



REVISTA AVANT

v.6 n.2





**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v.6, n.2

REVISTA AVANT

Volume 6, número 2 - 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.

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



REVISTA AVANT

Coordenadora Científica

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

Editoras-Chefe

Joana Carvalho Gutierrez

Viviane Borges

Diretora de Comunicação

Maria Fernanda de Almeida

Diretora de Editoração

Stefhany Sinfrônio Brito

Diretora de Incentivo à Pesquisa

Beatriz Nunes

Corpo Editorial

Beatriz Nunes

Clara Lucia Claudino dos Santos Fantini

Diogo Francisco Curcio

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 Rodrigues

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

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

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

Gabriele Martins da Silva

Aos nossos leitores e leitoras,

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

A Revista Avant é uma publicação independente, que surgiu com o objetivo de criar um veículo para promoção do debate e divulgação de trabalhos científicos de alunos da graduação, nas mais diversas áreas jurídicas. O periódico surgiu, desta forma, diante da constatação da carência de estímulo à pesquisa desde os primeiros anos de graduação.

Dessa maneira, entendemos que, para a valorização da pesquisa, é necessário estimular o debate e a utilidade social dos conhecimentos produzidos, de modo a possibilitar uma postura ativa dos estudantes no processo de aprendizagem. Tal objetivo se concretiza por meio de ferramentas como a que por ora apresentamos – um espaço que divulgue a produção acadêmica de qualidade de graduandos, principalmente, das numerosas faculdades de Direito do País.

Assim, a presente publicação reafirma o compromisso do nosso periódico com a produção científica crítica e de qualidade ao ser construída em meio às incertezas impostas pelo cenário de cortes sucessivos na educação, que comprometem o funcionamento das instituições públicas de ensino e prejudicam diretamente milhares de pesquisadores e estudantes que dependem de auxílio estudantil para permanência na Universidade.

A décima primeira edição da Revista Avant busca validar, ainda, a importância dos pesquisadores e pesquisadoras, que, em meio à desvalorização e falta de incentivos à pesquisa acadêmica, produzem conhecimento científico de qualidade, máquina propulsora do desenvolvimento social.

Visa destacar, também, a importância do incentivo à publicação de trabalhos por pesquisadoras, diante da redução da submissão de artigos acadêmicos assinados por mulheres na pandemia ao redor de todo o país¹. O confinamento à esfera privada do lar,

¹ CANDIDO, Marcia Rangel; CAMPOS, Luiz Augusto. Pandemia reduz submissões de artigos acadêmicos assinados por mulheres, Blog DADOS, 2020 [published 14 May 2020]. Available from: <http://dados.iesp.uerj.br/pandemia-reduz-submissoes-de-mulheres/>

consequência do isolamento social, asseverou os problemas usuais do âmbito doméstico, além de ser o espaço onde o gênero feminino enfrenta a maior sobrecarga de trabalho não remunerado de cuidado e tarefas de gestão da casa, de modo que a pesquisa acadêmica se tornou ainda mais difícil para essa parcela da sociedade.

Diante disso, é com muita felicidade que a Revista Avant recebeu, nesta edição, mais da metade dos seus trabalhos de autoria feminina, cerca de 34 mulheres confiaram suas pesquisas e manifestações artísticas (em autoria ou coautoria) ao nosso periódico!

Por fim, importante destacar que a publicação deste número resulta do esforço conjunto dos e das incansáveis e engajados(as) estudantes que compõem o Corpo Editorial da Revista Avant, dos autores que nos confiaram seus excelentes trabalhos e pesquisas, do corpo de avaliadores extremamente minucioso e qualificado, além da coordenação sempre assídua e comprometida da Prof^a. Dr^a. Carolina Medeiros Bahia.

Uma excelente leitura a todos e todas.

Atenciosamente,

CORPO EDITORIAL DA REVISTA AVANT

SUMÁRIO



CULTURAL

FOTOGRAFIA

- COTEJOS** 12
Lucas Gimenes Benez

CHARGE

- PARQUES EÓLICOS: ENERGIA LIMPA À PREÇO DE QUEM?** 13
*Geilza Carla Souza Vicente e
Heloísa Joaquim Mendes*

POEMA/PROSA/CRÔNICA

- ATRIBUNAÇÕES** 14
Christian Souza Pioner

- DI-REITO** 15
Mateus Bichels Pacheco

- ÀS ESCONDIDAS** 16
*Amanda de Melo, Luiza Ghisleri Mocellin,
Maria Clara Florindo e Maria Júlia Zimmermann Pires*

- A SENSIBILIDADE É COLETIVA** 22
Sofia da Silva Mazon

RESENHA DE FILME

- OS DIREITOS INDÍGENAS EM HECTOR BABENCO: UMA ANÁLISE DA OBRA “BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR”** 25
*Isabelle Cristina Bertuleza Sousa e
Luiz Fernando Gomes Pimentel*

- HISTÓRIA DE UM CASAMENTO: UMA ODE À FAMÍLIA EUDEMONISTA** 31
Luís Henrique de Menezes Acioly

- A LUTA POR JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO RACISMO NO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO DOS EUA** 36
Willian Silva de Jesus

RESENHA DE OBRA LITERÁRIA

- ANÁLISE AO SUSPENSE DO TRIBUNAL DE GRISHAM: UM BRIEFING DO DOSSIÊ PELICANO** 40
Fernanda Soleil Barbosa Batista

COMUNICAÇÃO

PRÁTICA DE EXTENSÃO

- CLÍNICA DE JUSTIÇA ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE EDUCAÇÃO JURÍDICA E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL** 46
*Luana Caroline Rocha Silva e
Vitória dos Santos Rosa*

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

- A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** 51
Lucas de Almeida Bacelar e Paulo Fernandes Vieira

- A ATUAÇÃO DAS MILÍCIAS E O IMPACTO À SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL MODELO DE SEGURANÇA À LUZ DA CIDADANIA** 74
Carlos Gilberto Martins Junior



| | | | |
|--|-----|--|-----|
| DA MENINA COM SEU LIVRO À MULHER COM SEU AMANTE: O CONTO “FELICIDADE CLANDESTINA”, DE CLARICE DE LISPECTOR, E A CONCEPÇÃO DE DIREITO À LITERATURA SEGUNDO ANTONIO CANDIDO <i>André Rodrigues Pádua e Júlia Veiga Camacho</i> | 98 | LEGALIDADE NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA ADIMPLEMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA: ANÁLISE À LUZ DA INTEGRIDADE FÍSICA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA <i>José Henrique de Oliveira Couto</i> | 264 |
| DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 <i>Gabriela Rosa de Andrade e Juliana Silva Gomes</i> | 117 | MINERAÇÃO ILEGAL, SELETIVIDADE PENAL E RACISMO AMBIENTAL: ANÁLISE A PARTIR DA “OPERAÇÃO DILEMA DE MIDAS” <i>Pedro Stadtler Rocha dos Santos</i> | 285 |
| O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A PARTIR DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL <i>Raquel Varela Barreto de Souza Onofre</i> | 134 | A MULHER-MARAVILHA E O ELO PERDIDO ENTRE A LIBERDADE SEXUAL E A IGUALDADE DE GÊNERO: UM ESTUDO ACERCA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 <i>Victória Araújo Pereira</i> | 305 |
| É CONDIZENTE A INTERPRETAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS COMO MODERADORA DOS PODERES NA REPÚBLICA BRASILEIRA? UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA <i>Michael Leonel</i> | 157 | OITIVA DA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL: UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA PELA VITIMOLOGIA <i>Beatriz Nunes e Stefhany Sinfrônio Brito</i> | 323 |
| A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E A LEI MARIA DA PENHA: DESDOBRAMENTOS DO INSTITUTO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA <i>Iryni Mariah Helário Meintanis</i> | 182 | A PRODUÇÃO E A APRECIÇÃO DAS PROVAS, SOB A ÓTICA DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL E PROCESSUAL <i>Maria Eduarda Holthausen Frutuoso e Rodrigo Carlos Junges</i> | 340 |
| GENOCÍDIO INDÍGENA NO BRASIL E A PANDEMIA DE COVID-19: RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL <i>Álvaro Huber de Souza, João Gabriel Mohr, Maria Carolina Thomaz Marquesoni Mei, Matheus Marquelez da Silva e Tamyres Deus Reis</i> | 200 | O PUNITIVISMO NORMATIVO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 6.579/13 <i>Flávia de Souza Pompermayer</i> | 362 |
| OS IMPACTOS DO ROL TAXATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO <i>Ana Carla Alves da Silva e Maria Eduarda Lins da Silva</i> | 220 | A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO <i>Ana Elisa Silva Mageste e Caio Crivelenti Raffaini Castro</i> | 379 |
| LEI DE DROGAS: CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO A PARTIR DE UMA DOGMÁTICA CRIMINOLOGICAMENTE ORIENTADA <i>Thales Gonçalves de Assis e Pedro Vitor da Silva Oliveira</i> | 237 | TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS <i>Arthur Phillipe Milanez Santa Cecília e Yasmim Vilas Boas de Araújo</i> | 397 |



RESUMO DE MONOGRAFIA

- A HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS SUBCOTAS RACIAIS** 414
Arthur Procópio Barbosa dos Santos

CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA

- ABSOLVIÇÃO EM CRIME DE ESTUPRO DEVIDO À FALTA DE PROVAS ACERCA DA AUSÊNCIA CONSENTIMENTO DA VÍTIMA** 415
Thaís Bertin
- HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS SUBCOTAS RACIAIS: ANÁLISE DE ANULAÇÕES DE DECISÕES DAS COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO** 423
Arthur Procópio Barbosa dos Santos

RESUMO DE LIVROS ACADÊMICOS

- ADR, ODR E PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: QUAL MEIO É MAIS EFICAZ PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS?** 430
Jéssica Bruna Silva Lima Luz e Yandra Sofia Trindade Santos
- O ADVOGADO NÃO PEDE. ADVOGA: UMA RESENHA DO MANIFESTO DE PAULO LOPO SARAIVA** 438
Giovana Alencar da Costa
- OS IMPACTOS DAS REPARTIÇÕES DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS** 442
Rodrigo Coppla Mann
- "INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO": O FANTASMA NA MÁQUINA** 448
Ruan Ricardo Bernardo Teodoro e Deyvid Richard Aparecido Moraes

CULTURAL



COTEJOS

*Lucas Gimenes Benez**



Sobre a obra: Que o nosso Direito seja magnífico e tão bem construído quanto nossas edificações, e que a nossa Justiça seja tão límpida quanto o céu sob o qual a partir dela versamos.

***Graduando da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
E-mail: lucasgbenez@gmail.com**

Justificativa: Em um mundo empedernido pela nebulosidade intrínseca aos aparatos judiciais, um céu límpido, como o retratado na fotografia, acaba por nos acalantar e fazer com que nossa esperança, no que tange ao estabelecimento de um Direito mais acessível e transparente, seja renovada.



PARQUES EÓLICOS: ENERGIA LIMPA À PREÇO DE QUEM?

Geilza Carla Souza Vicente*

Heloísa Joaquim Mendes**



*Graduanda da 10ª fase do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6476140739817058>. E-mail: geilzacarla2@gmail.com.

**Graduanda da 10ª fase do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1385850596311715>. E-mail: heloisajoaquimmendes@gmail.com.

Justificativa: A charge satiriza o atual modelo de expansão da produção de energia eólica no Brasil, à luz da icônica cena - adaptada - entre pai e filho na obra "O rei leão" da Walt Disney. Trata-se de crítica à apropriação em massa de terras por meio do arrendamento rural, que além de causar impactos previdenciários e socioambientais, tem gerado instabilidades ao direito de posse sobre a terra dos arrendadores. Como os arrendamentos eólicos duram mais de 100 anos (contados com a renovação automática dos prazos contratuais), na imagem é possível observar que o pai, apesar de proprietário formal da terra, deixa subentendido ao filho que a empresa arrendatária é a proprietária de fato do terreno, privando o acesso deles e de terceiros ao local por gerações indeterminadas. Em linguagem simples e clara: o direito de posse das personagens sobre as terras arrendadas... "o vento levou".

TRIBUNAÇÕES

*Christian Souza Pioner**

Paredes albinas, umbrais
marmóreos e carvalhosos.
Uma cena estéril, resoluta
cadência de tramitações.

Um prócer e seus esbirros
togados: senhores das leis.
Questões que pululam
num verter constante.

As resmas espalhadas
Teses entrecruzadas
por vida, morte e dor
profunda, engrolada.

Da sentença, o carpir
por diante o que foi-se.
As alcovas do futuro:
bastilha, jazigo e alma.

***Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9016028101476085>. E-mail: cspionertv@gmail.com.**

Justificativa: Trata-se de uma tentativa de descrever o micro *zeitgeist* que estabelece-se em um tribunal do júri. A inspiração para a criação desta obra surgiu de assistir os mais de dez dias de transmissão do caso da Boate Kiss, bem como dos três júris realizados sobre o caso Ronei Jr., espalhados por sete dias, diversos meses, depoimentos e dores profundas de pais que perderam filhos, colegas de trabalho que viram outros asfixiarem, sequelas que marcam indelevelmente a pele e a mente de muitas pessoas diuturnamente por todo o país.



DI-REITO

*Mateus Bichels Pacheco**

Enquanto uns não tem
Ninguém tem
Direitos

***Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
E-mail: mbichelssc@gmail.com**

Justificativa: *Quando analisamos o direito, precisamos ter uma noção não apenas de quem os tem, mas também de quem não os tem.*

ÀS ESCONDIDAS

Amanda de Melo*

Luiza Ghisleri Mocellin**

Maria Clara Florindo***

Maria Júlia Zimmermann Pires****

Tudo começou com uma saída às escondidas no meio do expediente. Ana Cristina simplesmente não aguentava mais ficar sentada olhando para a mesma página em branco que não conseguia preencher de jeito nenhum e, então, decidiu dar uma escapada de suas funções e sair para tomar um ar. Foi nesse momento que encontrou Roberto, um jovem alto, de inebriantes olhos azuis e de pele morena, que também estava buscando um refúgio da exaustiva rotina em um dos bancos da praça, este em frente à corporação. Ao sentar-se ao lado de Roberto, Ana reconheceu que ele trabalhava no setor administrativo da empresa e que já havia o visto pelos corredores, assim, tratou de puxar assunto, pois estava curiosa demais para saber o que ele fazia ali naquele horário de pico. Conversa vai, conversa vem,

*Graduanda da sexta fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4587706524887067>. E-mail: amannadademelo@gmail.com

**Graduanda da sexta fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9718740632587979>. E-mail: lugmocellin@gmail.com

***Graduanda da sexta fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4632071008409424>. E-mail: mariaclorind@gmail.com

****Graduanda da sexta fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7774441408413585>. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0003-4997-6373>.
E-mail: mariajuliazpires@gmail.com

Justificativa: O presente conto foi elaborado no âmbito da disciplina de Hermenêutica Jurídica, ministrada pela docente Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss, do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. A produção artística visa, a partir da narração de uma situação fictícia da prática do "stealthling" (o ato de retirar o preservativo furtivamente e sem aviso prévio durante a relação sexual), problematizar o alcance da proteção do Direito Penal sobre os corpos das mulheres, bem como pontuar as dificuldades inerentes à denúncia e à punição dos agressores. Isso porque a temática abordada ainda permanece sem ser muito discutida, de modo que muitas mulheres sequer se percebem como vítimas, não sabendo externar o que sofreram diante da sociedade, tanto por desconhecimento do termo adequado para descrevê-la, como por medo ou vergonha da represália que podem vir a sofrer dentro do sistema de justiça criminal, de maneira imediata, e da sociedade, posteriormente. Assim, o texto objetiva questionar também a omissão da atuação do legislativo em criar um tipo penal específico para abarcar a conduta, o que ampliaria o debate sobre o tema e reconheceria seu caráter violento e criminoso, ampliando o respaldo jurídico e social às vítimas.



o papo dos dois acabou se estendendo e quando perceberam que estavam a mais de um hora conversando, decidiram trocar seus números de celular. A partir daí começaram a conversar constantemente e a saírem furtivamente juntos de vez em quando, sempre mantendo a relação dos dois em segredo, já que eles não queriam que essa questão pudesse interferir no ambiente profissional. Inclusive, Roberto, que se mostrava um cara muito romântico e cavalheiro, adorava mandar cartões e flores para Ana, assinando-os como “Seu admirador secreto”.

Conseqüentemente, depois de alguns encontros longe do pessoal do trabalho, Ana Cristina começou a se sentir confortável com a presença de Roberto, pois, ele aparentava ser uma pessoa muito legal, atenciosa e educada. Desse modo, após algumas semanas, em uma sexta-feira, Roberto convidou Ana para jantar em sua casa. Estava tudo certo, ele havia preparado um ambiente bem romântico e confortável, de modo que o clima começou a ficar intenso. Entre beijos e o consentimento de ambos, eles decidiram ir para a cama, tendo Ana Cristina pego uma camisinha que estava em sua bolsa para usar na relação. Ela sempre a levava consigo como garantia, para se precaver, porque não queria correr o risco de engravidar ou de pegar alguma IST (infecção sexualmente transmissível).

Ela não se lembrava o quão incrível aquele momento poderia ser, quando ambos chegaram ao êxtase total. Após o ato, deitaram-se na cama para tomar fôlego novamente e ambos conversaram como havia sido bom chegarem lá juntos, mas ao virar-se ela percebeu que o preservativo, que ela mesma havia entregado a ele, estava no chão, do seu lado da cama, vazio. Assim, Ana Cristina tomou um choque de realidade ou um verdadeiro banho de água fria, o que cortou todo o clima, ao perceber que, sem sua autorização, Roberto havia retirado o preservativo no meio da relação. Sentindo-se violada por Roberto, ela o confrontou e pediu explicações para essa tremenda irresponsabilidade. O rapaz, em vista disso, afirmou que a camisinha apertava muito o seu “grande membro”. Diante dessa fala, Ana Cristina ficou devastada, vivenciando um misto de sentimentos dentro de si, no qual raiva e tristeza se misturavam. Percebendo a reação dela, Roberto logo partiu para o apelo emocional, rasgando elogios à Ana e dizendo que o sexo sem camisinha era uma forma de senti-la melhor por ela ser uma mulher incrível e extremamente bonita.

Ela, totalmente indignada, levantou da cama imediatamente e foi para casa sem falar absolutamente nada. Afinal, ela quis o ato, não quis? Então porque Ana se sentia tão errada e, ao mesmo tempo, como se o direito de dispor sobre seu corpo tivesse sido retirado dela própria? Foi quando ela percebeu que, sim, ela queria o ato, porém quando Roberto retirou a proteção sem o seu consentimento, ela

não teve sequer como escolher, sua intimidade havia sido completamente violada. Por conseguinte, Ana Cristina se sentia completamente sozinha, sem forças e com urgência de cuidar do seu corpo. Naturalmente, aflita com sua saúde e com todas as preocupações inerentes à uma mulher, ela partiu para um verdadeiro coquetel, tomando remédios para prevenir-se de ISTs e de uma gravidez indesejada. Ser mulher não é uma das tarefas mais fáceis da vida e é necessário muita coragem para enfrentar esse papel. Ana, com toda sua determinação, buscava formas de driblar esse sistema que a oprime diariamente, já que é difícil viver em uma sociedade que te julga pela escolha de suas vivências e da forma que utiliza o seu próprio corpo. Ser mulher e deitar-se com um homem que não é seu marido é quase como uma afronta à moralidade e aos bons costumes. Engravidar sem estar casada? Pior ainda. Assim, ela submeteu-se a uma grande enxurrada de hormônios, equivalente a ingestão da metade de uma cartela de pílula anticoncepcional comum, o que resultou em diversos efeitos colaterais.

