiago Munaro. Investimento, sociedade em conta de participação e falência. *Revista de Estudos Jurídicos*, v.

19, n. 29, 2015.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SPINELLI, Luiz Felipe; SCALZILLI, Pedro João. Sociedade em Conta de Participação. In: *Coletânea da Atividade Negocial*. Org. André Guilherme Lemos Jorge. et. al. São Paulo: Universidade Nove de Julho (UNINOVE), 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. *Direito Empresarial Sistematizado: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Falência e Recuperação de Empresas*. vol. 3. ed. 5. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL (2010-2020)

Vitória Emilia Santiago Pastro*

PASTRO, Vitória Emilia Santiago. *O princípio do non-refoulement na Corte Europeia de Direitos Humanos: uma análise jurisprudencial (2010-2020)*. 2021. 112 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

O referido trabalho visa compreender como o princípio do *non-refoulement* foi aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) ao longo dos anos estudados. E por objetivo investigar: 1) se o fluxo migratório de refugiados decorrente, sobretudo da Primavera Árabe, alterou o perfil dos autores que buscaram proteção contra o *refoulement* e; 2) se com o passar dos anos e com o aumento do número de refugiados na Europa, o Tribunal passou a flexibilizar cada vez mais a obrigação do *non-refoulement*. Para isso, utilizou-se do método dedutivo e da técnica bibliográfica mediante análise dos julgados do TEDH relativos à possíveis violações do art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 2010 a 2020, e de reconhecidas violações ao art. 4 do Protocolo n. 4, de 2012 a 2020; e de artigos científicos e livros produzidos na área. De início, buscou-se estabelecer que o princípio do *non-refoulement* é uma norma inderrogável do Direito Internacional, positivada na Convenção relativa ao estatuto dos Refugiados de 1951 e no direito europeu. Em seguida, através do levantamento de dados relativos ao número e a situação dos solicitantes de asilo no território europeu, foram analisados os fluxos migratórios na Europa de 2010 a 2020, evidenciando algumas das características dos refugiados tais como: faixa etária; sexo; origem; lugar de entrada e; onde fizeram os pedidos de refúgio. Também foi traçado um perfil dos autores que buscaram proteção contra o *refoulement* no Tribunal no mesmo período, demonstrando: a origem dos autores; a distribuição por sexo e por faixa etária; e contra quais Estados os pedidos foram feitos. Sendo assim, percebeu-se que em muitos casos o perfil desses dois grupos não coincide, ou seja, os autores de pedidos perante

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9726245006160936> E-mail: vitoriaesantiago@gmail.com.



o Tribunal não fazem parte do “perfil” de refugiado que adentra o território europeu e que é comumente retratado na mídia. Ademais, constatou-se que na grande maioria dos casos analisados o TEDH entendeu que a devolução dos autores era proibida. Entretanto, com o passar dos anos o Tribunal cedeu à pressão de grande parte dos Estados europeus por maior externalização do controle migratório, maior repressão aos migrantes, menor concessão de asilo e por consequência menor proteção aos migrantes, permitindo cada vez mais a devolução dos autores. Em um terceiro momento, a pesquisa expõe que as decisões do TEDH, sobretudo nos casos mais recentes de expulsões coletivas, negaram a permanência dos autores na Europa corroborando com o modo europeu de lidar com os refugiados. Isto é, focando na externalização das responsabilidades pelo controle migratório para países externos à União Europeia, por meio de acordos secretos em que países de fora do bloco se encarregam do controle fronteiriço, evitando que os migrantes entrem no território europeu ou recebendo de volta os que adentraram. Nesse sentido, a jurisprudência recente do Tribunal mudou, sendo o julgamento do recurso no caso N.D. e N.T. v. Espanha em 2020 um marco da nova postura do TEDH em que a devolução é permitida sem que isso configure expulsão coletiva conforme art. 4 do Protocolo n. 4.

Palavras-Chave: princípio do *non-refoulement*. expulsões coletivas. Refugiados. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.