Mesmo sentindo-se mal, Ana parou para refletir sobre seus sentimentos e compreendeu que tinha sido vítima de uma violência, de modo que resolveu, no dia seguinte, procurar um dos mais renomados advogados de sua cidade, o Doutor José Mattos, para obter um aconselhamento jurídico e saber as medidas que ela poderia tomar. Entretanto, quando chegou ao escritório e narrou o seu caso, ela não obteve acolhimento e compreensão, muito pelo contrário, teve que ouvir de seu próprio patrono que ela deveria escolher melhor seus parceiros e que essa denúncia que ela pretendia abrir não iria dar em nada, pois ela havia consentido em “abrir as pernas”. Além disso, José ressaltou ainda, que se ela queria se proteger deveria ter tomado mais cuidado, e não decidido dormir com qualquer um por aí.

Após, Ana Cristina, muito triste e desolada, decidiu ir atrás dos seus direitos, pois não lhe pareceu certo o que aconteceu e ela se sentiu enganada, e, com isso, mesmo contra as orientações de seu procurador, ela foi realizar um boletim de ocorrência. Na polícia, ela encontrou o delegado Murilo, que a recebeu. Lá, ela narrou toda a triste situação ocorrida com Roberto, e, mais uma vez, recebeu uma enxurrada de questionamentos, dentre eles: *“se você não está grávida nem se quer com alguma doença, o que você está fazendo aqui e, além disso, o que espera que eu faça?”*. Além de outros comentários que minimizavam o que ela havia sofrido. Ainda assim, diante do caso trazido por ela, Murilo decidiu abrir uma denúncia contra Roberto. Nesse momento, Ana descobriu que não há um tipo penal exato para o que ela sofreu. Tal situação, até teria como se enquadrar no art. 215 do Código



Penal¹, que consiste na prática de ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, mas efetivamente, não havia um tipo específico. Por fim, o delegado avisou que apesar da abertura do boletim, o caso provavelmente seria arquivado, mas ele chamaria o suspeito para depor.

Deste modo, Roberto foi chamado à delegacia e justificou-se no depoimento dizendo que não teve a intenção de causar malefícios à Ana Cristina e que retirou o preservativo para proporcionar mais prazer para ambos durante a relação e que, atribuindo a culpa à Ana, ela havia consentido com o ato e por isso não deveria estar submetendo ele àquela situação constrangedora frente às autoridades policiais. O caso, portanto, como o delegado já avisara, foi arquivado sob a alegação de inexistência de dolo específico para caracterização do delito do art. 215, do Código Penal.

Em suma, é importante ressaltar que Ana consentiu, sim, em ter uma relação sexual segura, inclusive lhe fornecendo a devida proteção. Todavia, ela não consentiu em passar pelo desespero de sentir-se desprotegida, enganada e abusada. A sorte de Ana Cristina é que ela percebeu que algo estava errado, o que muitas vezes não ocorre, já que a remoção do preservativo é muito discreta e os acusados sabem exatamente como ser furtivos realizando-a. Além disso, Ana ainda teve a coragem de correr atrás de seus direitos como mulher, mesmo em meio a tantas dúvidas e culpas que lhe atingiram, sendo que ela não tinha culpa de nada, somente de acreditar na idoneidade de outra pessoa. Porém, o nosso sistema de justiça ainda não está preparado para admitir a ilicitude da prática e proteger a verdadeira vítima.

Ainda, no final, infelizmente, Ana Cristina precisou do apoio de um profissional psicólogo para ajudá-la a entender e a superar esse acontecimento triste do qual ela passou e que, por sorte, não lhe deixou consequências, como uma gravidez inesperada ou alguma IST. Desse modo, foi preciso que outra pessoa falasse com ela, para que a mesma se percebesse como vítima, já que a todo momento, dentro do sistema de justiça, fora obrigada a ouvir falas que atribuíam a ela a responsabilidade sobre os atos de outrem, em um nítido processo de revitimização, enquanto o violentador não sofreu penalidade alguma. Na verdade, Ana ainda teve que se

1 "Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos" (BRASIL, 2018).

demitir, visto que não suportava a ideia de trabalhar no mesmo ambiente que aquele que lhe fizera tanto sofrer, de modo que a ausência de resposta pelo direito penal acabou interferindo em outras áreas de sua vida.

Logo, é evidente que, na prática, o Direito não alcança certos atos e pessoas, omitindo-se de coibir que Roberto e outros indivíduos venham propagar essa conduta deplorável e possam, no mínimo, entender a violência dessa prática e repensar suas atitudes. Ao que parece, o sistema não consegue reconhecer que nessa situação a mulher foi alvo de uma violência e que houve uma violação sobre seu corpo, ignorando o sofrimento causado às vítimas e legitimando que essa conduta continue a ser perpetuada, pois não há punição cabível. Podemos pensar no exemplo do estupro marital que passava ileso pelo sistema, o que para nós, atualmente, parece um absurdo, mas, analogamente, está acontecendo com mulheres como Ana Cristina, que são vítimas da conduta de seus parceiros retirarem a camisinha furtivamente durante a relação sexual e continuam saindo impunes. Qual o sentido de todo o sistema e, em especial do Direito, se essas mulheres continuam desprotegidas? Quem será esse sujeito universal que a lei e a Justiça protegem, e que é detentor de inúmeros direitos, inclusive direito à proteção da sua dignidade sexual e autodeterminação?

Ademais, o silêncio sobre o tema é tamanho que muitas mulheres sequer percebem essa conduta como violenta e não procuram fazer valer seus direitos, tanto que muitas nem sabem como descrever a prática e, por isso, não se sentem confortáveis para falar com outras sobre, já que acreditam que apenas elas sofreram com isso. Conseqüentemente, dificulta-se muito que o tema entre em pauta e cause mobilização, a fim de incitar a retirada do estado de inércia do legislativo e se criar um tipo específico, o que ensejaria na maior visibilidade e facilidade do reconhecimento da violência sofrida, pois a tipificação da conduta serviria para como fundamento para que as vítimas se identifiquem como tal. Assim, apenas durante a conversa com sua psicoterapeuta, Ana tomou conhecimento do termo correto para se referir a essa prática, isto é, soube que existe um nome para o que ela sofreu e que ela não estava sozinha. A conduta dos parceiros retirarem a camisinha discretamente e sem aviso durante a relação sexual é denominada *stealthing*, uma palavra importada do inglês, cuja tradução literal é algo como “furtivo” ou “dissimulado”. Somente a partir desse momento, a jovem conseguiu nomear e materializar o que ela havia passado e discutir sobre isso com suas amigas mais próximas e, desse modo, acabou descobrindo que muitas já haviam passado por isso, mas ficaram sem saber como reagir no passado e mesmo atualmente, ou sequer sabiam que havia um nome para isso. Ao que parece, além da própria



conduta passar despercebida pelas vítimas, em um primeiro momento, também as punições e as discussões sobre ela são tão discretas e escondidas quanto sugere o termo *stealth*.

REFERÊNCIA

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.



A SENSIBILIDADE É COLETIVA

*Sofia da Silva Mazon**

Quarta-feira é meu segundo dia útil preferido, ficando atrás, obviamente, das sextas-feiras, quando há tempo para tomar cerveja e não pensar no dia de amanhã. As quartas-feiras chegam em segundo lugar porque não tenho estágio e eu posso finalmente trabalhar para mim e não para os outros.

Nesse dia era quarta-feira.

Como de costume, tenho reunião do PET (coisa que ninguém sabe do que se trata, mas eu gosto muito) e depois o grupo de estudos. O grupo de estudos é a válvula de escape que a acadêmica encontrou para falar desembestadamente sobre sua pesquisa sem se sentir um fardo, coisa que ela não deixa de ser. E foi isso que fizemos. O tema deste ano é biocolonialismo: não há nada que eleve mais a autoestima da estudante do que criticar a própria academia ao invés de suas produções, levando isso em conta, o nível de desembestamento foi admirável. Diversas considerações precisam ser feitas: o modo de olhar a produção de conhecimento deve mudar, as populações indígenas devem deixar de ser objeto e passar a ser sujeito de pesquisa, precisamos trazer olhares do sul para o assunto.

Aviso que, ao final dessa crônica, nada disso deixa de ser verdade.

Fato é que depois do grupo de estudos eu ainda preciso voltar pra casa, mesmo hoje tendo o privilégio de ir de carro, ainda me considero uma acadêmica longínqua. A volta para casa envolve filas em diversos pontos, conversas, notícias no rádio e o semáforo.

***Graduanda da 5ª fase curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Programa de Educação Tutorial PET Direito UFSC. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5053341205871710>. E-mail: sofiadasilvamazon@gmail.com.**

Justificativa: A crônica dialoga com o vazio entre o que é debatido dentro da academia e a realidade em que vivemos, que muitas vezes é ignorada no cotidiano daqueles que frequentam a Universidade. O texto se desenrola a partir de um dia em que a autora percebeu que muito se discute sobre a questão indígena dentro das salas de aula e, no entanto, famílias indígenas que vendem artesanato ou exercem outras atividades são sistematicamente negligenciadas. A partir disso, a obra discute as formas pelo qual a vida cotidiana nos dessensibiliza, atentando para a necessidade de não deixar que determinadas causas sejam invisibilizadas. O principal objetivo desta crônica é evidenciar a importância de construir um Direito que vai além da Lei escrita e se efetiva na garantia dos direitos fundamentais para todos os grupos da sociedade.



Semáforo esse onde fica uma família indígena, que todos os dias me oferece artesanato e todos os dias ouve um não: há anos não ando com dinheiro físico.

Ao longo de sua trajetória, existem momentos em que a universitária, seja pelo álcool, pela ocorrência inconveniente ou mesmo pelos acontecimentos da vida, acorda de seu sono teórico, de suas referências e debates acadêmicos, do seu trabalho de TCC e observa a vida ao seu redor, aquela vida que se materializa enquanto ela teoriza.

Esse foi um desses momentos.

Olhando para a família indígena, cuja população eu tanto debato no meu meio acadêmico e no dia a dia ignoro, comecei a pensar quando eu perdi minha sensibilidade. Quando parei de acreditar que eu poderia mudar vidas? Quando parei de ouvir as histórias daqueles que vendem nas ruas? Quando parei de sentir revolta com a situação precária que a população indígena dispõe para exercer seu comércio?

A resposta não veio.

Pensei em várias possibilidades, minha sensibilidade pode ter me escapado pela porta do ônibus quando eu sentava na escada e ouvia a famosa poesia acústica de quem trabalha como artista de rua, que há anos não suporto. Ou talvez ela se escondeu na garrafa de cerveja que eu tomava quando fui abordada pela milésima vez por algum comerciante de “doces mágicos”, e eu tive que interromper minha conversa novamente. Ainda pensei que poderia ter sido quando eu voltava correndo para o TICEN e ainda assim alguém vinha me perguntar: “Posso falar com você um minuto”.

Não moço, não pode, eu tenho pressa.

Nesses momentos de reflexão, quando ninguém está olhando, ou comentando seu post na internet, a universitária, no caso eu, ainda procura formas de se defender. Quem tirou minha sensibilidade foi a cidade, a brutalidade da vida cotidiana, o capitalismo. Eu não perderia minha sensibilidade se voltar para casa de ônibus não fosse tão cansativo, se o transporte público funcionasse, se eu pudesse ir sentada, se eu não estivesse tão cansada da semana na sexta-feira, se eu não tivesse tanta pressa.

Mas ela mesma sabe que não é bem assim. Afinal a indignação, o ativismo, de todo, não sumiram. Ainda lhe traz revolta um post capacitista no Instagram, uma notícia cruel sobre estupro, a inflação semanal e o número de famílias brasileiras no mapa da fome. Qual a diferença entre essas situações e aquelas?



Talvez a principal seja que ninguém está me olhando quando eu estou no ônibus e ninguém me julga por não ter dinheiro para brigadeiro mágico, essas coisas são caras hoje em dia. Por outro lado, para aquilo que todo mundo está olhando, a notícia absurda da semana, eu também olho, não posso deixar de absorver os sentimentos do coletivo.

Mas onde está o coletivo no nosso cotidiano? Onde está o coletivo de quem está tentando não passar fome diariamente? Por que algumas causas geram mais indignação do que outras?

Novamente, nenhuma resposta.

A universitária, com toda a sua experiência até agora, conclui positivamente, dizendo que o papel do estudante e do militante é lutar eternamente contra a normalização da violência e o apagamento das causas que não viralizam na internet. Entender que é parte do problema e sempre será, mas que pode se tornar também parte da solução. E não se desanimar com a sua pesquisa, como dito anteriormente, tudo permanece sendo verdade. Mas fica a questão que sempre paira ao final de um artigo:

Será que a conclusão foi boa o suficiente?



OS DIREITOS INDÍGENAS EM HECTOR BABENCO: UMA ANÁLISE DA OBRA “BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR”

Isabelle Cristina Bertuleza Sousa*

Luiz Fernando Gomes Pimentel**

1. INTRODUÇÃO

Reconhecido no meio cinematográfico por sua visão crítica do contexto social, o diretor argentino Hector Babenco lançou, em 1991, a película “Brincando nos campos do senhor”¹, com temática eminentemente voltada à relação entre indígenas e o chamado homem branco. No referido filme, um casal de evangélicos estadunidenses se dirige à Floresta Amazônica, no Brasil, a fim de realizar a catequização dos povos indígenas, especificamente a comunidade dos Niaruna².

1 Em síntese, o filme discorre sobre as problemáticas atinentes à entrada indesejada de brancos em território indígena. A parte central da obra refere-se ao casal Quarrier, composto por dois evangélicos estadunidenses, os quais se infiltram na comunidade dos Niaruna, na Floresta Amazônica, sob o pretexto de catequizá-los. Os resultados dessa conduta são estarrecedores, tendo em vista o conflito direto de interesses e costumes de ambas as realidades.

2 A tribo Niaruna é uma comunidade indígena fictícia.

*Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2022). Foi estagiária do Ministério Público Federal e monitora de Direito Administrativo na UFRN. É membra do grupo de pesquisa “Direito Administrativo Brasileiro”, da UFRN. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7111111610871066>>. E-mail: isabellebertuleza@gmail.com.

**Graduando do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Foi estagiário da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte. É membro do grupo de pesquisa “Centro de Pesquisas Fiscais”, da UFRN. Currículo lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1143455460394540>>. E-mail: luizfpimentel18@gmail.com

Justificativa: O presente trabalho pauta-se na relação simbiótica existente entre a Sétima Arte, isto é, o Cinema, e a vida real. Os filmes, além de seu caráter de entretenimento, são uma forma de retratar, de maneira figurada, a presença de problemas na sociedade. Não à toa, o realismo brasileiro, no plano das obras cinematográficas, destinou-se, tal qual no movimento literário, a tecer apontamentos acerca das inúmeras intempéries observadas no contexto social. É nesse viés que “Brincando nos campos do senhor” nasce. Ao tratar da temática indígena e da ingerência do Estado e da sociedade na preservação dos direitos desse povo, Hector Babenco explora as mazelas advindas dessas posturas. “Brincando nos campos do senhor” é, portanto, película que, do ponto de vista semiótico, contribui imensamente nas discussões a respeito da realidade enfrentada pelos indígenas no Brasil, sobretudo quanto à interferência externa em seu espaço e em relação ao desrespeito aos direitos constitucionalmente garantidos a esses sujeitos.

É certo que o choque cultural e social enfrentado pelos sujeitos da obra é de imensa magnitude: o desenvolvimento da história é pautado no desenrolar das relações entre os brancos e os indígenas, salientando-se, sobretudo, diversos aspectos atrelados à perspectiva pessoal dos envolvidos: Hazel Quarrier, uma das missionárias que adentra o território dos Niaruna, se choca com a nudez praticada pelos indígenas que ali residiam; Martin Quarrier, seu marido, ao contrário, fica fascinado com as variadas práticas culturais e de convivência dos Niaruna.

É de se mencionar que, além do casal Quarrier, outros evangélicos já haviam ingressado na localidade. Ainda, um padre católico também já desenvolvia atividades religiosas no lar dos Niaruna, o que demonstra uma completa interferência externa na comunidade indígena.

Feitas essas considerações, a pretensão desta resenha destina-se a fazer comparativos entre aquilo que é explanado na obra e o cenário brasileiro atual, em especial no que se refere aos direitos dos povos indígenas e à intervenção exacerbada do homem branco nesses espaços. Não só a Constituição da República, como também dispositivos de ordem internacional, elencam normas ligadas à preservação da identidade cultural e social das comunidades indígenas, fato esse que, apesar de importantíssimo para história brasileira, é desprezado pela sociedade.

Assim, a finalidade precípua deste trabalho se baseia na constatação de que, muito embora o filme tenha sido lançado há mais de 30 anos, permanece bastante atual, tanto do ponto de vista de intervenção indevida de particulares nos espaços de povos tradicionais como também na falta de assistência, por parte do Poder Público, a essa população.

2. A INTERFERÊNCIA INDEVIDA NA COMUNIDADE INDÍGENA: O CASO DOS NIARUNA

A Constituição da República de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, é diploma que traz várias disposições a respeito dos povos indígenas e do tratamento dado pelo Estado a esse público. Inicialmente, impende fazer luz sobre o conteúdo presente nos arts. 215, § 1º c/c art. 231 da Carta Magna brasileira. Confira-se:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.



§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Mister mencionar que a legislação internacional também traz apontamentos no que tange aos direitos dos povos tradicionais, inclusive os indígenas. Sob essa ótica, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU), elenca o seguinte:

1 - Os povos indígenas têm o direito à autodeterminação, de acordo com a lei internacional. Em virtude deste direito, eles determinam livremente sua relação com os Estados nos quais vivem, num espírito de coexistência com outros cidadãos, e livremente procuram seu desenvolvimento econômico, social, cultural e espiritual em condições de liberdade e dignidade.

2 - Os povos indígenas têm o direito ao pleno e efetivo desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos na Carta das Nações Unidas e outros instrumentos internacionais de direitos humanos.

3 - O povos indígenas têm o direito de serem livres e iguais a todos os outros seres humanos em dignidade e direitos, e de serem livres de distinção ou discriminação adversa de qualquer tipo baseada em sua identidade indígena.

O que se pode concluir a partir da leitura do apresentado acima é que os povos indígenas têm a prerrogativa de realizar suas atividades de acordo com seus costumes, sejam elas de cunho social, político ou religioso, sem que ocorra intromissão de sujeitos externos naquele ambiente. Trata-se de medida direcionada à proteção da cultura e história local e nacional, como forma de assegurar o pleno desenvolvimento dos povos nativos.

Em paralelo a isso, a crítica presente na obra de Babenco retrata justamente o contrário: os indígenas, a despeito de disporem de garantias legais frente a ações interventoras, são frequentemente incomodados com a presença de membros alheios à comunidade, em especial no que tange à ideia de conversão religiosa, a qual se origina de uma visão limitada e preconceituosa dos povos tradicionais, costumeiramente associada à concepção de rebeldia, isto é, os indígenas são caracterizados como indivíduos animais, situação essa que daria ensejo à

intervenção de terceiros em seus territórios, sob a justificativa de que aqueles sejam civilizados.

Dito isso, a ironia em “Brincando nos campos do senhor” não passa despercebida; ao contrário, é exagerada, e isso é facilmente constatado no desenrolar dos núcleos da obra. Babenco objetiva a proposição de discussões de cunho ético e político, já que as seguintes questões são levantadas: É legítimo tentar alterar tão drasticamente uma cultura alheia à nossa? Quais os parâmetros que validam essa intervenção? Qual a verdadeira finalidade pretendida pelos interventores? etc.