A ANÁLISE DA ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU REFORMA NA ADI 6.025/DF: A RELEVÂNCIA DA CONCESSÃO FEDERAL DE BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS A PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES

*Paula Paciullo de Oliveira**

A jurisprudência que será analisada neste trabalho é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.025/DF julgada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no dia 20 de abril de 2020. Nesta ocasião, o Tribunal entendeu ser constitucional o artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 que fixa a isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrite anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma (BRASIL, 1988a). Estas enfermidades são consideradas graves tanto pela doutrina, a exemplo de Leandro Paulsen (2019), quanto pela lei e pela jurisprudência, conforme será entendido a seguir.

Para se analisar o tema, primeiramente é necessária leitura da ementa fixada pelo julgamento da ADI nº 6.025/DF, que é a seguinte:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU REFORMA. REQUISITOS LEGAIS CUMULATIVOS E RAZOÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DA ISENÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E LEGALIDADE ESTRITA (ARTS. 2º E 150, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO). CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LEI 7.713/1988. IMPROCEDÊNCIA. 1. A concessão de isenção tributária configura ato discricionário do ente federativo competente para a instituição do tributo e deve estrito respeito ao princípio da reserva legal (art. 150, § 6º, da Constituição Federal). 2. A legisla-

* Advogada e Graduada no curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2809518416402280>. E-mail: paula.paciullo@direito.ufjf.br.



ção optou por critérios cumulativos absolutamente razoáveis à concessão do benefício tributário, quais sejam, inatividade e enfermidade grave, ainda que contraída após a aposentadoria ou reforma. Respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF). 3. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, ampliando a incidência da concessão de benefício tributário, de modo a incluir contribuintes não expressamente abrangidos pela legislação pertinente. Respeito à Separação de Poderes. Precedentes. 4. Os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI 6025, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 25-06-2020 PUBLIC 26-06-2020)

Realizadas as considerações iniciais para se identificar a jurisprudência a ser analisada e seu tema, serão apresentadas críticas pertinentes ao que foi postulado em juízo em relação à constitucionalidade da isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria ou reforma nos casos das doenças listadas no artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a).

O Tribunal Pleno do STF debruçou-se sobre o tema e com exceção do Ministro Edson Fachin, que foi voto vencido, decidiram declarar a constitucionalidade dos requisitos legais e cumulativos contidos no art. 6º, XIV, da Lei Federal nº 7.713/1988, de que a pessoa teria que ser aposentada ou reformada e, ainda, possuir doença grave, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da CF). Em seu parecer, o Ministro cujo voto foi vencido entendeu que seria mais justo a norma ser interpretada no sentido de que também fosse concedido o benefício da isenção de imposto de renda a trabalhadores acometidos de doenças graves ainda em atividade laboral e não apenas aos aposentados e reformados.

O constituinte originário de 1988 realizou a repartição da competência tributária incumbindo a cada ente da federação o dever de instituir e regular certos tributos, como se observa nos artigos 153, 155 e 156 da Constituição da República (BRASIL, 1988b). No caso do imposto de renda, a União foi o ente federativo escolhido para instituí-lo e regulá-lo, conforme se observa no artigo 153, inciso III da CF (BRASIL, 1988b). Por sua vez, uma isenção é decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, de acordo com o artigo 176 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966). E, ainda segundo o princípio



da reserva legal do artigo 150, §6º da CF (BRASIL, 1988b) certa isenção poderá ser instituída e concedida mediante lei específica do ente federativo competente pelo tributo. Dessa maneira, a União tem a faculdade de editar lei federal sobre a isenção deste imposto em específico, sendo este um ato discricionário. Portanto, do ponto de vista formal, a isenção contida no artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a) é constitucional e legal, visto que esta lei foi editada pela União e estabeleceu os requisitos que certo indivíduo deve preencher para receber o benefício da isenção.

Após as considerações na esfera formal, os julgadores da ADI 6.025/DF analisaram os critérios materiais da “inatividade” e da “enfermidade grave” que o artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a) estabelece para que o benefício seja concedido, visto que o pedido contido na inicial que deu início à ADI os questionou. Para a sua requerente, a Procuradora-Geral da República, o requisito da aposentadoria ou reforma, que indica inatividade do indivíduo, deveria ser superado visto que esta limitação violaria direitos humanos e fundamentais (BRASIL, 2020).