Algumas das cenas que expõem bem o porquê dessas dúvidas são aquelas que envolvem o casal Quarrier: Hazel, missionária, demonstra, desde seu ingresso no território dos Niaruna, a repulsa profunda que sente pelos indígenas, sobretudo quanto aos costumes destes. Ora, o desprezo pela cultura dos Niaruna é tamanho que a mulher chega a distribuir vestimentas às mulheres indígenas, alegando que a exposição do corpo, naquele contexto, seria pecado. Em contrapartida, seu marido, Martin, fica deslumbrado com a riqueza cultural do povo Niaruna, mostrando-se cada vez mais imerso na realidade dos indígenas.

Nessa senda, ambos, na posição de evangelizadores, se encontram num intenso conflito interno acerca de seus valores pessoais: Hazel, enquanto cristã, não consegue ver os Niaruna como pessoas dignas, de maneira tal que torna-se insustentável para a mulher permanecer em contato com os indígenas. Martin, em sentido oposto, é gradualmente seduzido pelos hábitos dos Niaruna, à medida em que vai perdendo sua crença no cristianismo.

Outrossim, o que se pode concluir é que a catequização pretendida pelo casal de evangélicos não só foi infrutífera, como também levou os missionários a questionarem a própria fé. O caos instaurado pelo conflito de interesses entre ambos os grupos, isto é, o homem branco e o indígena, é imenso, culminando em violência e destruição.

Quanto a esse aspecto do filme, resta evidente que o intento de Babenco ao lançar luz sobre as atividades efetuadas pelos grupos cristãos em relação à catequização forçada de membros da comunidade indígena é censurar a tentativa de apagamento de valores étnicos e históricos que tanto custam à sociedade brasileira, a qual tem sua gênese oriunda desses povos. Aliás, para além dessa perspectiva, o imperialismo norte-americano, em especial dos Estados Unidos, é fator que também é trabalhado na película. No decorrer da obra, o diretor destaca a vaidade e o ego dos evangelizadores: os personagens se autoproclamam salvadores, pesso-



as bem intencionadas que apenas pretendem “reeducar” e “corrigir” as ações dos Niaruna. Essa mesma tática foi praticada por anos por diversos países, os quais se utilizavam desse argumento para colonizar nações e dizimar inúmeras populações. Trata-se, em resumo, do chamado complexo de *white savior*³. Dessa forma, o exercício da liberdade religiosa, direito fundamental em tese oponível a todos, não é colocado em prática, eis que os indígenas – conforme se verá à frente, não só na trama – são constantemente vítimas desse tipo de conduta.

Outro ponto que chama atenção em “Brincando nos campos do senhor” é que mesmo a população local⁴ despreza os povos indígenas. Ao início do filme, é possível ver que o personagem interpretado por José Dumont, Comandante Guzmán, caracteriza os Niaruna como “selvagens”, salientando que eles não são dignos de ocupar aquele território.

Guzmán, na qualidade de agente do Estado, representa o interesse do Poder Público. Isso posto, o comandante deixa claro que sua única preocupação se refere aos proveitos econômicos decorrentes de uma eventual desocupação das terras indígenas. Partindo de uma análise semiótica, essa postura demonstra a ingerência e completa indiferença dos Estados em relação a seus povos nativos, à medida em que não existem políticas públicas efetivamente ligadas a uma verdadeira proteção da cultura e dos costumes indígenas. Em síntese, a preocupação está muito mais orientada ao aspecto político-econômico do que ao fator humano e social.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto acima, o que se pode retirar de “Brincando nos campos do senhor” é a necessidade urgente em se amparar ampla e devidamente os direitos dos povos indígenas. É verdade que a liberdade religiosa é direito garantido a todos, inclusive aos nativos; isso, no entanto, não pode ser motivo levantado indiscriminadamente para permitir a dizimação de parte da história do povo brasileiro.

O direito à cultura, tal qual os direitos indígenas, é previsto na Constituição Federal. Ora, o interesse em proteger as garantias indígenas não se restringe a esses indivíduos; engloba também os anseios da sociedade, a qual, como é sabido, deriva desses povos, que há muito residem na nação brasileira.

De forma resumida, Hector Babenco majestosamente expõe as problemáticas relativas à interferência descontrolada do homem branco no ambiente indígena. As repercussões advindas dessa ação são, não raras vezes, negativas, eis que

prejudicam os povos tradicionais e, como consequência disso, dificultam ainda mais o estabelecimento de um relacionamento pacífico e mutuamente fraterno entre o meio social urbano e contemporâneo e as comunidades indígenas.

Enfim, o intento do diretor é retratar as nuances negativas que são criadas com os povos indígenas, a partir de uma invasão impensada e desrespeitosa quanto à tradição centenária dos nativos. Nesse ínterim, faz-se imprescindível repensar os tipos de abordagem a serem feitas com esses sujeitos, em especial nos casos de comunidades que vivem isoladas.

REFERÊNCIAS

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

BRINCANDO NOS CAMPOS DO SENHOR. Direção: Hector Babenco. Produção de Saul Zaentz, Paul Zaentz, Francisco Ramalho Jr. e Paul Nichols. Estados Unidos: Condor Filmes, 1991.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas*. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Geral das Nações Unidas. 2007. Disponível em: < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf> Acesso em: 20 ago. 2022.



HISTÓRIA DE UM CASAMENTO: UMA ODE À FAMÍLIA EUDEMONISTA

*Luis Henrique de Menezes Acioly**

“História de um casamento”. Direção: Noah Baumbach. Roteiro: Noah Baumbach. Título original: “Marriage story”. Estados Unidos, 2019.

A produção cinematográfica “História de Um Casamento”, dirigida por Noah Baumbach tem a importância de trazer sensibilidade e emoções para o público espectador, ao abordar a odisséia enfrentada por dois divorciantes, que buscam o melhor para si e para o filho ainda que em ocasião da ruptura da sociedade conjugal. Embora esteja claro o amor que nutrem um pelo outro, a convivência e as particularidades deles culminaram por desnudar uma situação de impossibilidade de manutenção da entidade familiar em seus termos.

A referência ao transcendental poema de Homero – Odisseia – não se faz em vão, mas diante de diversas situações eivadas de vícios, erros e obstáculos¹. A película demonstra os efeitos nefastos que soem ocorrer da excessiva judicialização da vida privada, notadamente quanto ao Direito das Famílias, pondo em xeque a noção institucional desse ramo, e trazendo a reflexão sobre de que forma noção

¹ Como se sabe, o épico poema de Homero conta a jornada árdua e longa do herói Ulisses a fim de retornar à ilha que governa, Ítaca, após o triunfo na Guerra de Tróia. Para além da distância, o herói transpassa a fúria de deuses, feiticeiras, sereias, além de suplantar a intenção de seus adversários, que pleiteavam a mão de sua esposa, alegando que a sua ausência ensejava uma morte presumida (LOURENÇO, 2011)

***Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Ruy Barbosa. Pesquisador em Grupo de Pesquisa “Conversas Civilísticas” - UFBA/CNPq. Head de Privacidade e Proteção de Dados do Laboratório de Inovação e Direitos Digitais (LABID²) - UFBA. Estagiário Jurídico da Advocacia Geral da União, com atuação na Procuradoria Federal na Bahia (PF/BA).**

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0485009486625100> . E-mail: acioly10@gmail.com.

Justificativa: A revisitação de institutos do direito de família também encontra alçada nas obras artísticas, uma vez que estas têm o condão de expressar vislumbres de sentimentos que acolhem a alma humana. A família, a seu turno, é – ou deve ser – pautada em afetos, sendo objeto de representação cinematográfica constante. A obra “História de um Casamento”, é, assim, a representação da nova concepção de família, em que não mais se vislumbra a identidade institucional, mas a sua funcionalização ao afeto. Esse afeto mútuo, embora mitigado por ocasião de sua dissolução, não cessa. É possível vislumbrar a retratação da família eudemonista, em que a busca do afeto é objeto maior da união, alcançando inclusive a forma de disposição do divórcio, mesmo diante de adversidades. O filme retrata essa nova concepção, transbordando esse sentimento e causando a reflexão da adequação da realidade jurídica à realidade dos fatos.

instrumentalizada e eudemonista da família poderia auxiliar na solução de conflitos em momentos delicados da vida humana.

Charlie e Nicole Barber são um casal jovem americano em fase de separação. Diante de diversos problemas de convivência, ambos decidem pelo fim da sociedade conjugal, e para tanto, iniciam sua jornada buscando auxílio em um mediador, para que a comunicação entre eles venha e se tornar mais fácil, e possam melhor decidir as suas vidas e de seu filho, *Henry Barber*. A tentativa não logrou êxito e passou-se a discussão judicial, com exacerbação da violência processual e o desvirtuamento da finalidade instrumentalista do processo.

É possível vislumbrar no simbolismo cinematográfico a necessidade de adequação dos instrumentos jurídicos à finalidade maior de um ordenamento que alberga a dignidade da pessoa humana como cerne. A família iniciada e finalizada por Charlie e Nicole Barber não representa a velha historiografia, mas o retrato de uma família contemporânea não mais arraigada à ideia de sofrimento em prol da instituição-família. A concepção oitocentista de família, que a compreendia como instrumento da vontade social, razão pela qual havia distinção entre família legítima – consubstanciada exclusivamente no casamento – e ilegítima, há muito tem sido convalidada na noção contemporânea de entidade familiar, pautada no afeto como cerne dos vínculos interpessoais, como se demonstrou na película em comento.

Por conseguinte, a concepção contemporânea de família se assenta na sua funcionalização à promoção da dignidade dos seus membros, às suas realizações pessoais, e servindo como núcleo fundamental para o desenvolvimento da felicidade. A respeito, Maria Berenice Dias (2021, p. 461) denomina a entidade familiar em que busca a felicidade individual de seus membros, como *Família Eudemonista*, e explica: “O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito”. A felicidade individual dos “sujeitos” retratados no filme é o ápice perseguido por cada ente, ainda que para que haja esse alcance, a vida pós-divórcio seja conduzida de maneira manejar afeto entre os ex-cônjuges. Paradoxalmente, *Charlie e Nicole Barber* somente alcançam a felicidade individual quando incluem o afeto no cerne da discussão do divórcio.

A família eudemonista representa a evolução de uma *família-instituição* – em que não raramente, os interesses individuais eram suplantados em função de uma



noção coletiva de família – para o conceito de *família-instrumento* do desenvolvimento da pessoa humana, promove e tutela dignidade de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade (FARIAS; ROSENVALD, 2022).

A preponderância da autonomia privada nas relações familiares alcança o instituto do casamento no que tange à sua finalidade, conceituação e regime de sua dissolução. A novel concepção de casamento tem por única e exclusiva finalidade o estabelecimento de comunhão de afetos, não mais se vislumbrando antigas funções de geração de prole, ou comunhão de patrimônios. A ocorrência de prole e os efeitos patrimoniais do casamento são secundários, não compoem o seu núcleo funcional, uma vez que não lhe é objetivo.

De sorte semelhante, o divórcio, enquanto mecanismo de dissolução do casamento, também foi reconfigurado diante da constitucionalização do Direito das Famílias. Com escólio em Luiz Edson Fachin (1999), a dissolução de casamento é a outra face do casamento, ambos regidos pela autodeterminação afetiva. A mínima intervenção estatal se mostra ainda mais presente no Divórcio, uma vez que consubstancia feição da autonomia privada, e concretização do direito `autodeterminação afetiva, com ocorreu no caso de *Charlie e Nicole Barber*. A mudança paradigmática do divórcio representa assim a defesa do espaço de autodeterminação privada na consideração de suas relações afetivas.

Dessa forma, os conflitos que envolvam essa parcela da vida humana devem ser pautados pela maior autonomia privada², através de mecanismos que deem azo à autodeterminação dos divorciantes, mediante esclarecimentos, facilitação da comunicação, suporte psicológico e acolhimento institucional, uma vez que se trata da vida privada e da liberdade afetiva inerente a todo e qualquer ser humano. A mínima intervenção estatal no ambiente lastreado por *Chalie e Nicole Barber* haveria de se configurar na facilitação da comunicação para que ambos chegassem a uma decisão que melhor atendesse ao objetivo de vida individual, respeitando-se o interesse de *Henry* na convivência harmoniosa de seus genitores.

No caso em tela, a noção instrumentalizada de família é perceptível na medida em que os divorciantes dispõe formalmente de autonomia para a tomada de decisão no que se refere aos detalhes do divórcio, restringindo-se somente no que tangencia ao melhor interesse de seu filho. Contudo, não se observa a plenitude dessa autodeterminação, uma vez que, ao revés de se utilizar de mecanismos que

² Ressalvada a ponderação com outros princípios, tal qual o Melhor Interesse de Criança, como lembra Flávio Tartuce (2021).

facilitem a tomada consciente de decisão, as suas deliberações são eivadas de vícios de vontade, mediante pressões, atitudes violentas e contrariedade por parte dos seus representantes judiciais.

Nesse interim, é possível compreender a necessidade de atenção aos métodos adequados de solução de conflito em demandas familiares. A solução consensual de conflitos³ envolve técnicas como a mediação, conciliação e a negociação propriamente dita. A conciliação preconiza uma posição mais ativa do conciliador, que poderá propor soluções, conforme seu entendimento sobre o caso, ao passo que a mediação pressupõe tão somente um aprimoramento de uma comunicação interrompida, prezando pela autonomia das partes em buscar a própria solução⁴.

Por conseguinte, a família eudemonista, isto é, pautada pelo afeto, cujo desiderato é o alcance da realização e felicidade de seus membros, tem sua exposição cinematográfica no caso em tela, ao passo que aponta para um divórcio de igual maneira performado pela reminiscência do afeto entre os consortes, norteando a decisão final. Não se trata somente de afeto pelo filho, mas a memória do afeto que conserva a relação pós-divórcio entre *Charlie e Nicole Barber*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Orientador Roberto João Elias. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

3 Para fins de compreensão, filia-se ao conceito de “Conflito” aduzido por Fernanda Tartuce (2020, p. 3), para quem este é “um desacordo, uma contradição ou uma incompatibilidade entre posições apresentadas a partir da incompatibilidade entre objetivos, cognição e emoções”.

4 Segundo Águida Arruda Barbosa (2003, p. 55) “na conciliação ocorre uma reorganização lógica, no tocante aos direitos que cada parte acredita ter, polarizando-os, eliminando os pontos incontroversos, para delimitar o conflito, e, com técnicas adequadas, o conciliador visa corrigir as percepções distorcidas, aproximando as partes em um espaço concreto. Neste equivalente jurisdicional o conciliador intervém com sugestões, alerta sobre as possibilidades de perdas recíprocas das partes, sempre conduzidas pelo jargão popular ‘antes um mau acordo que uma boa demanda’. Em suma, submetidas à conciliação as partes admitem perder menos, num acordo que num suposto sentenciamento desfavorável, fundamentado na relação ganhador-perdedor”



FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.

LOURENÇO, Francisco. *Odisseia de Homero*. Rio de Janeiro: Shwarcz, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 5. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



A LUTA POR JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO RACISMO NO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO DOS EUA

*Willian Silva de Jesus**

O filme “A Luta por Justiça”, dirigido por Destin Cretton e produzido por Gil Netter, se passa no final da década de 1980, nos EUA, mais precisamente no estado de Alabama, na cidade de Monroeville. Tendo como protagonistas os atores Michael B. Jordan que interpreta o advogado Bryan Stevenson e Jamie Foxx que interpreta Walter McMillian.

O contexto o qual o filme está inserido tem forte relação com racismo que permeava a sociedade daquela época e que lamentavelmente, apesar das conquistas ao longo dos séculos, ainda é incisivo na sociedade atual. O Jim Crow era um sistema de dominação que se utilizava de leis para dominar a população negra dos estados do sul, isto é, esse sistema buscava implementar a Supremacia Branca fundamentada em leis expressamente racistas. Apesar de ter sido um regime anterior aos fatos do filme, claramente tal regime ainda possui resquícios (MORRIS; TRIETLER, 2019).

Neste mesmo período de expressivo regresso humanitário que atualmente ainda reflete no mundo, a serena cidade de Monroeville, recebe a notícia que uma jovem, chamada de Ronda Morrison de apenas 18 anos, fora brutalmente assassinada e encontrado seu corpo numa lavanderia da cidade. A polícia, realizando diligências, incrustada à época de atitudes discriminatórias, afirma que o autor do crime banal que causou indignação e sede por justiça na cidade, foi o autônomo Walter McMillian (Johnny D) que quando autuado pela polícia estava trabalhando.

Inserido nesse mesmo contexto desumano, um jovem advogado negro, nascido e criado em Delaware, recém formado na renomada Universidade de Harvard, chamado de Bryan Stevenson, tem como objetivo prestar assistência e preservar os direitos daqueles presos que estão no corredor da morte. Apesar de um

***Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6163995274423894>. E-mail: willianslip11@gmail.com.**

Justificativa: A presente resenha analisa a obra cinematográfica *A Luta por Justiça* onde teve como principal objetivo expressar o quanto o sistema acusatório penal apresentado nesta obra, estava imbuído de violações aos direitos e garantias durante o processo, bem como os reflexos das raízes preconceituosas exposta naquele contexto.



advogado com pouca experiência, Bryan possui valores que garantem e perpetuam os direitos fundamentais reservados a cada ser humano, sendo assim, moldado como um jurista garantista da justiça social. Para cumprir esse objetivo, o advogado terá que enfrentar um sistema de justiça permeado de valores desumanos que são tutelados por uma raiz preconceituosa e autodeterminada por aqueles que se aproveitam do cargo que possuem para manipular o poder da forma que entender. É nesse contexto, que não condiz com o verdadeiro sentido de justiça, que as vidas de Walter McMillian e Bryan Stevenson se encontram.

Bryan Stevenson ao ler o processo se depara com uma série de incoerências que não davam sentido a situação fática do crime do qual a polícia e o judiciário sustentava ter ligação com o Walter McMillian. A condenação de Walter McMillian foi fundamentada apenas nos depoimentos de duas testemunhas, em que uma é um assassino confesso que coagido pelo xerife relata um falso testemunho, assim como a outra testemunha que fez um acordo com a polícia para incriminar Walter para poder ter como recompensa a exclusão da autoria de um delito. Além disso, a família também reitera que Walter, no dia do assassinato de Ronda Morrison, passou o dia inteiro em companhia dos mesmos.

O jovem advogado ao atuar no caso, com a ajuda de sua amiga Eva Ansley que o acolhe em sua casa e funda juntamente com ele a fundação “Iniciativa por uma Justiça Iguitária” que não possui fins lucrativos, torna-se bastante conhecido na cidade por “ressuscitar” um caso que gera desconforto para os cidadãos daquela cidade, portanto, começa a ser perseguido, principalmente por aqueles que não querem que o caso e suas inverdades sejam publicizados. Para tanto, utilizam-se de ameaça a família de Eva Ansley e também ao Bryan.

O xerife Tate e o promotor Tommy Chapman, agindo de má-fé e imbuídos de obscuridade e omissão para com a verdade em relação ao que realmente aconteceu, passam a delegar incursões que possuem o objetivo de amedrontar e afastar o advogado de sua atuação no caso. Depois de uma das testemunhas serem suspeitosamente presa por perjúrio e desistir de testemunhar, Bryan terá que se encontrar com aquele que coagido pelo xerife e sem qualquer fundamento em fatos verídicos, incriminou Walter, Ralph Myers.