O STF entendeu que os critérios assentados pelo artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a) para o benefício ser concedido são razoáveis, visto que incumbe especificamente ao poder legislativo do ente respectivo ao tributo estabelecê-los, em observância à tripartição de poderes (BRASIL, 2020). Assim, cabe ao judiciário apenas verificar se o que foi posto em lei condiz com os valores de um Estado Democrático de Direito, sob pena de atuar como legislador positivo se tentasse ampliar o requisito (BRASIL, 2020). Tal situação iria de encontro a todo o ordenamento jurídico, pois estaria invadindo a competência de outro poder da República e legislando em seu lugar, violando a tripartição de poderes e, consequentemente, a própria democracia.

Ademais, o Tribunal entendeu que os critérios “inatividade” e “enfermidade grave” são consonantes a um Estado Democrático de Direito porque, ao estabelecê-los, o legislador buscou fornecer uma proteção do Estado aos indivíduos que preenchem tais requisitos, pois presume-se que estão em grande vulnerabilidade. Ao isentá-los de contribuir com o imposto de renda, abriu-se a possibilidade de a pessoa utilizar os valores isentos para arcar com outros custos que a doença demanda, como planos de saúde, tratamentos, exames, remédios, cuidadores e muitos outros cuidados que demandam muitos e altos gastos.

O legislador entende que o indivíduo que contraiu tais doenças, mas continua trabalhando, ou seja, não está em inatividade, não é vulnerável e tem condições de arcar com gastos de tratamentos, visto que deve possuir saúde o suficiente



para continuar ativo, do contrário, teria a possibilidade de estar em inatividade por aposentadoria ou reforma, conforme previsões para tanto trazidas pelo artigo 42 da Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991) e pelos artigos 108, inciso V e 109 da Lei nº 6.880 (BRASIL, 1980). E, podendo arcar com os custos, o trabalhador em atividade não precisa de isenção.

Ainda, o artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a) traz a possibilidade de concessão da isenção de imposto de renda mesmo se a enfermidade tiver sido contraída após a aposentadoria ou reforma, o que abrange mais pessoas em vulnerabilidade e, implicitamente, exclui dois outros requisitos, o de que a enfermidade teria de ser, necessariamente, adquirida durante o período de atividade do indivíduo ou em decorrência dessa atividade. Dessa forma, a pessoa pode estar aposentada há muitos anos e, sobrevivendo alguma das doenças listadas na Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a), terá direito à isenção, mesmo não havendo relação direta entre a atividade e a enfermidade. Esta é uma forma de se proteger mais pessoas necessitadas.

Sendo assim, a isenção de imposto de renda sobre doenças graves respeita os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana contido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988b) e da igualdade e da equidade, compreendidos no artigo 5º, caput Constituição Federal (BRASIL, 1988b), ao tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, de forma a proteger cidadãos brasileiros em situação de vulnerabilidade.

Portanto, a declaração de constitucionalidade pelo STF na ADI 6.025/DF da isenção de imposto de renda sobre doenças graves, identificada no artigo 6º, inciso XIV da Lei nº 7.713 (BRASIL, 1988a) foi acertada, pois decisões judiciais não podem se sobrepor à vontade do legislador quando esta é razoável e condizente com os valores que regem o ordenamento jurídico brasileiro, em observância às normas de um Estado Democrático de Direito.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988a*. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 3 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988b*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.025/DF – Distrito Federal*. Julgado em 20 de abril de 2020. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5552342>. Acesso em: 26 jun. 2021.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



A MUDANÇA DE PARADIGMA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DAS EXPULSÕES COLETIVAS A PARTIR DO CASO N.D. E N.T. V. ESPANHA: A EXPANSÃO DO CRITÉRIO DA “CONDUTA CULPOSA” DOS MIGRANTES

Vitória Emilia Santiago Pastro*

O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do caso N.D e N.T v. Espanha em sede recursal pelo Tribunal Pleno em 13 de fevereiro de 2020. Entretanto, antes será feita um breve estudo do primeiro julgado desse mesmo caso, dessa vez pela Terceira Seção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 03 de outubro de 2017. Por fim, serão analisadas também as opiniões separadas do juiz Pejchal e da juíza Koskelo proferidos no julgamento de 2020.