O fato é que ao final, o caso de Walter McMillian, é levado ao tribunal para julgamento e as verdades aparecem com expressão, onde todas as testemunhas se retratam das falsas acusações contra Walter e ainda alegam os autores que os induziram forçosamente a pronúncia desses testemunhos, inclusive Ralph Myers, que apesar das circunstâncias que o envolviam, passar a ser também mais uma

vítima de um sistema acusatória violado pelos detentores de poder. Nesse sentido, percebe-se os inúmeros erros processuais, como testemunhal e material, que foram utilizados como fundamento para incriminar inocentemente Walter.

O sistema de justiça parcial e fundado no poder autoritário daqueles que deveriam exercer com retidão a aplicação do direito, negaram o pedido de reabertura do julgamento. No entanto, envolvendo a comoção nacional através da publicização no telejornal “60 Minutes” do caso de Walter McMillian, o caso é submetido a Corte Superior e a promotoria, diante da sustentação da defesa e das provas indubitáveis da inocência de Walter, retira as acusações e McMillian é inocentado.

Os EUA, assim como o Brasil, possui como regime político a Democracia. Partindo disso, aquilo que diz respeito as Ciências Criminais como um todo, resguardando aquilo que se encaixa no ordenamento jurídico norte-americano, possuem como essência inerente a garantia dos direitos fundamentais, ou seja, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais (no caso dos EUA, legislador e autônoma em relação ao sistema penal acusatório) são “amarras” necessárias que impõe os direitos garantidos aqueles que serão julgados.

A existência da Constituição em um país democrático, como diploma garantista que regula os sistemas penais acusatórios, faz-se necessário, tendo em vista a natureza das Ciências Criminais. As Ciências Criminais como um todo, principalmente quando diz respeito a aplicação da pena, são ramos ostensivos que gozam da violência legítima estatal para a garantia da ordem jurídica. No caso dos Estados Unidos que possuem em alguns estados a aplicação da pena de morte, as garantias devem ser redobradas ao aplicar a pena de morte, deve seguir rigidamente os direitos fundamentais instaurados em sua determinada Constituição, bem como os trâmites legais.

Na obra em tela, todo o sistema penal acusatório viola os direitos fundamentais, ou seja, os trâmites legais para a aplicação da pena. Os órgãos, expressivamente, expõem suas raízes preconceituosas; racistas que são usadas como fundamento para condenar Walter. Apesar de que a pena de morte ainda demonstra ser uma solução ineficaz e sem resolução para garantir o Estado Democrático, bem como uma sanção penal oposta a verdadeira essência dos direitos humanos. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni com precisão reitera:



Além do exercício de poder no sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 18)

Sendo assim, as Ciências Criminais, em especial, o sistema penal acusatório é por demais importante para a preservação da ordem pública. No entanto, um sistema penal acusatório que não estar atrelado e subordinado aos direitos e garantias fundamentais prescrito na Constituição, bem como a efetivação do Estado Democrático, está suscetível ao fracasso. O filme “A Luta por Justiça” é expressivo quando demonstra que apesar das conquistas árduas da população negra, o racismo ainda é por demais atual e permeia, não de forma integral, mas incisiva e de forma velada os órgãos estatais que deveriam efetivar os direitos humanos; a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Ravan, 2005.

MORRIS, Aldon; TREITLER, Vilna B. *O estado racial da união: compreendendo raça e desigualdade racial nos Estados Unidos da América*. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/v3rPpfS74whKzwMGbrzV5Nn/?lang=pt> Acesso em: 2022.



ANÁLISE AO SUSPENSE DO TRIBUNAL DE GRISHAM: UM BRIEFING DO DOSSIÊ PELICANO

*Fernanda Soleil Barbosa Batista**

Grisham, John. O Dossiê Pelicano. Tradução de Roberta Clapp, Bruno Fiuza. São Paulo: Arqueiro, 2020.

O livro "O Dossiê Pelicano" foi escrito pelo advogado aposentado, ex-político e escritor nas horas vagas que suas funções lhe permitiram, John Grisham. O escrito foi publicado pela primeira vez no ano de 1992. Essa obra se trata de um suspense de tribunal (*thriller* jurídico), envolvendo em seu enredo mistério, ação, conspiração política e discussões que apesar de abrangerem o final dos anos noventa permanecem significativas e hodiernas. O livro utilizado aborda críticas aos problemas de corrupção na Suprema Corte norte americana, instabilidade no sistema de justiça e ainda um conflito de interesses políticos relacionados ao meio ambiente e a indústria do petróleo, apesar de se tratar de um suspense fictício traz à tona demandas sociais que compensam ser versadas.

A história começa com a apresentação dos juízes da Suprema Corte norte americana, dando ênfase ao magistrado Rosenberg, o mais velho da corte com noventa e um anos, o qual apresentava opiniões liberais contraditórias aos outros oito juízes, "a sua ideologia era simples: o governo acima dos negócios, o indivíduo acima do governo, o meio ambiente acima de tudo. E aos índios, deem a eles tudo o que quiserem." (GRISHAM, 2020, p. 08).

E o juiz mais novo Jensen, que mantém sua sexualidade escondida e é conhecido por ser conservador, o qual possuía opiniões contraditórias entre si, mas que sempre seguiam a linha da compaixão. Despertava, assim como o juiz anteriormente mencionado, desconforto aos outros membros da corte e a vários grupos

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande – UFCG de Sousa, Paraíba.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7391484607278655>. E-mail: fernanda.soleil@estudante.ufcg.edu.br

Justificativa: A presente resenha crítica sobre a obra *O Dossiê Pelicano*, de John Grisham procura trazer temas que envolvem as adversidades da máquina judiciária abordando assuntos como corrupção, disputa de poder, conflitos políticos e ambientais os quais estão presentes na história. Dessa forma, este trabalho oferece esses tópicos atrelados à narrativa, com o intuito de cativar o leitor a conhecer o livro e refletir avidamente em cima das questões tratadas. Afinal, é por meio da leitura, dos contos e das narrativas que os leitores possuem a oportunidade de ponderar e fomentar mudança.



ideológicos diversos; o primeiro por defender com unhas e dentes o lugar de um democrata na corte e o segundo por ser desprovido de convicção ideológica, mas ainda defender pautas de forma altruísta.

Dando continuidade, apesar de extremamente diferentes os dois membros compartilhavam valores que causavam incômodo, além de tudo o ano em que a história acontece é de extrema instabilidade política, o magistrado sofria ameaças constantemente, por isso todos os membros estavam constantemente vigiados pelo Federal Bureau of Investigation (FBI). No entanto, ambos continuavam resistindo a patrulha, acabando por serem assassinados de forma misteriosa e brutal, apesar do país exigir respostas as pistas em relação ao motivo e ao assassino do crime são ínfimas.

Logo após os assassinatos dos juízes, as mortes passam a ser investigadas por diversos membros do governo e pela protagonista, estudante brilhante de Direito Darby Shaw, o autor introduz a personagem quando a mesma desenvolve um dossiê com teorias relacionadas às mortes, criando um link entre elas, o dossiê possui o título do livro “O Dossiê Pelicano”. A princípio o artigo não tende a levantar suspeitas de sua teoria ser real, é lido como uma teoria rasa, mas após ser analisado por alguns agentes do FBI, a personagem passa a ser perseguida.

Em meio a uma guerra de interesses políticos, a teoria da estudante desmascara um dos crimes ambientais mais antigos do país, o problema é que está envolvendo o presidente e pode vir a causar inclusive a sua derrubada, Darby começa a correr perigo, pessoas próximas a ela começam a ser assassinadas e como último recurso a estudante junta forças com o repórter político Gray Grantham, juntos eles procuram desvendar e denunciar o crime que abarca uma grande companhia petrolífera e a extinção da espécie de ave marinha Pelicano Marrom.

É nesse mistério, acompanhando a aventura dos personagens Darby e Grantham que o leitor se vê envolvido em questões peculiares. Como exemplo, a personagem principal, a qual como graduanda de direito, carrega consigo uma esperança no jurídico até se ver como vítima não só daqueles que deveriam lhe oferecer segurança, mas também do Estado que se mostra dirigente de um compilado de interesses os quais fogem completamente do objetivo real que as autoridades deveriam seguir.

Além disso, há na dinâmica de funcionamento dos órgãos governamentais do livro (o FBI, a CIA e a Casa Branca), uma questão interessante a ser analisada; o sistema jurídico estadunidense é reflexo inerentemente dos costumes e da cultura



do país. Nesse aspecto, o common law repercute, principalmente, os costumes e a cultura, elementos os quais levam a jurisprudência como fontes imediatas do Direito, o que caracteriza o common law é não ser um direito baseado na lei, mas antes o Direito é coordenado e consolidado em precedentes judiciais, segundo decisões baseadas em usos e costumes prévios (BETIOLI, 2018, p.235).

Sendo assim, a justiça para esse sistema se versa, sobretudo, nas decisões da corte, representação do poder judiciário, poder que em tese carrega consigo a reprodução do que deveria ser defendido, produzido e admitido pela população. Todavia, o que se consolida é o quanto a opinião, ideologia e posicionamento políticos influenciam no magistrado.

O livro não só aborda como ambos os magistrados assassinados eram extremamente odiados, mas também o fato de que seus posicionamentos e decisões perante os processos que lhes eram direcionados afetavam a forma como eram tratados e vistos pelos outros membros da corte. A inquirição aqui, é: o poder judiciário como defensor da vida, das liberdades, direitos e propriedade dos cidadãos ao ter como composição juízes os quais, como partes de um dos poderes pilares do sistema democrático, deveriam zelar pela proteção da verdade e respeito de seus membros, no entanto, terminam por colaborar para o cultivo de hostilidade dentro da autoridade jurídica e, eventualmente, na população.

Em desenvolvimento, o autor debate vigorosamente sobre as diversas esferas de poder e os interesses corporativos que influenciam decisões que afetam uma nação inteira, como foi anteriormente mencionado. O ceticismo no decorrer do livro sobre como a corrupção, infelizmente, possui peso quando aplicada em prol de juízes que valorizam o poder e o capital, demonstra na realidade o quanto a jurisdição depende dos fatores sociais, históricos e de valores coletivos, elementos que de um modo ou de outro provocam a elaboração e determinam a criação do direito, é deles que o direito procede (BETIOLI, 2018, p.176).

É nessa linha de análise que se encaixa também a figura do presidente, personagem assumidamente conservador na narrativa, o qual logo após a tragédia do assassinato dos juízes, procura manter uma imagem de solidariedade perante a população, mas com o objetivo de se beneficiar nas eleições futuras, obter maior quórum de votos e aumentar sua taxa de aprovação. À vista disso, o autor explana sobre a questão das vagas abertas na Suprema Corte, salientando a forma como o personagem mencionado se utiliza das recentes adversidades no país e do momento de instabilidade social, para convocar magistrados os quais defendam o seu ponto de vista ideológico e político, como demonstra em um de suas conversas:



[...] pensei que tinha te falado que queria homens, jovens e brancos. Juízes jovens de pulso firme e conservadores [...]. Eu favoreço amigos e prejudico os inimigos. É assim que se sobrevive na política.” (GRISHAM, 2020, p. 246).

Ademais, com o desdobramento do enredo, Darby passa a crer mais ainda que sua teoria se mostrava real, após contatar o jornalista Grantham o círculo de conspiração de assassinato se mostra ainda maior, envolvendo pessoas extremamente poderosas as quais estavam atrás da escritora da teoria, a qual teria trago à tona o esquema de conflito de interesses políticos atrelados ao meio ambiente e a indústria petrolífera.

Para encadear o contexto, no Estados Unidos, existia uma área na costa do país que possuía um grande potencial ecossistêmico, com o desenvolvimento de espécies iminente, como destaca o autor:

Os pântanos eram uma benção da evolução natural. Utilizando-se dos ricos sedimentos como alimento, eles se transformaram em um paraíso verdejante de ciprestes e carvalhos e densos trechos de aguapés, juncos e taboas. (GRISHAM, 2020, p. 255).

No entanto, em 1979 o petróleo foi descoberto na área e as empresas se juntaram aos montes para conseguir extrair ao máximo esse óleo mineral. Nada obstante, uma empresa encontrou uma fonte específica com uma quantidade abrangente de petróleo, mas com essa grande descoberta, surgiu a necessidade de manter segredo da localização das fontes, para isso, o proprietário se utilizou de um plano bem estruturado, que lhe fez dono de todas as terras que envolvessem vestígios da fonte petrolífera, comprando-as em nome de um grande número de pessoas jurídicas, durante anos este pôde explorar as fontes sem se preocupar com as consequências ambientais.

Contudo, um grupo de proteção ambiental conhecido como Fundo Verde entra com uma ação judicial que visava interromper a exploração das áreas em prol das espécies de aves que migravam para a região, incluindo o Pelicano-pardo da Louisiana, espécie que estava entrando em extinção. Porém, apesar dos esforços, a empresa ganhou o processo, podendo proceder com as atividades, os jurados não se sentiam envolvidos com a causa da fragilidade ambiental dos pântanos, petróleo para estes representavam capital, desenvolvimento e empregos.

Apesar disso, em um processo cujos meios usados para obter o sucesso não foram completamente honestos, sempre há a esperança de obter outro sucesso não foram completamente honestos, sempre há a esperança de obter outra resposta buscando a verdade. A questão é que ao escrever um dossiê abordando esse



processo Darby Shaw não só descreveu os fatos já conhecidos, mas revelou que para ganhar a causa e impedir que os ambientalistas vencessem na Suprema Corte, o proprietário coordenou diversas ações ilegais incluindo um dos mistérios suscitados no início da obra. Para mais, este também se mostra conhecido do atual presidente do país, e de maneira súbita, o mistério foi desmascarado em algumas páginas pesquisadas pela estudante.

Em meio aos desdobramentos da narrativa diversas vezes o autor se deixa transparecer sua indignação com os problemas anteriormente mencionados na justiça, no modo como a guerra pelo poder influência em decisões que implicam diretamente na sociedade e seu desenvolvimento, nesse conflito de interesses corporativos cujo objetivo se baseia em acumular infinitamente, o processo para se atingir o propósito do capital não concerne às consequências, nem mesmo quando isso atinge o meio ambiente.

Para completar vale-se salientar da necessidade abordada pelo autor da conservação do meio ambiente, e de como os grandes meios de produção como as empresas de petróleo descritas na obra, precisam se adequar para que a produção proceda com menos desperdício e impactos negativos (os quais sempre irão existir, mas também podem ser reduzidos e controlados) à natureza, afinal de contas as condições ecológicas são sempre vinculadas aos meios de produção humanos.

Para concluir, essa obra traz à tona de uma forma interessante e marcante que assuntos os quais marcam presença não só na narrativa fictícia trazida pelo autor, mas em circunstâncias reais, a disputa pelo poder, a corrupção, o conflito de interesses políticos e a ameaça ao meio ambiente são adversidades presentes no sistema existente. Dito isso, as ideias debatidas na obra são notáveis, o mistério e o desenvolver do suspense chamam a atenção sem deixar de lado questões valiosas sobre o mundo jurídico, político e a sociedade.

REFERÊNCIAS

BETTIOLI, Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERNANDES, Sabrina. *Se quiser mudar o mundo: um guia político para quem se importa*. São Paulo: Planeta, 2020.

COMUNICAÇÃO



CLÍNICA DE JUSTIÇA ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE EDUCAÇÃO JURÍDICA E PROMOÇÃO DE JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL

*Luana Caroline Rocha Silva**
*Vitória dos Santos Rosa***

Trata-se de um projeto de extensão, que atua de maneira complementar ao Núcleo de Prática Jurídica e ao Escritório Modelo de Assessoria Jurídica da Universidade Federal de Santa Catarina. Gomes (2019) pontua que as clínicas diferenciam-se dos núcleos de práticas jurídicas devido a sua atenção mais ampla aos litígios coletivos e estruturais do que individuais e, ainda, por terem maior flexibilidade na escolha dos casos, na forma de atuação e na composição das equipes. Diante disso, o projeto visa promover o ensino da prática e a prestação de assessoria jurídica à população no que tange a defesa dos direitos socioambientais, bem como a concretização do artigo 207 da Constituição Federal, com a indissociabilidade de ensino, pesquisa e extensão.

Em sua atuação, a Clínica possui cinco linhas de práticas: a) participação democrática; b) saúde e agrotóxicos; c) biodiversidade e espaços especialmente protegidos; d) direitos animais; e) litigância climática. Sendo escolhidas devido suas grandes relevâncias e pertinências no que se refere às pesquisas desenvolvidas pelo grupo.

A participação democrática diz respeito a um direito procedimental ambiental, o qual ganhou visibilidade na literatura jurídica americana na década de 1970, sendo incluída ao direito brasileiro através de normas que asseguram o direito da comunidade de serem informados previamente sobre impactos ambientais, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema (EIA/RIMA). Além disso,

***Acadêmica da 4ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista Proex, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5035929315940874>. E-mail: luanacaroliner@gmail.com**

****Acadêmica da 8ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista Proex, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2285315092885446>. E-mail: vtrsrosa@gmail.com**

Informações sobre o projeto de extensão: A Clínica de Justiça Ecológica é vinculada ao Grupo de Estudos "Observatório de Justiça Ecológica". Foi criada em meados de 2019, no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), em Florianópolis. Atualmente é constituída por seis professores, uma colaboradora, duas estudantes de graduação, duas mestrandas e seis doutorandos.



a legislação brasileira determina que os órgãos ambientais que promovem licenciamento devem possuir um Conselho de Meio Ambiente a fim de assegurar a participação da comunidade nas questões acerca do tema.

No que diz respeito a saúde e agrotóxicos, item “b”, vale ressaltar que o Estado brasileiro, devido às suas legislações que permitem o uso de substâncias químicas, é o país que mais consome agrotóxicos no mundo (CARVALHO; NODARI; NODARI, 2017), representando um quinto dos agrotóxicos mundiais (BOMBARDI, 2017).

O estudo acerca do tema é de grande importância devido à sua relação com a justiça ambiental, a qual busca estudar a deslocação dos impactos negativos desse uso para os países menos favorecidos no aspecto econômico, em suma pertencentes ao Sul global, fazendo com que a população desses países sofram drasticamente com os prejuízos ambientais causados pelo funcionamento dos agrotóxicos e outros poluentes químicos.

Nesse sentido, ressalta-se a atuação da Clínica na representação de organizações não governamentais que ingressaram como *amicus curiae* em uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o Instituto de Meio Ambiente (IMA), e os municípios de Palhoça e Paulo Lopes, a qual busca a condenação dos réus pelo lançamento de agrotóxicos e esgoto doméstico no Rio da Madre. As ONGs, assessoradas pela clínica, para além dos pedidos do MP, propuseram uma transição agroecológica para uma zona livre de agrotóxicos.

Ainda, a Biodiversidade e espaços especialmente protegidos estão dispostos na Constituição Federal de 1988, a qual determina que todos os estados brasileiros devem definir os espaços territoriais a serem especialmente protegidos.

Por isso, nessa linha de pesquisa, o grupo promoveu a elaboração de um pedido de *amicus curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5385, em novembro de 2018, versando sobre a recategorização do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro. O Parque foi criado em meados de 1975 para proteger a grande biodiversidade na região de Florianópolis, tornando-se, assim, a maior unidade de conservação estadual do Estado de Santa Catarina.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade supramencionada, foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de questionar os artigos (4º, caput e II, e 12º a 15º) da Lei 14.661/2009, de SC, que redefiniu os limites do parque, diminuindo de 87.405 para 84.130 hectares. A ação destaca que a lei violou a Constituição Federal e não observou a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, a qual define que deve haver consulta prévia à comunidade.