Em 13 de agosto de 2014, os autores N.D. e N.T juntamente com mais seiscentas pessoas tentaram entrar ilegalmente em território espanhol, pulando o muro que separa a cidade marroquina de Beni-Enzar da cidade de Melilla, enclave espanhol no norte da África¹. Os autores, cidadãos de Mali e da Costa do Marfim, foram detidos e retornados ao território marroquino pelas autoridades espanholas. Submetido à julgamento do TEDH, o caso N.D. e N.T. v. Espanha foi o primeiro julgado em que o TEDH considerou que poderia haver uma expulsão coletiva sem que houvesse violação ao princípio do *non-refoulement*. Ou seja, o Tribunal pela primeira vez dissociou o art. 4 do Protocolo n. 4 do art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)².

*1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9726245006160936>. E-mail: vitoriaesantiago@gmail.com.

¹ A fronteira entre as cidades é uma das mais fortificadas do mundo. O lado marroquino tem uma vala de cerca de 20 metros, seguido por uma cerca dupla com arame farpado. Já no lado espanhol há uma barreira de 11,2 km com camadas de proteção. A primeira camada é uma cerca de metal de 6 metros, seguida por uma segunda cerca com um topo flexível, o que dificulta a escalada. Em seguida, há uma rede de arame farpado, depois outra cerca ainda mais alta novamente com um topo flexível e então mais arame farpado. Há postos de vigia ao longo de toda a cerca e cada centímetro da fronteira é monitorado por câmeras (EUROPE, 2017).

² Artigo 3º (Proibição da tortura): Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (CE, 1950).

Artigo 4º do Protocolo n. 4 (Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros): São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros (CE, 1963).



Nesse caso, o governo espanhol alegou que os requerentes poderiam ter entrado legalmente na Espanha apresentando pedidos de asilo nos países de trânsito, nesses consulados espanhóis, ou no posto de fronteira em Beni-Enzar³ (TEDH, 2017, para. 71). Além disso, o governo sustentou que a interpretação dinâmica da CEDH não deve assegurar o direito de violar as regras de proteção de fronteira da União Europeia (UE) (*ibid.*, para. 73). Ao decidir, a Terceira Seção da Corte entendeu que a expulsão dos autores foi coletiva, pois as medidas de remoção foram realizadas sem qualquer decisão administrativa ou judicial (*ibid.*, para. 107). As autoridades espanholas recorreram da decisão e a controvérsia foi submetida a análise final do Tribunal Pleno.

Por sua vez, o julgamento do caso pelo Tribunal Pleno representou uma mudança de paradigma na jurisprudência do TEDH. Antes do primeiro julgamento em 2017, o TEDH havia reconhecido a violação ao art. 4 do Protocolo n. 4 da Convenção em apenas seis casos⁴, sempre com base na conduta do Estado-membro. Entretanto, os juízes do Tribunal Pleno adotaram novos critérios para determinar as eventuais violações ao art. 4 do Protocolo n. 4, passando da análise das atitudes dos Estados-membros para a perquirição da conduta dos indivíduos.

O Tribunal Pleno reiterou que o número de pessoas afetadas pela expulsão é irrelevante para determinar se houve ou não violação ao artigo 4 do Protocolo n. 4, pois o critério decisivo para que a expulsão seja considerada coletiva sempre foi a ausência de um exame razoável e objetivo do caso de cada um dos indivíduos (*ibid.*, para. 203). Ademais, a Corte afirmou que os Estados-membros devem disponibilizar meios de entrada legal aos seus territórios, mas que as fronteiras externas só podem ser cruzadas nos pontos de passagem e, durante os horários fixos, o que pressupõe a existência de um número suficiente de pontos de passagem. Assim, onde o direito de solicitar asilo de maneira genuína e efetiva seja possível, a CEDH

³ O governo espanhol arguiu também que: (a) o presente caso foi o primeiro em que o Tribunal declarou uma reclamação ao abrigo Artigo 3.º inadmissível no contexto de expulsão coletiva; (b) embora fosse verdade que existia uma fronteira terrestre vedada, existia também a possibilidade de requerer asilo por intermédio das autoridades espanholas ou do ACNUR em Rabat ou a Mauritânia, tornando desnecessário tentar escalar cercas; (c) as cercas em questão formavam uma fronteira terrestre externa europeia protegendo o Espaço Schengen e a população europeia que vive em um enclave espanhol em África; e (d) os presentes pedidos foram apresentados por apenas dois indivíduos que finalmente conseguiram entrar em território espanhol por outros meios e, portanto, tiveram acesso a procedimentos em total conformidade com a Convenção (TEDH, 2017, para. 78).

⁴ São eles: Čonka v. Bélgica (05/02/2002); Hirsi Jamaa e Outros v. Itália (23/02/2012); Geórgia v. Rússia (03/07/2014); Sharifi e Outros v. Itália e Grécia (21/10/2014); Shioshvili e Outros v. Rússia (20/12/2016) e Berdenishvili e Outros v. Rússia (20/12/2016).

não impede que os Estados recusem a entrada de estrangeiros em seu território. Inclusive a potenciais requerentes de asilo, que não tenham, sem motivos convincentes, cumprido esses requisitos e tenham buscado cruzar a fronteira de maneira irregular (*ibid.*, paras. 209-210).

Nesse sentido, ao analisar os postos de passagem espanhóis, a Corte entendeu que as autoridades espanholas forneceram meios suficientes de entrada regular em seu território, inclusive como contestado pelos autores, para cidadãos provenientes de países da África Subsaariana. Isso pois, conforme relatos das autoridades entre 1 de janeiro e 31 de agosto de 2014 foram apresentados vinte e um pedidos de asilo em Melilla, por indivíduos subsaarianos. Todavia, os autores afirmaram que a entrada regular na Espanha é restringida aos cidadãos sírios, pois o acesso aos postos de passagem é obstaculizado aos subsaarianos. Entre 1 de setembro e 31 de dezembro de 2014 foram apresentados quatrocentos e quatro pedidos de asilo em Beni-Enzar, todos por cidadãos sírios. Enquanto o número de pedidos de asilo de subsaarianos no mesmo local foi nulo de 1 de setembro de 2014 a 2015, depois interrompido por dois pedidos em 2016 e novamente nulo em 2017. Mesmo assim, a Corte entendeu que o simples fato de poucos pedidos de asilo terem sido apresentados não significa que as autoridades espanholas não garantiram acesso genuíno e efetivo a este ponto de fronteira (TEDH, 2020, paras. 213-217).

Nesse sentido, o órgão colegiado decidiu que os relatórios, inclusive do ACNUR e do Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, não são conclusivos quanto às razões por trás do pequeno número de pedidos de asilo, sobretudo de africanos da região subsaariana. A Corte reconheceu que alguns relatórios mencionam a discriminação racial ou reiteradas verificações de passaporte no lado marroquino como uma razão para o baixo número de pedidos de subsaarianos, porém concluiu que nenhum destes sugere que o governo espanhol seja responsável por esta situação (*ibid.*, para. 218).

À luz destas observações, o Tribunal afirmou que foram os autores que se colocaram em perigo ao participarem no “assalto” às cercas da fronteira de Melilla, em 2014, aproveitando-se do alto número de indivíduos envolvidos e recorrendo à força. Logo, dispôs que a falta de decisões individuais de afastamento poderia ser atribuída ao fato de que os requerentes não fizeram uso dos procedimentos oficiais de entrada existentes para esse fim, e foi, portanto, uma consequência de suas condutas. Consequentemente, não houve descumprimento do art. 4 do Protocolo 4 da CEDH e a expulsão não foi coletiva, mas individualizada (*ibid.*, para. 231).