No que tange aos direitos dos animais e levando em consideração o avanço sobre o conhecimento das questões de ética em relação ao uso de animais para as mais diversas atividades humanas, a clínica busca realizar estudos e pesquisas acerca do tema.

Nesse sentido, é importante mencionar que houve um progresso significativo na discussão sobre a temática. O movimento que luta pelo direito dos animais passou a posicionar-se de maneira impactante na mídia e na sociedade, ganhando visibilidade através de campanhas contra o uso de experiências animais, e levando à adesão de políticas públicas e edição de normas que visem assegurar o direito dos animais.

Diante disso, o Município de Florianópolis adotou algumas mudanças significativas a fim de estabelecer e assegurar tal direito. Entre elas, vale citar a criminalização de maus-tratos desenvolvida com base na Lei dos Crimes Ambientais e através da Diretoria de Bem-Estar Animal (DIBEA), o município alterou a Lei n. 10.422/2018 e decretou a proibição do confinamento, acorrentamento ou alojamento inadequado de animais.

O item “e” das linhas de atuação da Clínica, refere-se ao estudo e pesquisa acerca da litigância climática, a qual se desenvolve por meio de uma estratégia, cujo objetivo é levar ao Poder Judiciário uma provocação para fins de cumprimento e observância de políticas de enfrentamento aos impactos e mudanças climáticas.

Nesse sentido, destaca-se a atuação do grupo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 708, que apresentou um memorial ao Supremo Tribunal Federal (STF) com a finalidade de contribuir com a audiência pública na ação mencionada. A ADPF busca investigar o descumprimento do preceito fundamental decorrentes de má gestão na Política Nacional de Mudança do Clima, estabelecida pela Lei 12.187/2009.

Oportuno citar, ainda, a assessoria desenvolvida pelo grupo em defesa da Lagoa da Conceição (Autos n. 5012843-56.2021.4.04.7200), a qual busca discutir os casos de litigância climática, além de requerer o estabelecimento de órgãos administrativos para estabelecer medidas de enfrentamento às mudanças climáticas. Destaca-se, nesse sentido, a decisão que acolheu o pedido liminar na Ação Civil Pública (ACP) da Lagoa da Conceição, em que se reconheceu a existência de um problema estrutural de violação de direitos ambientais e ecológicos da Lagoa da Conceição de forma sistêmica e instituiu a Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição.



Ainda, levando-se em consideração a instrumentalidade da Clínica de Justiça Ecológica no que tange à promoção do ensino jurídico, é importante ressaltar as atividades de educação jurídica promovidas. Voltadas à justiça ecológica, destaca-se o acontecimento de três Seminários promovidos pela Clínica: "Direito Ambiental, Agrotóxicos e a Ecologização do Direito", "Áreas protegidas e participação democrática" e "Protegendo o meio ambiente através dos Direitos Humanos", que ocorreram respectivamente nos anos de 2019, 2020 e 2021.

Ante o exposto, além de capacitar os cidadãos para o enfrentamento da violação dos direitos socioambientais, a Clínica busca promover a justiça ecológica ao auxiliar no enfrentamento aos conflitos socioambientais, por meio de assessoria jurídica, bem como na formação (técnica e ética) dos acadêmicos por meio da educação jurídica.

REFERÊNCIAS

BOMBARDI, Larissa Mies. *Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e conexões com a União Europeia*. São Paulo: Ffch - Usp, 2017.

BRASIL. Lei 9605/1998. Art. 32. *Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos*.

CARVALHO, Miguel Mundstock Xavier de; NODARI, Eunice Sueli; NODARI, Rubens Onofre. "Defensivos" ou "agrotóxicos"? História do uso e da percepção dos agrotóxicos no estado de Santa Catarina, Brasil, 1950-2002. *História, Ciências, Saúde*, Rio de Janeiro, v.24, n.1, jan.-mar. 2017, p. 75-91.

FLORIANÓPOLIS. *Lei n. 10.422, de 26 de julho de 2018*. Diário Oficial de Florianópolis, SC, 31 jul. 2018. Define-se como maus-tratos e crueldade contra animais as ações diretas ou indiretas, capazes de provocar privação das necessidades básicas, sofrimento físico, medo, estresse, angústia, patologias ou morte.

GOMES, J.C.A.. *Nas encruzilhadas: limites e possibilidades do uso do litígio estratégico para o avanço dos direitos humanos e para a transformação social*. Revista Direito e Práxis, v. 10, n. 1, 2019. p. 389-423.

ACADÊMICA





A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE APPLICATION OF THE OFFENSIVE PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Lucas de Almeida Bacelar**
*Paulo Fernandes Vieira***

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar e discutir o princípio da ofensividade no ordenamento jurídico do Brasil, em especial no âmbito do Direito Penal, fundando-se nas doutrinas e jurisprudências brasileiras, como também nas doutrinas italianas. Neste trabalho, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, desenvolvida pela análise aprofundada de doutrinas, normas e jurisprudências do Direito. Na discussão deste artigo, será tratado sobre o surgimento do princípio da ofensividade na Itália, em meio ao período fascista vivido na época, e o desenvolvimento e adequação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, será explorada a influência da reorganização do Estado italiano no período pós-fascismo (1948), como também o advento, e posterior desenvolvimento, do princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, na legitimação da norma penal incriminadora. Por fim, será observada a aplicação de tal princípio em determinados casos concretos, como no entendimento de determinados tribunais superiores e tribunais de justiça estaduais, considerando a presença implícita deste princípio na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da ofensividade. Princípio da lesividade. Norma penal.

*Graduando do 6º período em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Monitor de Direito Penal I pela UFU em 2021.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8427600509109953>. E-mail: lucasalmeidabacelar007@gmail.com.

**Graduando do 5º período em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Monitor de Direito Penal I pela UFU em 2022.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0281382405999299>. E-mail: paulovieira16@outlook.com.br.

Abstract: This article aims to analyze and discuss the offensiveness principle in Brazil's legal system, especially in the context of Penal Law, relying on Brazilian doctrines and jurisprudence, as also in Italian doctrines. In this work, was used the bibliographic research methodology, which was developed by the in-depth analysis of the Law's doctrines, norms and jurisprudence. In this article's discussion, it will be addressed the emergence of the offensiveness principle in Italy, in the midst of the fascist period lived at the time, and the (development and adequacy of the principle in the Brazilian legal system. In this sense, it will explore the influence of the Italian State's reorganization in the post-fascism period (1948) in the advent, and subsequent development, of the offensiveness principle, also known as harmfulness principle, in the legitimation of the incriminating criminal norm. Finally, the application of this principle will be observed in certain concrete cases, as in the understanding of some of the higher and state courts of law, considering this principle's implicit presence in Brazil's Federal Constitution of 1988.

Keywords: Penal Law. Offensive principle. Harmfulness principle. Criminal norm.

1. INTRODUÇÃO

No Direito Penal, há diversas leis e princípios que regem a aplicação do jus puniendi estatal (poder-dever de atuação do Estado frente à exclusividade de fazer incidir o Direito Penal diante dos conflitos sociais), este que é um dos principais objetos de estudo, bem como a principal ferramenta de concretização, deste âmbito do Direito (COELHO, 2020, p. 345).

Com isso, nota-se que tais princípios penais podem transcender um ordenamento jurídico de determinado Estado, e acabar por influenciar os ditames de sistemas normativos jurídicos de outros países.

Este é o caso do Princípio da Ofensividade, também conhecido como Princípio da Lesividade, que trata sobre a proibição da cominação, execução e aplicação de penas, e medidas de segurança, nos casos em que a lesão contra determinado bem jurídico é irrelevante. Em relação a tal princípio, pode-se observar a capacidade de transnacionalidade das normas penais, tendo em vista que o mesmo foi desenvolvido tanto na conjuntura do ordenamento jurídico da Itália, quanto no Direito brasileiro (SANTOS, 2014).

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar o surgimento de tal norma principiológica no contexto histórico italiano, visto a forte influência do fascismo de Mussolini na formação, como também no posterior desenvolvimento, das normas penais incriminadoras daquela época.



Diante disso, também é abordado no texto o período pós-guerra, no qual o ordenamento jurídico italiano determinou a exclusividade da tutela penal estatal para tão somente os bens jurídicos que sofressem algum tipo de lesão concreta, ou sua ameaça. Além disso, é discorrido o debate doutrinário acerca do conceito de tal princípio, bem como a adoção e aplicação no Direito Penal.

Seguindo essa linha, é posta sob análise a presença e influência do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico brasileiro, em que é verificado que tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no atual Código Penal, em seu artigo 13, *caput*¹, o princípio da lesividade se faz presente, aduzindo que não há crime sem seu respectivo resultado jurídico.

Ainda, é exposto o debate doutrinário acerca da influência do princípio da ofensividade nos crimes de perigo abstrato, sendo estes os que não exigem lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Como também, é posta sob análise a jurisprudência das cortes do Brasil acerca do princípio trabalhado, no qual são apreciados os entendimentos de diversos julgados de tribunais superiores, estes sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), além da análise de entendimentos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O pensamento jurídico entende que a principal missão do Direito Penal, atualmente, está na proteção de bens jurídicos. Isto porque, entende-se que não há delito sem que haja lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico protegido. Conhecido ainda como princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, é um princípio comum às obras de Beccaria na forma: “É melhor prevenir os crimes do que puni-los [...]. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas.” (BECCARIA, 2002, p. 67).

Com isso, é de suma relevância explicar sobre o conceito desse instituto conhecido como “Bem Jurídico”. Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 63), notório jurista português, assevera que o conceito de bem jurídico se dá pela “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridi-

¹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (BRASIL, 1940).

camente reconhecido como valioso”.

Isto posto, observa-se então que tal princípio estudado determina que para se tipificar algum crime, é necessário que haja perigo, real e efetivo, de dano a um bem jurídico alheio protegido. Nesse sentido, nota-se a fundamental importância do bem jurídico em relação ao a vedação à incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a autolesão e sentido teleológico da norma penal incriminadora pois, se não há bem jurídico, não há porquê punir e, portanto, não há sentido em existir a norma penal. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 546), quando não há o bem jurídico tutelado, entramos num formalismo legal, ou em uma jurisprudência de conceitos.

Diante disso, verifica-se a impossibilidade de punição de atos que não sejam lesivos a bens jurídicos alheios. O Estado não poderá punir aquele que se auto lesionar, como exemplo, não se pune uma pessoa por fazer tatuagem em seu corpo. Nilo Batista (1984, p. 93) assevera que a tentativa de suicídio, fazem parte de uma série de funções primordiais do princípio da ofensividade .

Dessarte, pode-se afirmar que tal princípio se baseia na ideia de proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, pois com a consagração do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada no texto constitucional (artigo 5º, inciso X, Constituição Federal do Brasil de 1988)², a intervenção penal estatal que reduz tal direito fundamental positivado, sem qualquer finalidade social ou de garantia dos objetivos da República Federativa do Brasil expressos no artigo 3º da Carta supracitada³, pode ser considerada, em regra, inconstitucional (ARÊDES, 2011, p. 38).

Ou seja, o princípio da lesividade não é capaz de criminalizar a autolesão devido ao fato que tal conduta não é considerada pelo Direito brasileiro como ofensa

2 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - 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; (BRASIL, 1988).

3 Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).



a algum bem jurídico tutelado pelo Estado, tendo em vista que a tutela do bem jurídico do autor da autolesão pertence a este, com base em seu direito fundamental da intimidade e da vida privada.

Outrossim, este princípio ganhou força principalmente na Itália, no pós-segunda guerra mundial, com uma concepção realística do delito. A influência do fascismo de Mussolini estava inserida em diversas normas penais incriminadoras do Código Penal italiano, as tornando normativamente rigorosas, com punições por mera desobediência ou de caráter puramente moral. Por conta disso, na democratização do período pós-guerra, a doutrina de tal país fortaleceu a necessidade de adoção da tese do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico da Itália, para se ter a legitimação do tipo penal incriminador, dado o contexto político vivido no país. Com isso, observa-se então que o princípio da ofensividade foi desenvolvido como uma espécie de controle democrático e alinhado à fundamentação constitucional do direito penal (MACHADO, 2014).

Com isso em consideração, é importante constar a fundamental prestação de Franco Bricola, citado por Ferrajoli (2006, p. 474), na legitimação constitucional das leis penais e a inclusão do princípio de “tipicidade substancial” no Código Penal Italiano, determinando que um fato típico que não lesasse o interesse tutelado, não seria punível.

Nesse sentido, a constituição italiana firmou o entendimento de que apenas os bens tutelados na própria constituição seriam objeto de tutela penal. Dessa forma, a lei penal incriminadora só poderia impor pena em situações de lesão a bens jurídicos equivalentes à liberdade. À vista disso, quando uma lei penal incriminadora é promulgada, sem que seja observada a tutela de bens presente na constituição ou que tenha relevância a bens presentes nela, deverá essa lei ser considerada inconstitucional. Ferrajoli (2006, p. 435-436) sustenta que:

É certo que nossa Constituição, ainda que sujeitando o conteúdo das proibições penais ao respeito a outros princípios (da liberdade, da igualdade etc.), não contém norma alguma que enuncie expressamente a garantia de lesividade. Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.

Em vista disso, o princípio da ofensividade afasta a possibilidade de criação de norma penal incriminadora baseada apenas em fundamentos morais ou apenas na reprovação social do fato, já que, se tal norma fundada na moral não lesionar, ou ameaçar de lesão, qualquer bem jurídico, ela não será legítima. O Direito Penal

inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância ainda com a concepção de que a pena – tal como assinalam os doutrinadores da filosofia iluminista: Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham etc. – deve ser necessária e mínima se justificando como a prevenção de novos delitos.

Por isso, tem-se a importância dada por alguns autores funcionalistas ao conceito de bem jurídico, pois a tutela penal do bem jurídico somente tem importância se o conceito de tal instituto for analisado juntamente à ofensividade mínima que se exige para a caracterização da tipicidade material do delito.

Nessa linha, o professor Luiz Flávio Gomes (2002, p. 89) ensina:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).

Dessa forma, observa-se que somente as ofensas intoleráveis e que de fato podem causar repercussões visíveis à convivência social é que devem ser incriminadas. O jurista Zaffaroni (1973, p. 226) ressalva que:

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.

Como dito anteriormente, no Direito Penal brasileiro o princípio da ofensividade é posto, ainda que de forma implícita, na Constituição Federal e também no Código Penal em seu artigo 13, que aduz não existir crime sem resultado, ou seja, o resultado jurídico – a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico – é parte fundamental do injusto penal (BRASIL, 1940, 1988). Portanto, verifica-se que tal princípio também é designado como *nullum crimen sine iniuria* (não há crime sem ofensa).

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 26) “o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão”, sendo em primeira dimensão a análise qualitativa, em outras palavras, a natureza do bem jurídico lesionado, e em segundo momento do ponto de vista quantitativo, que objetiva a extensão do bem jurídico lesionado.



Ao analisar a dimensão qualitativa, que se refere à natureza do bem jurídico, o princípio da ofensividade aponta que não é possível que se criminalize liberdades constitucionais, pois estão acima de qualquer restrição da legislação penal. Se tratando do ponto de vista quantitativo, o princípio da ofensividade afasta a possibilidade de criminalização de lesões irrelevantes aos bens jurídicos. A doutrina entende que o princípio da lesividade é uma expressão positiva do princípio da insignificância no direito penal.

Dito isso, é válido observar que o princípio da ofensividade pode ser verificado como uma forma de orientação à atividade legiferante, pois dá ao legislador fundamentos para elaboração do tipo penal, exigindo que a conduta proibida pela norma tenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos.

No entanto, este fator também pode ser verificado sob a ótica a limitação do *jus puniendi* por meio da racionalização dos parâmetros de intervenção do Estado nos direitos individuais. Ademais, vê-se o princípio da ofensividade como um limitador do poder punitivista do Estado, direcionado tanto ao legislativo como também ao judiciário. Logo, ao verificar a regra constitucional *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*, a observância à lesão ou possível lesão do bem jurídico tutelado durante a atividade legiferante é fundamental e mostra-se como um rigoroso limite ao legislador.

Nessa perspectiva, o princípio da ofensividade é visto como um limitador do *jus puniendi*, pois cria demarcações ao legislador e ao aplicador do direito para que possam nortear o Direito Penal em condutas que coloquem em risco ou que levem à lesão do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

A despeito disso, um importante caso que pode ser vislumbrado como exemplo da ação limitadora do princípio da ofensividade ao *jus puniendi* é o caso “Lawrence v. Texas” do ano de 2003, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou como inconstitucional a lei de sodomia do estado do Texas, lei esta que tinha unicamente fundamentos morais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003). A lei de sodomia, que não era exclusiva do estado do Texas e se fazia presente em mais doze estados, era uma lei fundada no ideal moral de que havia crime no fato das pessoas do mesmo sexo se relacionarem afetivamente, isentando-se da existência de lesão ou risco de lesão a um bem jurídico alheio, ou seja, afastando a observância do princípio da ofensividade.

Isso posto, é possível verificar a estreita ligação do princípio da ofensividade com o princípio da materialidade do fato, este que se trata da necessidade de exte-

riorização de uma conduta, para a possibilidade de atuação da intervenção penal. Em suma, se trata da proibição de se punir a vontade, a ideia, as condutas internas ou o modo de ser dos indivíduos, sem que haja uma exteriorização lesiva a bens jurídicos.

Além disto, o princípio da ofensividade pode ainda ser observado como critério interpretativo, levando o intérprete a buscar nos casos concretos determinada lesividade ao bem jurídico protegido. Ainda que todos os limites traçados pelo princípio da ofensividade ao legislador sejam observados, a forma abstrata de tipos penais não impede que, em casos concretos, haja ausência de lesão a bens jurídicos.

Conforme os ensinamentos de E. Raúl Zaffaroni (ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 489), o emprego da legislação penal em situações que o legislador a utiliza para tranquilizar a opinião pública, sem que haja descrição de condutas que causem perigo concreto de lesão a bens jurídicos, e deste modo, promover o clientelismo político, devem ser consideradas inconstitucionais.

Em concordância com o exposto anteriormente, a atividade legiferante não está livre para criminalizar tudo aquilo que bem entender. Tal atividade deve ser orientada por certos critérios que determinarão a real necessidade de tutela pelo Direito Penal. Nesse sentido, cabe ao legislador observar os bens jurídicos penais e os princípios penais presentes na Constituição para salvaguardá-los em sua atividade legislativa.

Por conta disso, exsurge o princípio da proporcionalidade que, em consonância com o princípio da lesividade, constituem limitadores do *jus puniendi* e orientadores da atividade legislativa, além da atividade do aplicador do direito, em que defende a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada (BITENCOURT, 2020, p. 75).

Segundo Canotilho (2002), a proporcionalidade deve ser desdobrada no princípio da adequação social, este que versa sobre a exclusão do âmbito do injusto da conduta que não seja gerada em condições de previsibilidade de produção de um resultado típico (BITENCOURT, 2020, p. 67), e no princípio da necessidade, o qual dita sobre a necessidade da tutela penal somente quando se demonstra a ineficiência de outro meio de tutela menos restritivo de direitos fundamentais “liberdade” (WEYH, 2009, p. 214), após isso, deve-se verificar se a é conduta delituosa, e a consequente aplicação da medida penal proporcional ao fato (CANOTILHO, 2002).