Por sua vez, em sua opinião concordante o juiz Pejchal adicionou argumentos às razões decisórias expostas pela Corte, afirmando que ambos os Estados de origem dos requerentes ratificaram a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981. Assim, os autores só poderiam recorrer a proteção do TEDH caso demonstrassem estar em uma situação excepcional que justificasse a salvaguarda de seus direitos e liberdades fundamentais por uma comunidade de cidadãos livres de outros Estados em outro continente (*ibid.*, p. 105). Logo, o TEDH não deveria investigar eventuais condições desumanas nos países de origem dos requerentes quando outro tribunal internacional de direitos humanos tiver jurisdição. Nesse caso, o juiz afirmou que todas as pessoas retornadas ao território marroquino poderiam, caso não estivessem satisfeitas com a situação da proteção dos direitos humanos em seus países de origem, intentar uma ação perante o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (TEDH, 2020, p. 107).

Todavia, o juiz pareceu ignorar que os demandantes se encontravam sob jurisdição espanhola no momento dos fatos, como foi reconhecido pelo próprio Tribunal, uma vez que foram rechaçados pelas autoridades espanholas o que desencadeia a responsabilidade do governo espanhol e conseqüentemente a jurisdição do TEDH. Isso pois, o artigo primeiro da CEDH garante a qualquer pessoa na jurisdição dos Estados-membros, os direitos e liberdades definidos na Convenção. Portanto, o TEDH não pode se esquivar da análise da conduta do governo espanhol com base em uma eventual jurisdição concorrente do Tribunal Africano. Ademais, se os próximos julgados do TEDH passarem a adotar posicionamento similar ao do juiz Pejchal, o TEDH se tornaria um órgão subsidiário, passando a, na prática, tutelar apenas o direito dos cidadãos europeus em contrapartida às demais convenções regionais de direitos humanos.

Já em sua opinião parcialmente dissidente, a juíza Koskelo reiterou que a previsão do art. 4 do Protocolo n. 4 é uma obrigação de natureza processual e que existe um link entre o escopo dessa previsão e o princípio material do *non-refoulement* (*ibid.*, p. 109). Na opinião da juíza, o vínculo entre esses artigos não deveria ser perdido, ou seja, nos casos em que não há violação ao *non-refoulement* também não haverá desrespeito à proibição da expulsão coletiva. Segundo a magistrada, a Corte alargou o termo “expulsão” para qualquer situação de afastamento forçado, estendendo a aplicabilidade do art. 4 do Protocolo n. 4 para além do necessário e razoável, desvinculado da proteção contra o *non-refoulement* (*ibid.*, p. 111).

Além disso, criticou a possibilidade do Estado-membro de recusar a entrada irregular em seu território, inclusive a potenciais requerentes de asilo, quando esse



oferecer de modo genuíno e efetivo acesso aos meios legais de entrada. Por fim, a magistrada discordou do entendimento da Corte de que os princípios jurídicos nas fronteiras terrestres e marítimas devem ser diferentes e criticou a mudança de foco dos requisitos estabelecidos na jurisprudência do Tribunal por anos acerca da obrigação do *non-refoulement* para a análise da conduta do migrante (*ibid.*, pp. 118-120). A decisão da juíza é correta em não permitir a desvinculação da proibição das expulsões coletivas do *non-refoulement* e em ressaltar que nada na CEDH permite concluir que a proteção aos direitos dos migrantes seria diferente em razão do meio utilizado para a entrada, se por terra ou por mar.

No geral, as razões decisórias do Tribunal Pleno são dignas de duras críticas, pois o Tribunal ignorou que o monitoramento das fronteiras da UE depende da externalização das atividades de controle migratório para países de fora do bloco europeu, como o Marrocos, em razão dos acordos de readmissão e de financiamento das forças policiais nesses países. O Marrocos tem uma parceria de status “avançado” (*advanced status partnership*) com a UE, o que lhe confere vantagens econômicas e políticas. A UE é responsável por mais de metade do comércio internacional do Marrocos, além de fornecer ao país bilhões de euros em auxílio à segurança e ao desenvolvimento. Em contrapartida, o governo marroquino, num esforço para manter boas relações com a UE, assume a responsabilidade de proteger a fronteira espanhola na África (EUROPE, 2017).