Portanto, verifica-se a presença da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico alheio e posteriormente se a aplicação penal é proporcional às consequências ge-



radas pelo fato delituoso. Dito isso, é possível verificar que cabe ao Direito Penal tutelar apenas as ações que mais afetam o bem jurídico alheio e que comprometam o bem estar social. Por outro lado, entende-se também que o Direito Penal deve incidir proporcionalmente de dissonância à norma de proibição, evitando o punitivismo exacerbado, a fim de não ser mais danoso do que aquele que infringiu a norma penal. Sobre isso, Ferrajoli (2003, p. 427) diz que:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Atualmente, há um extenso debate na jurisprudência e na doutrina brasileira e mundial sobre a legitimidade das normas penais que tipificam crimes de perigo abstrato. Esse debate complexo conta com uma questão central: se os tipos penais de perigo abstrato são ou não adequados ao princípio da ofensividade.

Isso se dá, pois, como já foi tratado no presente artigo, o princípio da lesividade defende a tipificação penal, exclusivamente, de condutas que lesionam, ou ameacem de lesão, um bem jurídico tutelado e, com isso, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que defendem a inexistência de tal ameaça quando se trata de crime de perigo abstrato, já que tal ameaça não é efetivamente concreta, mas sim, um risco inadmissível de perigo para determinado bem jurídico, em que tal perigo não é controlável pelo autor da conduta (GRECO, 2004).

Exemplo dessa compreensão de ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato em face do princípio da ofensividade é a doutrina de Cezar R. Bitencourt (2000), na qual o jurista defende que o princípio da lesividade afasta a possibilidade de crime em perigo abstrato, como também defende a intervenção do Estado, utilizando-se do Direito Penal, somente quando há lesão, ou sua ameaça efetiva e concreta, a um bem jurídico tutelado, reprimindo a interferência estatal em casos de crime de perigo abstrato).

Bitencourt (2020, p. 61) acrescenta que:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante.

Destarte, o entendimento de Bitencourt é de que o controle de constitucionalidade da norma penal incriminadora diz respeito às normas em que não há nenhuma possibilidade de gerar dano ou risco de dano ao bem jurídico tutelado.

A discussão doutrinária também abarca a possibilidade de fundamentar a legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato no princípio da precaução, que trata da cautela legal antecipada, para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis (MILARÉ, 2015, p. 264), e dessa forma antecipar a sanção para condutas potencialmente lesivas. Um exemplo é o crime de porte de arma de fogo (artigo 14 da Lei n.º 10.826/2003)⁴, sendo um crime de perigo abstrato, pois não demonstra uma concretude de perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, mas sim, um risco presumido derivado da conduta.

No mesmo sentido, é preciso destacar que há entendimento no sentido de que o bem jurídico protegido pelo delito de porte de arma de fogo é a incolumidade pública, ou seja, a garantia de bem-estar e segurança de pessoas e, dessa forma, seria a sociedade vítima e o porte da arma um perigo potencial. Não obstante, ainda se tem uma vertente da doutrina que entende que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, levando-se em conta o princípio da ofensividade.

Claus Roxin (2006, p. 17 e 18) conceitua o bem jurídico:

Em um estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, a propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção de normas que subjazem a estas condições eu as denomino bens jurídicos .

4 Art. 14 - Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

[...]

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente (BRASIL, 2003).



Imperioso ressaltar que Luís Greco (2004, p. 10) aponta que nos crimes de perigo abstrato o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este pode ser o mesmo dos crimes de dano e de perigo concreto, como pode-se verificar no crime de porte de arma de fogo supradito, em que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, sendo este o mesmo bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador de perigo concreto do artigo 250, do atual Código Penal brasileiro (Crime de Incêndio)⁵.

Dito isso, observa-se que não são admissíveis crimes que existam para outro viés além de tutela de bens jurídicos. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 440) expõe que não pode haver criminalização de meras desobediências:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a 'fraude de etiquetas', consistente em qualificar como 'administrativas' sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

O ilustre autor acrescenta:

O mesmo pode-se dizer dos denominados 'crimes de perigo abstratos' ou 'presumido', nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Acerca disso, há uma divergência posta pelo doutrinador Luís Greco (2004, p. 7) que se refere à obrigatoriedade de existência de bem jurídico a ser tutelado, quando se tem a criminalização de uma conduta, sem, contudo, ser essa criminalização um arbítrio estatal. O autor expõe que:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus-tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.

⁵ Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem [...] (BRASIL, 1940).

Observa-se que a questão central posta por Greco (2004, p. 9) não é o que se protege, mas como se protege. O autor considera simplório o debate acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois entende que condutas que ofendam bens que não estão contidos nos considerados bens jurídicos são passíveis de proteção penal, sem qualquer problema.

Em síntese, nos casos em que a atividade legiferante não observar as orientações principiológicas da ofensividade, estes estarão em divergência com a Constituição. Então é possível verificar que o princípio da ofensividade não veta a possibilidade de o legislador criar normas penais incriminadoras fundadas na presunção de periculosidade da conduta ou normas de perigo abstrato, já que tal tipo de tipificação criminal visa a proibição de um risco de lesão inadmissível ao bem jurídico penalmente tutelado. Desta forma, entende-se que, em determinadas situações, os crimes de perigo abstrato, na verdade, buscam a antecipação da tutela penal para uma proteção efetiva dos bens jurídicos.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No que diz respeito ao princípio da ofensividade ser um dogma na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões no sentido da limitação às atuações legislativa e judicial do Estado. É o caso do Recurso Extraordinário n.º 583.523/RS de 2013, que declarou inconstitucional o artigo 25 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941⁶. Nas palavras do ministro relator Gilmar Mendes:

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com maior razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal. Desse modo, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar de delituosa a conduta do agente. Conforme ressaltai em voto acerca da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada (HC 104.410, de minha relatoria, DJe 27.3.2012), entendo que esta Corte deve consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de

⁶ Art. 25 - Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima [...] (BRASIL, 1941).



criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal. [...] Estou certo que o legislador, ao criar essa espécie de contravenção penal, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis resultados lesivos, com a clara intenção de evitar que novos crimes de furto fossem cometidos (BRASIL, 2013).

O ministro Gilmar Mendes ratifica o entendimento de que o princípio da ofensividade, além de limitar o *jus puniendi*, orienta o aplicador do direito em relação à lei penal e as circunstâncias ali estabelecidas pelo caso concreto. Além disso, o ministro expõe a justa relação do princípio da ofensividade com o princípio da proporcionalidade ao analisar um crime de perigo abstrato, o porte ilegal de arma de fogo, dessa vez corroborando os limites impostos pelo princípio tanto ao aplicador do direito, quanto à atividade legiferante.

No STJ, o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.290.257/RN (2018/0108948-0), sob relatoria da ministra Laurita Vaz, entendeu que no caso em questão:

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o delito previsto no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003 é crime de perigo abstrato que presume dano à segurança pública, sendo desnecessária a comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado". E por fim citou alguns julgados no mesmo sentido como: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO. ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA 7/STJ. ART. 15 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO." O disparo de arma de fogo em local habitado configura o tipo penal descrito no art. 15 da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume o dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado (ut, AgRg no AREsp 684.978/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 12/12/2017). Agravo regimental improvido [...] (BRASIL, 2019))

O STJ, durante o julgado citado acima, entendeu que o art. 15 da Lei n.º 10.826/2003⁷, que trata de disparos de arma de fogo ou acionamento munição em lugar habitado, ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime, como exemplo um crime de perigo abstrato, e que dispensa a necessidade de se comprovar a lesão de determinado bem jurídico protegido, pois seria um crime de dano à segurança pública.

⁷ Art. 15 - Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime [...] (BRASIL, 2003).

A corte sob relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, ainda pelo STJ, julgou o Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.º 684.978/SP, que se tratava de disparo de arma de fogo em local habitado, no mesmo sentido do julgado pela ministra Laurita Vaz:

O disparo de arma de fogo em local habitado configura o tipo penal descrito no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume o dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado. [...] Para acolher o pleito defensivo e absolver o réu, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (BRASIL, 2017).

Com a mesma linha argumentativa, o ministro Geraldo Og Fernandes do STJ, que fora relator do Habeas Corpus n.º 234.637/SP (2012/0040018-3), tratando-se novamente de disparo por arma de fogo, também entendeu que nestes casos não seria necessário a comprovação da efetiva lesão ao bem jurídico, em suas palavras:

Ainda que superado tal óbice, melhor sorte não assistiria à paciente, pois sua conduta se amolda ao artigo 15 da Lei n.º 10.826/2003, que se caracteriza como crime de perigo abstrato ou presumido, sendo desnecessária a comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2013).

Assim, fica evidente o entendimento do STJ de que há possibilidade de crimes abstratos, pois é colocada em risco pelo disparo da arma de fogo, pelo menos nos casos supracitados, a segurança coletiva, ou seja, presume-se o risco e se busca evitar a concretude da ação por meio de um tipo penal incriminador.

Já o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 113.295/SP, que se tratava de um paciente que portava consigo apenas munições de arma de fogo, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que: “Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação” (BRASIL, 2012). Dessa forma, o ministro da Suprema Corte apontou que não havia risco abstrato e nem concreto para que se caracterizasse crime. Não havia ofensa nem ao coletivo e nem a um bem jurídico tutelado.

O ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n.º 185.974/SC do STF, que se tratava da posse de duas munições de arma de fogo, teve o mesmo entendimento do julgado supracitado sob relatoria do ministro Lewandowski de que não havia potencialidade lesiva e, portanto, não havia perigo abstrato. Luiz Flávio Gomes ensina:



O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade deste objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados 'crimes de posse' é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma (BRASIL, 2020).

Já no STJ, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.621.389/RS, sob relatoria do ministro Rogério Schietti, que se tratava de posse de munição de arma de fogo, o agravante requereu a absolvição sob o argumento de que os princípios da ofensividade e da insignificância incidiam nos tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento, como pode-se ver pela argumentação abaixo:

[...] os princípios da ofensividade e da insignificância [...] possuem, sim, incidência em relação aos delitos estabelecidos no Estatuto do Desarmamento [...] sobretudo em razão do fato de que a quantidade de munição apontada como sendo do petionário é ínfima e não estava acompanhada (mediata ou imediatamente) de arma de fogo (BRASIL, 2017).

No entanto, o ministro relator não entendeu dessa forma e negou provimento ao agravo, pois segundo Schietti o porte ilegal de munição de arma de fogo, ainda que não associado a alguma arma de calibre compatível, é lesivo à segurança pública e compromete a paz social, sendo assim, configura-se crime.

A ministra Cármen Lúcia, do STF, no julgamento do Habeas Corpus n.º 106.068/MG, que tratava de uma tentativa de furto simples, concedeu ordem nos seguintes termos:

[...] A tentativa de furto de tubos de pasta dental e barras de chocolate, avaliados em trinta e três reais, não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade [...] (BRASIL, 2011).

Ainda, nota-se que a ministra aponta a relação entre o princípio da insignificância e o princípio da ofensividade, visto que foi uma tentativa de furto (de pequeno valor) e que não gerou risco concreto a algum bem tutelado.

Outro caso julgado pelo STF que aborda a questão do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico brasileiro foi o Habeas Corpus n.º 93.820/MS, decidido

sob a relatoria do ministro Celso de Mello, que tratava de posse de arma de fogo desmuniçada e que, portanto, não estaria apta para uso imediato. O ministro salientou que em seu entendimento o fato concreto revela-se destituído de potencialidade lesiva a conduta daquele que, embora possuindo arma de fogo totalmente sem munição, não dispõe de acesso imediato à munição, não resultando, por isso mesmo, de tal comportamento, qualquer evento penalmente relevante, eis que, presente esse contexto, deixa de configurar-se situação imputável ao autor do fato que caracterize a criação ou a provocação causal, por ele próprio, de um estado de risco relevante e proibido (BRASIL, 2013).

Pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.392.567/PR, que se tratava de crime de tráfico internacional de munição, o ministro relator Felix Fischer apontou que o ilícito de tráfico internacional de munição, tipificado no artigo 18 da Lei n.º 10.826/03⁸, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social. Sendo assim, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada da respectiva arma de fogo. Nesse sentido, o ministro acolheu o entendimento já firmado pela corte e outros processos de que esse tipo de crime coloca em risco a segurança pública e gera perigo a bens jurídicos tutelados (BRASIL, 2017).

Já a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), no julgado de Apelação Criminal n.º 1.0511.12.000146-2/001, entendeu que no caso concreto no qual o cidadão fora encontrado com uma arma garrucha calibre “.22”, não poderia se aplicar o princípio da ofensividade (no sentido de que apenas portar a arma e não lesionar nenhum bem jurídico não se configura delito), pois o simples porte da arma de fogo de uso permitido já configura o delito do art. 14 da Lei n.º 10.826, independente da ocorrência do perigo lesivo, restando afastado a aplicação do princípio da mínima ofensividade (MINAS GERAIS, 2013).

Ainda referente ao TJMG, sua 7ª Câmara Criminal decidiu no julgamento da Apelação Criminal n.º 1.0145.19.025565-6/001, que o caso concreto que envolvia pequenas quantidades de entorpecentes tinha como ausente a ofensividade ao bem jurídico penalmente protegido. Nas palavras do relator:

Não se alegue ainda que a conduta de Ervi é materialmente atípica pela ausência de lesividade/ofensividade (princípio da insignificância), tendo em vista supostamente não haver lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, na medida em que tal matéria já se encontra pacificamente decidida

⁸ Art. 18 - Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente [...] (BRASIL, 2003).



na jurisprudência nacional:(HC 141500, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-2019) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar-se em incidência do princípio da insignificância na espécie, porquanto inaplicável, nos termos da jurisprudência, ao delito de tráfico ilícito de drogas, na medida em que se trata de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente (MINAS GERAIS, 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto, é possível verificar a notória importância do princípio da ofensividade no Direito Penal, tanto brasileiro quanto de outros países, visto que tal princípio se encontra em debate doutrinário e jurisprudencial frequente desde seus primórdios da época do Iluminismo.

Ademais, nota-se a relevância que a doutrina italiana no contexto pós-guerra teve no desenvolvimento do princípio estudado, em que esta foi responsável por diversas mudanças na forma de tutela penal do Estado italiano, dado o período político vivido na Itália no período fascista, no qual não havia distinção entre o direito e a moral, o que, de certa forma, banalizou a normatização penal. Com esse entendimento, o jurista Francesco C. Palazzo (apud MACHADO, 2014, p. 178) defende que tal princípio “é um produto tipicamente italiano, ou pelo menos na sua elaboração, a doutrina italiana pode reivindicar méritos especiais”.

Além, se tratando da atuação do princípio trabalhado, pode-se concluir que este detém uma ação dualista, sendo o primeiro plano encarregado de limitar o *jus puniendi* estatal nos momentos *a priori* da elaboração das normas criminais, e o segundo responsável por racionalizar a aplicação *a posteriori* da norma penal pelo magistrado, servindo de critério interpretativo, em que este princípio compele o intérprete da lei a buscar em cada caso concreto fundamental ofensa ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2020).

Porém, como afirmado acima, ainda há divergências na discussão sobre a aplicação do princípio da lesividade, principalmente quando se trata da relação deste princípio com os crimes de perigo abstrato. Contudo, há juristas que já buscam a solução para essa divergência doutrinária, defendendo que o caminho correto para a pacificação da relação entre o princípio tratado por este artigo e a legitimação

dos crimes de perigo abstrato está numa detalhada análise de tal tipo de crime e no desenvolvimento de critérios específicos de sua legitimidade, bem como na distinção de alguns grupos de casos de crimes de perigo abstrato, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulado, para se ter uma enunciação dos requisitos de legitimidade que cada qual tem de atender, para serem efetivos no ordenamento jurídico (GRECO, 2004).

Esse entendimento de legitimidade das normas penais de perigo abstrato também é observado na jurisprudência, como pode ser visto nos julgados supra mencionados. Também, ao verificar a jurisprudência, e perceber que a grande parte dos julgados que tratam sobre o princípio da ofensividade são de crimes de perigo abstrato e considerando a ampla discussão doutrinária acerca da matéria, é possível afirmar que a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, em face do princípio da lesividade, deve ser observada em cada tipo penal e caso concreto, para se ter uma efetiva e legítima ação jurisdicional.

Portanto, é de se concluir que em um Estado Democrático de Direito, este que intrinsecamente tem por objetivo a garantia do poder popular e da proteção social e individual dos seres humanos, estes que são dignos de direitos por natureza, é de suma importância a existência de um instituto que tem como função a defesa de tais garantias democráticas, e é passível de se afirmar que tal instituto que desempenha esse encargo basilar no ordenamento jurídico brasileiro é o Princípio da Ofensividade, ao limitar a punição estatal e nortear a atividade jurisprudencial do magistrado.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, S. N. O Princípio da Ofensividade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista CEJ. Brasília, Ano XV, n. 55, out./dez. 2011, p. 36-45. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28716.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BATISTA, N. Temas de Direito Penal. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BECCARIA, C. Dos delitos e das penas. São Paulo: M. Fontes, 2002. ISBN: 9788546902880.

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, P. C. Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,



DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1290257/RN. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Penal. Art. 15 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Suspensão condicional da pena. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. Impossibilidade. Art. 77, inciso III, do Código Penal. Agravo Regimental desprovido. Relatora: Min. Laurita Vaz, 19 de março de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801089480&dt_publicacao=01/04/2019. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.º 684978/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Art. 15 da lei n.º 10.826/2003. Absolvição. Impossibilidade. Necessidade de reexame de provas. Súmula nº 7 do STJ. Agravo Regimental não provido. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861307617/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-684978-sp-2015-0074545-0>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1621389/RS. Agravo Regimental no Recurso Especial. Posse ilegal de munição de uso permitido. Art. 12 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Insignificância. Inaplicabilidade. Recurso não provido. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 de junho de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602197359&dt_publicacao=01/08/2017. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n.º 234637/SP. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Não conhecimento. Disparo de arma de fogo. Tipicidade da conduta. Constrangimento ilegal não evidenciado. Relator: Min. Og Fernandes, 09 de abril de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115711/habeas-corpus-hc-234637-sp-2012-0040018-3-stj/inteiro-teor-23115712>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Especial n.º 1392567/PR 2013/0248703-3. Penal. Recurso Especial. Tráfico internacional de munição. Art. 18 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato Momento consumativo. Fiscalização pela zona alfandegária. Caracterização do conatus. Fração de redução pela tentativa. Impossibilidade. Reexame dos elementos fático-probatórios. Súmula 7 do STJ. Relator: Min. Felix Fischer, 25 de

abril de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465718000/recurso-especial-resp-1392567-pr-2013-0248703-3/relatorio-e-voto-465718025>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 185974/SC. Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Posse de duas munições de uso permitido (art. 12) desacompanhadas de arma de fogo compatível com a sua utilização. Princípio da ofensividade e Direito Penal. “Nullum crimen sine injuria”. O debate em torno dos crimes de perigo abstrato. Doutrina. Comportamento do agente que não caracterizou, no caso, situação de perigo concreto. Fundamento suficiente para a concessão da ordem de “habeas corpus”. Existência, no entanto, de entendimento diverso desta Corte em tema de crimes de perigo abstrato. Princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Incidência, na espécie, do postulado da insignificância, que se qualifica como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal em sua dimensão material. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria concernente ao Estatuto do Desarmamento. “Habeas corpus” deferido. Relator: Min. Celso de Mello, 03 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941165140/agreg-no-habeas-corpus-hc-185974-sc-0093376-5320201000000/inteiro-teor-941165140>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus n.º 106068/MG. Habeas Corpus. Constitucional. Processo Penal. Tentativa de furto simples. Excepcionalidade da Súmula n. 691 do STF. Inexistência de lesão a bem juridicamente protegido. Princípio da Insignificância: incidência. Precedentes. Ordem concedida. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 14 de junho de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626201/habeas-corpus-hc-106068-mg-stf/inteiro-teor-110025033>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 93820/MS. “Habeas Corpus” – Posse de arma de fogo – Objeto desmuniado – Ausência de possibilidade de uso pronto e imediato da arma – Potencialidade lesiva independente da disponibilidade da imediata utilização de referido instrumento – Conduta caracterizadora do tipo penal em questão (lei nº 10.826/2003, art. 12), ressalvada a posição pessoal do relator desta causa, que entende inoportunidade situação configuradora de tipicidade penal – Condenação criminal pela conduta de possuir arma de fogo, de uso permitido, em desacordo com determinação legal – Extinção da punibilidade, no entanto, em razão da permissão de entrega espontânea no período de “vacatio legis” – “Abolitio criminis” temporária devidamente comprovada – Atipicidade penal quanto a esse aspecto – Invalidação da sentença penal condenatória – Pedido deferido. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24808237/habeas-corpus-hc-93820-ms-stf/inteiro-teor-112281451>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 113295/SP. Penal. Habeas Corpus. Porte de munição. Atipicidade da conduta. “Abolitio Criminis” temporária. Matéria que não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Ausência de lesividade da conduta. Inteligência do art. 14 da lei 10.826/2003. Tipicidade reconhecida. Crime de perigo abstrato. Writ parcialmente concedido e, nessa extensão, denegada a ordem. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de novembro de 2012. Disponível



em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22816504/habeas-corpus-hc-113295-sp-stf/inteiro-teor-111040341>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n.º 583523/RS. Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de outubro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342665/recurso-extraordinario-re-583523-rs-stf/inteiro-teor-159438332>. Acesso em: 13 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, E. M. Prescrição Penal como limite ao poder-dever punitivo estatal. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 339-360, jul. - set. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i60.4185>. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur-UNICURITIBA_n.60.15.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

DIAS, J. F. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. LAWRENCE et al. v. TEXAS. Court of Appeals of Texas, Fourteenth District. 2003. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/02-102.htm>. Acesso em: 24 jul. 2022.

FERRAJOLI, L. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, L. F. Critérios determinantes do princípio da insignificância. Tribuna, [S. l.], p. 1-1, 03 jan. 2005. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/criterios-determinantes-do-principio-da-insignificancia/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

GRECO, L. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista dos Tribunais Online. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 12, n. 49, jul.-ago., 2004.

GOMES, L. F. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

GRECO, L. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

JUNQUEIRA, G. Direito penal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, F. G. P. et al. Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. p. 177-189. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

MILARÉ, É. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 1.0145.19.025565-6/001. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Preliminar. Atipicidade da conduta. Matéria atinente ao mérito recursal. Absolvição. Insuficiência probatória. Inviabilidade. Conjunto probatório robusto. Ausência de lesividade/ofensividade. Não reconhecimento. Redução da pena. Necessidade. Superada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento aos recursos. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.19.025565-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 1.0511.12.000146-2/001. Apelação criminal - Porte de arma de fogo desmuniada - Conduta típica - Não aplicação do princípio da ofensividade. A simples conduta de portar arma de uso permitido configura o crime do artigo 14 da Lei 10.826/03, independentemente da ocorrência de efetivo perigo, o que afasta a aplicação do princípio da ofensividade. Relatora: Des. Denise Pinho da Costa Val, 24 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0511.12.000146-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. vol. único. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

ROXIN, C. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, C. Derecho penal: parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.



SANTOS, J. C. Direito Penal: parte geral, 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

WEYH, D. P. O Princípio da Necessidade Penal: um estudo acerca da sua eficiência a partir da análise da tutela jurídica da ordem econômica em sentido estrito. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, p. 214-221, 2009. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/72198-DEBORA_POETA_WEYH.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

ZAFFARONI, R. E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. Derecho penal: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, R. E.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, R. E. Teoría del delito. Buenos Aires: Ediar, 1973.



A ATUAÇÃO DAS MILÍCIAS E O IMPACTO À SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATUAL MODELO DE SEGURANÇA À LUZ DA CIDADANIA

THE OPERATION OF MILITIAS AND ITS IMPACTS ON RIO DE JANEIRO STATE'S PUBLIC SAFETY: A CRITICAL ANALYSIS ABOUT THE PRESENT MODEL OF SECURITY ACCORDING TO CITIZENSHIP

*Carlos Gilberto Martins Junior**

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal aferir se o conceito de segurança pública como manutenção da ordem pública, adotado na Constituição Federal de 1988, corroborou para o surgimento e expansão das milícias, bem como se o conceito de segurança cidadã poderia contribuir no combate a esses grupos. Além disso, o estudo desenvolveu uma análise acerca das principais características dos milicianos, tendo em vista os impactos causados à segurança. Concluiu-se que o conceito de segurança pública adotado foi essencial para o surgimento e proliferação desses grupos criminosos, razão pela qual a adoção da segurança cidadã em substituição às políticas de segurança pautadas somente na manutenção da ordem pública representa a melhor opção para o seu combate. Utilizou-se o método indutivo e a revisão bibliográfica para o desenvolvimento da pesquisa.

Palavras-chave: Milícia. Segurança Pública. Polícia. Segurança Cidadã.

*Graduando da 8ª fase do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2571942393616031>. E-mail: martinscarlosgilbertoju@gmail.com.



Abstract: The main purpose of this article is to verify whether the definition of public safety as maintenance of public order adopted in the 1988 Federal Constitution collaborated for the emerging and expanding of militias, and, in addition, to analyse if the definition of citizen security could contribute to combating those groups. Furthermore, this study developed an analysis of the main characteristics of militias based on the impacts caused in public safety. In conclusion, the definition of public safety adopted was crucial to their emerging and expanding and the substitution by citizen security definition, instead of public policies based only in the maintenance of public order, portrays the best way to combat militias. The inductive method and the bibliographic review technique were used to develop the argumentation.

Keywords: Militia. Public Safety. Police. Citizen Security.

1. INTRODUÇÃO

O direito à Segurança Pública foi insculpido na Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 144, e pressupõe a manutenção da ordem pública, assim como a proteção das pessoas e do patrimônio, por meio dos seus órgãos constituintes (leia-se, as forças policiais). Para efetivar esse direito constitucional, as polícias administrativa e judiciária foram dotadas de poderes aptos a possibilitarem o combate, preventivo e repressivo, à criminalidade. No entanto, o Brasil, com destaque para o Estado do Rio de Janeiro, tem assistido um movimento deveras curioso e, ao mesmo tempo, perverso: o uso arbitrário desses poderes e atribuições, conferidos às instituições policiais, para satisfazer os anseios patrimoniais de alguns de seus agentes, através do domínio territorial e da violência, em detrimento das comunidades periféricas e sob o pretexto de salvá-las do “mal maior” supostamente representado pelo tráfico de drogas, corroborando para o surgimento do que se convencionou chamar de “milícia”.

Dessa feita, através desta pesquisa se busca responder a seguinte questão-problema: a interpretação predominante acerca da segurança pública insculpida na Constituição Federal de 1988, aqui entendida predominantemente como a manutenção da ordem pública, ao invés de tornar eficaz o combate à criminalidade, reforçou e forneceu as bases para a ascensão das milícias no território do Estado do Rio de Janeiro? Por derradeiro, será feita uma análise acerca da possível contribuição da interpretação do direito à segurança sob o enfoque do conceito de segurança cidadã no combate às milícias. Subsidiariamente, se desenvolverá, também, uma análise acerca das peculiaridades deste grupo criminoso e sua relação com outras facções que dominam o território.

A formação de milícia privada, embora seja uma conduta censurada criminalmente pelo nosso ordenamento jurídico (artigo 288-A, Código Penal) mostra-se ainda mais danosa para a segurança pública posto que corrobora com o esfacelamento do próprio Estado. Isso porque foi possível constatar que este crime está ligado diretamente com atores estatais (policiais, militares, agentes penitenciários, bombeiros etc). Desse modo, percebe-se que o setor do Poder Público responsável pela manutenção da segurança e paz pública, se torna a própria fonte de insegurança e desordem. Aqueles que deveriam coibir práticas criminosas e proteger, tornam-se os próprios criminosos, detentores de poder territorial, financeiro e político. Nas comunidades carentes a milícia é o Estado. Tal é a importância justificativa (dada a urgência) de se abordar esta temática na tentativa de esclarecer o problema e apontar possíveis soluções.

Para fins pedagógicos, as pesquisas aqui desenvolvidas partiram de duas hipóteses antagônicas. A primeira hipótese é a de que o entendimento do direito à segurança pública como manutenção da ordem pública corroborou sobremaneira para o surgimento e posterior fortalecimento das milícias em território carioca. Por outro lado, a segunda hipótese é a de que as milícias representam somente mais uma faceta da criminalidade urbana, de surgimento desvinculado ao modelo de segurança pública adotada pelo Estado, sendo de rigor o aprimoramento dos mecanismos de manutenção da ordem pública já existentes como forma de combatê-las.

Esta pesquisa tem como objetivo geral permear os estudos acerca das milícias cariocas sob o escopo jurídico e sociológico, visando-se analisar a relação do surgimento e expansão desses grupos com a interpretação predominante do direito à segurança pública insculpido na Constituição Federal para, a partir daí, traçar um paralelo com os possíveis impactos (positivos ou negativos) da adoção do modelo de segurança consistente no conceito de segurança cidadã.

O procedimento adotado para o levantamento do material de pesquisa foi a revisão bibliográfica sob uma abordagem qualitativa, utilizando-se da análise sobre os principais autores nacionais que discorreram acerca do objeto de estudo aqui proposto. O método de abordagem usado para a realização da pesquisa foi o indutivo, objetivando-se traçar uma relação expressiva entre fatores singulares, como a concepção adotada sobre segurança pública na Constituição Federal, e fatores específicos, como a ligação direta de agentes da segurança pública com as milícias do Rio de Janeiro, para alcançar uma conclusão ampla (genérica) acerca da problemática proposta, qual seja, se o atual modelo de segurança pública corroborou, ou não, para o surgimento e expansão das milícias cariocas.



2. MILÍCIA: CONCEITO, CONTEXTO HISTÓRICO E ATUALIDADE

De acordo com o sociólogo Cid Benjamin (2019, p. 45), historicamente, o conceito de milícia se referia a grupos de civis que se organizavam como paramilitares, na forma de guerrilha, e lutavam contra a invasão estrangeira. Sob uma perspectiva antropológica, o termo “milícia”, à época de sua eclosão no Brasil, se referia a policiais aposentados ou em atividade, civis e militares (sobretudo os militares), alguns bombeiros e agentes penitenciários, sempre pertencentes, portanto, a instituições estatais e treinados militarmente, que se encarregavam de proteger bairros e comunidades aparentemente ameaçadas por traficantes e demais delinquentes (ZALUAR, CONCEIÇÃO, 2007, p. 90).

Ignacio Cano e Carolina Ioot (2008, p. 59) apresentam, ao longo de pesquisas sobre este grupo, cinco de seus eixos caracterizadores: controle territorial e populacional de determinada comunidade por parte de um grupo armado; a coação como meio de controle dos moradores; a busca pelo lucro como fundamento principal de seus integrantes; justificativa pautada na proteção aos moradores e propagação da ordem como forma de legitimação; a participação diligente e declarada de agentes do estado como membros.

Posteriormente, foi constatado que o quarto elemento sofrera significativa modificação, pois setores da mídia pressionaram as autoridades para a repressão das milícias, o que culminou com a perda do apoio político e sua consequente marginalização. Já o quinto elemento, consistente na intensa participação de policiais militares e demais membros da segurança pública, também fora readaptada, pois continuariam assumindo posições de mando, no entanto, agora essa condição não seria mais exposta como antes: a atuação dos agentes da segurança pública se tornou mais velada e discreta (CANO; DUARTE, 2012, p. 131).

Ademais, à época da eclosão das milícias, houve a constatação de que esses grupos não tratavam só e tão somente de serviço clandestino de segurança privada. O relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), destinada à investigar as milícias, constatou que elas enriqueceram ilicitamente de atividades como transporte alternativo, distribuição de botijão de gás, fornecimento de serviços de televisão pirata (conhecido no Rio de Janeiro como gatonet), todos taxados excessivamente, em um contexto de monopólio econômico oriundo da obrigatoriedade dos moradores em se valerem dos serviços prestados, sob pena, por óbvio, de ameaças, expulsões e até a morte (RIO DE JANEIRO, 2008).

Importante ressaltar também que as milícias destoam dos chamados grupos de extermínio pois estes restringem sua atuação aos assassinatos por encomenda e serviço de proteção, agindo de maneira mais reservada (CANO; DUARTE, 2012, p. 14), embora ambos possuam uma linhagem em comum. O surgimento das milícias teria como “embrião” os grupos de extermínio que assolaram a zona oeste do Rio de Janeiro, mais especificamente a favela de Rio das Pedras, na década de 1960 (ZALUAR, CONCEIÇÃO, 2007, p. 92-94).

Foi nesta região que houve primeiramente uma insurreição de um grupo conhecido como polícia mineira (cujo apelido se manteve até os dias de hoje), que era responsável por afastar traficantes e assaltantes da vizinhança. Pelo que se pôde constatar através de pesquisas desenvolvidas na própria favela, tal grupo era mais violento e arbitrário que as milícias de hoje em dia: na tentativa de manter o “código de conduta” da favela, a polícia mineira era responsável por diversas execuções e acertos de contas na localidade (ZALUAR, CONCEIÇÃO, 2007, p. 92).

Nos anos 90, continua a pesquisa, há uma significativa alteração no modus operandi: agora o bando matador possuía uma liderança ligada à polícia, ou seja, aos detentores do poder coercitivo do Estado, que ficariam responsáveis pela “segurança” da favela. Mais tarde, no início dos anos 2000, além do monopólio comercial já estabelecido pelos integrantes da polícia mineira, se iniciaria na favela de Rio das Pedras a ascensão de lideranças comunitárias, através, principalmente, do surgimento de uma associação de moradores, responsável pela “atividade política” da comunidade (ZALUAR, CONCEIÇÃO, 2007, p. 93). Desse modo, a integração de agentes da segurança pública e atividade política desenvolvida dentro da comunidade possibilitaram a caracterização do miliciano que opera na violência urbana do Rio de Janeiro.

Atualmente, insta salientar que a atuação policial nas favelas cariocas foi limitada pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635, mais conhecida como “ADPF das Favelas”, quando em 2020 o Ministro Relator Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu liminar para afastar novas operações policiais em comunidades carentes do Rio de Janeiro durante a Pandemia da Covid-19, somente permitidas em casos excepcionais e mediante documentação justificada e imediatamente comunicada ao Ministério Público do Rio de Janeiro. Tal entendimento é fruto do reconhecimento dos graves atentados a preceitos fundamentais e constitucionais decorrentes da política de segurança pública e da alta letalidade policial (BRASIL, 2020).



Todavia, em contraste com a importância da referida decisão, nos últimos anos o que se tem visto fora tão somente o crescimento exacerbado das milícias no território carioca, crescimento este aferido em aproximadamente 387% (trezentos e oitenta e sete por cento) em um período de 16 anos, dominando cerca de 10% da região metropolitana do Rio de Janeiro, principalmente na zona oeste e na Baixada Fluminense (BALLOUSSIER, 2022).

Logo, depreende-se que, inobstante os avanços em termos de direitos e garantias fundamentais das populações periféricas, decorrentes sobretudo do reconhecimento da letalidade policial nas complexas operações militares em favelas cariocas, as milícias continuam em constante crescimento e representam um grande perigo para a manutenção do sentimento de segurança e da paz pública no Estado do Rio de Janeiro.

2.1 MILÍCIAS SOB O ENFOQUE DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

O dispositivo legal referente ao crime de Constituição de Milícia Privada (art. 288-A do Código Penal) ingressou no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.720/2012. De acordo com a norma, “constituir, organizar, integrar, manter ou custear” quaisquer dos tipos de associação descritos como “organização paramilitar”, “milícia particular” “grupo” ou “esquadrão”, com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal, se enquadraria nesta conduta delituosa.

A Lei nº 12.720/2012, além de tipificar um novo crime, trouxe também duas novas causas de aumento, uma para o crime de homicídio (art. 121, § 6º, do Código Penal), e outra para o crime de lesão corporal (art. 129, § 7º, Código Penal), elevando a reprovação do agente caso ele integre ou faça parte da milícia. A pena para tal delito é de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão, e a ação penal é de iniciativa pública e incondicionada.

Embora o texto legal não discrimine um número mínimo necessário de agentes para configurar essa organização paramilitar, afrontando o legislador contra a legalidade e tipicidade, é possível preencher tal lacuna, socorrendo-se de figuras típicas similares, como o disposto no tipo penal de associação criminosa (art. 288, Código Penal), que exige, no mínimo, três integrantes (BITENCOURT, 2021, p. 268).

Os verbos nucleares do tipo penal em comento são: constituir, organizar, integrar, manter ou custear. Configura-se tal delito de tipo misto alternativo, pois,



ainda que se perpetre mais de umas das condutas nucleares (exemplo: constituir e organizar milícia particular) comete-se um único crime (PRADO, 2021, p. 127). Os elementos normativos do tipo perfazem-se em: organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão.

Segundo o Professor Luiz Regis Prado, organização paramilitar pode ser entendida como:

(...) uma associação não oficial de pessoas, organizadas segundo uma estrutura paralela à militar, ou seja, que tem as características de uma tropa militar – hierarquizada como o exército, por exemplo –, sem que o seja do ponto de vista formal ou legalmente. Em outras palavras, a organização paramilitar assemelha-se às forças militares em estrutura (hierarquização de cargos, armamento, missões, ataques etc.), sempre à margem da lei. (PRADO, 2021, p. 127).

Milícia particular pode ser analisada como “uma corporação ou grupamento sujeitos à disciplina e à organização de matiz castrense” (PRADO, 2021, p. 127). Já “grupo ou esquadrão”, compreende-se como: “[...] a reunião de pessoas, matadores, justiceiros que atuam na ausência ou inércia do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente rotuladas como marginais ou perigosas” (CUNHA, 2016, p. 653), fazendo clara alusão aos grupos de extermínio e esquadrões da morte, existente em território nacional à época do fim da ditadura militar (BITENCOURT, 2021, p. 269).

O tipo subjetivo consubstancia-se na existência do dolo, representado pela vontade livre e consciente de constituir, organizar, integrar, manter ou custear, de forma estável e permanente, organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, com a finalidade específica (elemento subjetivo especial do tipo penal) de cometer crimes previstos no código penal (BITENCOURT, 2021, p. 271), consumando-se o delito ainda que nenhum crime tenha sido efetivamente cometido por seus integrantes.

Pelas lentes de Bitencourt (2021, p. 267), o bem jurídico tutelado por esta norma incriminadora seria, enfatizando-se o aspecto subjetivo de ordem ou paz pública, o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito. Em outras palavras, o sentimento da população quanto ao medo e o risco da segurança social ser abalada, e não propriamente a paz pública (embora este crime esteja previsto no título atinente aos crimes contra a paz pública). Portanto, a própria existência desses grupos e a finalidade de cometer crimes (independentemente dos crimes que venham a cometer), já é capaz de produzir um sentimento de insegurança e medo.