Esse sistema leva a uma situação em que não é possível para os migrantes subsaarianos obterem acesso real aos postos de asilo ou embaixadas devido ao perfilamento racial realizado pelas autoridades marroquinas. Ou seja, não era realmente possível para os autores (N.D e N.T) solicitarem a entrada regular no território europeu, uma vez que o acesso aos postos de fronteira é praticamente impossível para indivíduos subsaarianos, como bem demonstrado pelo pequeno número de solicitantes de asilo subsaarianos de 2014 a 2017 (TEDH, 2020, paras. 213-217; EUROPE, 2017).

Todavia, a responsabilidade por essa falta de acesso não deve recair somente sobre os ombros do governo marroquino, haja vista que as autoridades realizam esse controle em prol do governo espanhol. A responsabilização exclusiva do governo marroquino como feita pelo TEDH isenta o governo espanhol (TEDH, 2020, para. 218), retirando a proteção ofertada pela CEDH aos migrantes e permitindo que governos europeus permaneçam se valendo de países externos à EU para realizar seu controle fronteiriço, mantendo os migrantes fora do território europeu ainda que à custa de violações de direitos humanos que se cometidas por Estados-membros estariam em violação da CEDH.



Ademais, os fundamentos utilizados pelo Tribunal proporcionam aos Estados-membros uma margem de discricção incontrolável, uma vez que a proibição da expulsão sem um exame razoável e objetivo do caso de cada um dos indivíduos (*ibid.*, para. 203) só seria aplicável quando a entrada irregular fosse o único meio possível de adentrar em território europeu. Ou seja, quando a entrada regular fosse possível a ausência de uma análise da situação do migrante não violaria o art. 4 do Protocolo n. 4. Contudo, na prática, a inexistência de alternativa à entrada irregular não poderia ser verificada, já que o indivíduo sujeito a expulsão não tem, na ausência de procedimento individual, possibilidade de se explicar (PICHL; SCHMALZ, 2020).

Por fim, o Tribunal estabeleceu novos critérios relacionados à conduta dos demandantes, em decisões anteriores acerca do art. 4 do Protocolo n. 4 a ideia de expulsão em razão da “conduta culposa” dos migrantes significava, por exemplo, a recusa de mostrar os documentos de identidade à polícia. Todavia a partir do julgamento do caso N.D. e N.T. v. Espanha pelo Tribunal Pleno, a noção de “conduta culposa” dos indivíduos passou a compreender também o cruzamento ilegal de fronteiras terrestres, especialmente quando esses estão em grande número como no caso em questão.

Nesse sentido, ao destacar o comportamento violento dos autores ao cruzar a fronteira, o Tribunal reforçou a narrativa problemática de que os migrantes são indivíduos violentos que planejam invadir a UE em grande número. Enquanto esses são retratados como sujeitos agressivos, o Tribunal ignora o problema principal no enclave de Melilla, isto é, que a Espanha há mais de vinte anos vem construindo um sistema de cercas para impedir que requerentes de asilo entrem em território europeu e reivindicuem direitos sob a CEDH e outras leis europeias (PICHL; SCHMALZ, 2020). Sendo assim, é necessário que o TEDH retorne aos parâmetros previamente estabelecidos pela sua jurisprudência de modo a efetivamente garantir uma proteção contra o *refoulement* e as expulsões coletivas, de modo a assegurar o cumprimento da CEDH.



REFERÊNCIAS

CONSELHO DA EUROPA (CE). Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 4 nov. 1950.

CONSELHO DA EUROPA (CE). Protocolo n° 4: em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção. Estrasburgo, 16 set. 1963.

EUROPE'S most fortified border is in Africa. Direção de Johnny Harris. Produção de Christina Thornell. Roteiro: Ellen Rolfes. Washington: Vox Media, 2-17. (11 min.), P&B. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LY_Yiu2U2Ts. Acesso em: 20 jan. 2022.

PICHL, Maximilian; SCHMALZ, Dana. *"Unlawful" may not mean rightless.*: The shocking TEDH Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T. 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *N.D. and N.T v. Spain, Application Nos. 8675/15 and 8697/15*, Julgamento Tribunal Pleno, 13 fev. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *N.D. and N.T v. Spain, Application Nos. 8675/15 and 8697/15*, Julgamento Terceira Seção, 03 out. 2017.





REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

www.revistaavant.paginas.ufsc.br
revistaavant.ufsc@gmail.com