3. O POLÊMICO “SERVIÇO” DE SEGURANÇA CLANDESTINA

Não há novidade em reconhecer o total descontrole do estado brasileiro em conter a expansão da criminalidade nas últimas décadas. O Estado do Rio de Janeiro é exemplo claro deste fracasso, podendo-se apontar variadas políticas de segurança pública, em sua maioria ligadas ao combate direto e ostensivo à criminalidade, que, além de não surtirem efeitos expressivos, resultaram em diversas mortes evitáveis.

Aqueles que possuem melhores condições financeiras (certamente uma parcela menor da população brasileira) podem adquirir maior segurança através do promissor mercado da segurança privada. Este movimento se mostra totalmente legítimo, haja vista que, se parte da população pode arcar com um gasto a mais em suas finanças visando sentirem-se mais seguras, à despeito de um Estado que, inevitavelmente, não dá conta de prestar um serviço de segurança satisfatório, não há o porquê censurar essa atividade.

No entanto, a criminalidade e o sentimento de insegurança não assolam somente a esta (pequena) parcela da população. Nas favelas cariocas, corriqueiramente caracterizadas pela mídia como centros de disputa pelo controle do crime organizado, o sentimento de insegurança atinge patamares elevados. Este contexto, fruto do completo abandono estatal no que se refere às necessidades básicas de qualquer comunidade (saúde, educação e saneamento básico, por exemplo), gerou o espaço por meio qual grupos de extermínio e, posteriormente, as milícias, tomaram corpo no Rio de Janeiro.

E, por incrível que pareça, o discurso legitimador desses grupos no território das favelas se deu através do combate ao tráfico de drogas, sempre colocado como o principal problema das favelas cariocas. Essa narrativa, característica das milícias, sofre reflexos também nos Tribunais, à exemplo da Apelação Criminal nº. 2244404-70.2011.8.19.0021 julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Restou, pois, evidente que o referido grupo criminoso constituía verdadeira milícia privada, já que parte de seus integrantes eram agentes ou ex-agentes públicos da segurança do Estado do RJ e que, em nome de uma suposta legitimação de seus atos (proteção da comunidade contra traficantes e outros criminosos) praticavam crimes de toda a sorte contra a população desamparada. (TJRJ, Apelação Criminal nº 2244404-70.2011.8.19.0021, Rel. Des. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA, 4ª Câmara Criminal, julgado em 12/12/2017, publicado em 14/12/2017).

O domínio territorial, necessário para a caracterização das milícias, se deu através de um aparente combate à criminalidade e à desordem de algumas comunidades, fundado em uma suposta tentativa de fornecer segurança aos moradores. Mas, para fornecer essa “segurança”, os “protetores” exigiam (como o fazem até hoje) o pagamento de taxas, cobradas para cada morador do território almejado, como se fossem legítimos prestadores de serviço.

Esse discurso de legitimação das milícias ganha reflexo a partir do que Werneck (2015, p. 434) chama de “mito da pacificação primitiva”, onde essa representação foi usada para velar um problema crônico de segurança pública, consistente no intenso tráfico de drogas nas favelas e regiões periféricas. O surgimento e disseminação das milícias fora dissimulado como forma de “apaziguamento” e contenção à criminalidade.

Nesta toada, a crença de que a milícia representaria um mal menor, haja vista que, apesar de explorar economicamente as favelas, expulsaria o tráfico de drogas, composta por marginais mais violentos e reprováveis, foi evidente na CPI encarregada de investigar as milícias (RIO DE JANEIRO, 2008), por parte de alguns representantes da segurança pública que lá foram depor sobre o fenômeno. Em suma, as milícias buscaram legitimar uma espécie de “segurança privada” amoldada às classes periféricas, consubstanciando-se em um serviço de segurança clandestino aparentemente inofensivo aos cidadãos de bem.

No caso das favelas dominadas por esses grupos paramilitares, o medo da ausência de controle instituído somado à convivência com o tráfico intenso de drogas e a presença de homens fortemente armados, foram os elementos, aparentemente, legitimadores da atividade desse grupo criminoso.

3.1 A IMPOSIÇÃO PELO MEDO

Na favela, a convivência e o patrocínio financeiro das milícias estaria condicionado a uma clara imposição pelo medo e pela coação moral, segundo se apurou nas pesquisas de Ignacio Cano e Thaís Duarte:

Por outro lado, existe sempre um elemento coativo, sem o qual as milícias poderiam ser equiparadas a uma empresa irregular de segurança privada e não poderiam impor os monopólios dos quais extraem grande parte dos seus lucros. Na realidade, há um longo continuum (sic) em termos de coação. (CANO; DUARTE, 2012, p. 59).



Restou evidente que as milícias se utilizam de métodos de coação para dominar e explorar determinada comunidade, dentro da perspectiva do suposto fornecimento de segurança.

Em um primeiro momento, de maneira mais ostensiva, os milicianos atuavam sem discriminação alguma, através de uma ação mais violenta, ameaçadora e incisiva, não só contra os traficantes mas também contra a própria população que alegavam proteger, respaldados, muitas vezes, em manifestações positivas de políticos notórios a respeito das milícias do Rio de Janeiro, dentre eles, o atual presidente da República Jair Messias Bolsonaro (FRANCO, B. M, 2018).

Como foi exarado exaustivamente pela CPI destinada a investigar as milícias, a maioria dos agentes da segurança pública envolvidos com esses grupos são policiais militares (RIO DE JANEIRO, 2008), portanto, agentes detentores do monopólio do uso da força, que não é usada para preservar a ordem, mas tão somente para garantir o domínio territorial e a exploração da comunidade.

Após a abertura definitiva da CPI, houve uma mudança no tratamento das milícias por parte do público: a partir daí a milícia passou a ser considerada uma organização criminosa por parte da mídia e cessaram-se as manifestações a seu favor. A conduta dos milicianos, a partir deste fato, foi diretamente afetada. Como resultado, a discriminação tomou o lugar da antiga postura, mais violenta e ostensiva.

Desse momento em diante, a atuação passou a ser mais discreta. Seus principais integrantes quase não apareciam mais nas favelas: em seus lugares, foram colocados laranjas, capangas facilmente substituíveis que realizavam o antigo papel ostensivo e vigilante na comunidade (CANO; DUARTE, 2012, p. 79).

3.2 A MILÍCIA COMO PARTE DO ESTADO: IMPACTO DIRETO À SEGURANÇA PÚBLICA

Analisando as milícias sob um ponto de vista focado em centralizar o agente público corrompido, tem-se que a atuação desses grupos afeta diretamente a segurança pública, não por somente constituir mais uma organização criminosa, mas por violar a própria natureza das instituições de segurança, sobretudo as instituições policiais. Os poderes atribuídos a esses maus agentes, por força de sua condição de membros do Poder Público, que correspondem aos poderes ostensivo e repressivo em nome da segurança e ordem pública, foram e são usados para monopolizar economicamente, explorar e intimidar moradores sujeitos a condições de

vida já muito precárias, sobretudo no que se refere a direitos básicos.

O poder conferido a essas corporações se tornou uma arma de dominação, um instrumento que favorece a criminalidade, ao invés de combatê-la. Sustenta-se o entendimento de que as milícias não se inserem em um contexto de Estado paralelo, ou de ausência de Estado, mas sim de um verdadeiro “desdobramento” dele próprio, pois o instrumento de poder e, invariavelmente, o legitimador da atuação abusiva e impositiva desses grupos é o próprio poder estatal, usado pelo agente de segurança (BRAMA, 2019, p. 8). Logo, tem-se que a presença do Estado foi fundamental para a formação das milícias cariocas, compondo-as através de seus agentes (BRAMA, 2019, p. 7).

4. MILÍCIA: MERCADO ILEGAL E A RELAÇÃO COM OUTROS AGENTES DA VIOLÊNCIA URBANA CARIOCA

A conduta das milícias analisada a partir do contexto de exploração econômica da população das zonas periféricas, por agentes do Estado, sob o véu da segurança privada clandestina que resulta em domínio territorial, já foi largamente debatida em tópicos anteriores. Entretanto, este assunto é trazido novamente à baila, mas, com um objetivo diferente: será feita uma nova abordagem dos meios pelos quais a milícia consegue inverter o monopólio de poder conferido pelo Estado e como isso afetar (ainda mais) a segurança pública.

4.1 MILÍCIA E AS MERCADORIAS POLÍTICAS

O norteador dessa nova linha argumentativa partirá da análise de um conceito chamado “mercadoria política” (MISSE, 2009, p. 99), termo criado na tentativa de operacionalizar analiticamente o estudo das “trocas e negociações ilícitas” (MISSE, 2009, p. 99), especialmente em se tratando dos atores sociais da violência do Rio de Janeiro, ao envolver majoritariamente agentes do poder público, através, por exemplo, de extorsão, clientelismo, corrupção etc.

São chamados de “mercadorias políticas” bens que representam um monopólio de força, por possuírem um custo político, que envolve determinado tipo de poder (monopólico), usado como moeda de troca em negociações ilícitas (MISSE, 2009, p. 90-91).



No caso das milícias, um desses bens pode ser facilmente localizado: o poder ostensivo, espécie de monopólio do uso da força, atribuição conferida pelo Estado a determinados agentes públicos que têm como função exercer a segurança pública através da manutenção da ordem, usado por milicianos para supostamente impor segurança nas favelas cariocas em troca de compensação financeira. Como se pode perceber, um bem que envolve poder é usado para atingir uma satisfação de ordem privada, conforme o conceito de mercadoria política. Todavia, não é só essa mercadoria a qual o miliciano detém o monopólio.

4.2 O “ORNITORRINCO”

Após analisar profundamente o relatório da CPI, foi apontado por Werneck uma característica importante do miliciano: sua fragmentariedade, sendo composto por características de outros agentes da violência urbana do Rio de Janeiro, quais sejam, o policial corrupto, o traficante do morro e o matador de aluguel. Veja-se:

Para dar conta do miliciano, observou-se, os discursos e ações a seu respeito o apresentam como uma versão extrema de, em maior ou menor grau, cada um deles, configurando uma espécie de ornitorrinco, um ser formado por partes de outros seres e que encontra nas posições deles na taxonomia uma forma de se inserir nela ele próprio. Nessas observações, foi possível constatar a força como se mobilizam as imagens desses três personagens para traçar uma linha de coerência segundo a qual se comprimem as possibilidades lógicas de aquele personagem estar no mundo no interior de um cenário como o da “violência urbana” carioca. (WERNECK, 2015, p. 432).

O miliciano, “formado” a partir de características de outros grupos criminosos (traficantes, matadores de aluguel e policiais corruptos), englobaria todas as principais mercadorias políticas de cada um deles: é detentor do poder territorial, tal como o traficante do morro; possui o poder ostensivo conferido às instituições policiais, da mesma maneira que o policial corrupto; opera através de ameaças e assassinatos, tal qual o matador de aluguel (WERNECK, 2015, p. 446).

A milícia se vale, além do domínio territorial (mercadoria política usado também pelas facções de traficantes), do “monopólio da exploração e da concessão de operações ilegais facilitadas pela condição de agente do Estado” (WERNECK, 2015, p. 448) somada ao poder ostensivo conferido às instituições de segurança pública, mercadoria política principal do policial corrupto, e da “Proteção cuja



compra é obrigatória para os usuários” (WERNECK, 2015, p. 448) mercadoria política principal do matador de aluguel, consistente na coação e ameaça, potencializando, assim, sua capacidade lesiva e maximizando os meios de obtenção de lucros ilícitos.

4.3 REFLEXOS NA SEGURANÇA PÚBLICA

A partir dos apontamentos de Werneck (2015), pode-se estabelecer que o impacto da atuação do miliciano para com a segurança pública vai muito além da subversão do monopólio da força conferido e a consequente imposição de “segurança” privada. O miliciano, ao sintetizar outros agentes da violência urbana carioca, exaspera a instabilidade e a insegurança nas comunidades dominadas.

Exemplos notórios podem ajudar na constatação dessa fragmentariedade característica do miliciano. Bem expressivo é o caso da juíza Patrícia Acioli, que ficou responsável, anos antes de sua morte, pelo julgamento de integrantes do chamado “Bonde do Zumbi”, uma milícia que se dedicava ao sequestro e à tortura de traficantes com vistas ao pagamento de resgate (CORRÊA, H.; BRITO, D, 2018, p. 253). A característica de “matador de aluguel” é bem latente neste exemplo, vez que há o extermínio da vítima por motivações econômicas caso não haja o pagamento de resgate almejado.

O domínio territorial da milícia, mercadoria política característica do traficante de drogas na favela, é bem representado pela milícia conhecida como “Liga da Justiça”, uma das maiores do Rio de Janeiro, conhecida por possuir domínio territorial muito consolidado em Campo Grande, demarcando a região de “comando” com sinais de morcego (em referência a super-heróis famosos) nas paredes das comunidades dominadas¹, como constatado pela CPI (RIO DE JANEIRO, 2008).

O símbolo, segundo o Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as milícias, foi usado para demarcar e alertar quais territórios eram dominados pela milícia chamada Liga da Justiça.

¹ O símbolo, segundo o Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as milícias, foi usado para demarcar e alertar quais territórios eram dominados pela milícia chamada Liga da Justiça.



5. ATUAÇÃO DAS MILÍCIAS SOB ABORDAGEM DA SEGURANÇA CIDADÃ

5.1 SEGURANÇA PÚBLICA COMO A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

Foram abordados, até aqui, variados aspectos da atuação das milícias, relacionados, sobretudo, aos impactos causados à segurança pública. Mas, tendo em vista a noção de segurança adotada pela Constituição Federal de 1988, suspeita-se que, tal fator não só permitiu, como contribuiu largamente para a expansão e desenvolvimento das milícias no território nacional, principalmente no Estado do Rio de Janeiro. Portanto, tem-se que todos os impactos apontados decorrem, em última instância, da noção de segurança pública adotada em nosso ordenamento jurídico.

Através da Constituição de 1988, adotou-se uma concepção da segurança pública como sendo a manutenção da ordem pública por parte dos agentes de segurança, assim como a proteção das pessoas e do patrimônio (art. 144, Constituição Federal). Mais precisamente, de acordo com a doutrina brasileira, segurança pública seria a “manutenção da ordem pública interna” (AFONSO DA SILVA, 2020, p. 791), merecendo o termo “ordem pública” especial atenção.

Esta definição, porosa e sujeita a poucos limites interpretativos, proporciona um caráter ambíguo à segurança pública, pois “manutenção da ordem pública” e “proteção das pessoas e do patrimônio” se mostram, na prática, incompatíveis entre si, haja vista que esta última “[...] concebe a segurança pública como um ‘serviço público’ a ser prestado pelo Estado, de forma que não há um ‘inimigo’ a combater, mas sim um ‘cidadão’ a proteger” (FABRETTI, 2013, p. 127), ou seja, possui como escopo determinante a proteção do indivíduo, ideia diametralmente oposta à “manutenção da ordem pública”, como se verá adiante.

A manutenção da ordem pública como função da segurança pública, segundo Fabretti (2013, p. 126), não se coaduna com os princípios protegidos na Constituição Cidadã de 1988, pois prevê uma atuação voltada ao combate bélico contra a criminalidade, de modo que os territórios taxados injustamente como redutos de criminosos (como é o caso das favelas cariocas) precisariam sofrer a intervenção através da força militar para que essa ordem fosse reestabelecida, justificando-se um cenário de guerra até que se alcance o status quo ante, e, concomitantemente, há a perpetuação de atentados contra a dignidade da pessoa humana, não só em desfavor dos ditos criminosos, como também contra toda a população refém.

Afirma Fabretti (2013, p. 105): “[...] a questão da segurança pública brasileira nunca esteve muito bem, pois, apesar de sempre manter o paradigma da manutenção da ordem pública, nem mesmo nos momentos mais autoritários foi capaz de controlar a criminalidade”. Através desta interpretação acerca da manutenção da ordem pública, entendida como fonte da violência policial, é possível conceber, e seu seio, o nascimento da milícia.

A militarização da polícia ostensiva (atualmente a polícia militar), de natureza hierarquizada e centralizada, em direção à manutenção da ordem pública, “[...] mutila a responsabilidade do agente, degradando a discricionariedade hermenêutica em arbitrariedade subjetiva” (SOARES, 2019, p. 37). É dizer, a atividade policial (principalmente a ostensiva) é opressora na medida que, em busca da “manutenção da ordem pública”, gera a violência que desemboca, mais a frente, em um estado de “arbitrariedade subjetiva” do agente, fruto de sua discricionariedade concedida pelo Estado, que eleva a opressão para além da intimidação física e moral: domínio territorial e exploração de áreas socialmente vulneráveis, com vistas para o lucro financeiro advindo das atividades monopolizadas em território socialmente marginalizado.

5.2 UMA ESPERANÇA HERMENÊUTICA: O CONCEITO DE SEGURANÇA CIDADÃ

Malgrado a manutenção da ordem pública como atividade de segurança pública estar positivada em nosso diploma jurídico mais importante, a Constituição Federal, é preciso salientar que tal dispositivo deve ser interpretado em conformidade com todos os outros princípios e normas constitucionais, tais como os direitos fundamentais relativos à vida, liberdade, igualdade e à dignidade da pessoa humana.

Portanto, aponta-se que, em relação à segurança pública, há de se conformar com uma interpretação axiológica de toda a Constituição Federal (FABRETTI, 2013, p. 129) onde o conceito abstrato de “ordem pública” certamente ficaria condicionado a limites que afastassem a possibilidade de qualquer atentado à dignidade humana e que possibilitassem a instrumentalização da violência como forma de dominação econômica. Essa interpretação de segurança, mais em conformidade com a ordem democrática instituída, possibilitaria a substituição da expressão “segurança pública” por “segurança cidadã” (FABRETTI, 2013, p. 99).

Nestes termos, pode-se conceber o conceito de segurança cidadã a partir de uma visualização mais abrangente e multicausal das manifestações da violência (FREIRE, 2009, P. 105), de modo que o seu enfrentamento não seria restrito somente ao combate armado ao incremento das instituições policiais, mas



sim através de políticas públicas de instituições diversas nas mais variadas áreas da sociedade, tais como a educação, saúde, lazer, esporte, cultura e cidadania.

Ainda, o paradigma da segurança cidadã defende uma política de prevenção à criminalidade por meio de políticas integradas no âmbito local, desenvolvendo uma nova relação entre Estado e sociedade civil (sobretudo com as populações mais periféricas) através de políticas sociais que possibilitassem uma aproximação entre ambas (SANTOS, 2012, p. 79).

Essa visualização mais abrangente de segurança, não mais limitada somente às instituições policiais, ganhou espaço com a promulgação da Constituição de 1988, que, embora tenha limitado o conceito de segurança pública como a manutenção da ordem pública, bem como a proteção das pessoas e bens (art. 144), elevou as garantias fundamentais e reforçou a promoção da cidadania:

Visualiza-se, de modo largo, a formação de um modelo de segurança do cidadão e da cidadã, composto por políticas sociais, projetos sociais preventivos, protagonizados pelas administrações públicas, pelo mundo associativo, o terceiro setor, as escolas: é a emergência da planificação emancipatória no campo da segurança, enfatizando a mediação de conflitos e a pacificação da sociedade contemporânea. Isso significa uma perspectiva de desenvolver um processo civilizador de superação das formas de violência e de ampliação da cidadania, desenhando uma agenda pública sobre o direito à segurança de cada cidadão e cidadã. (SANTOS; BARREIRA, 2016, p. 31).

A formação e conseqüente atuação das milícias, por sua vez, diz respeito somente a uma extensão e evolução da violência policial, largamente praticada e institucionalizada, como forma ideal de segurança pública utilizada não só no Rio de Janeiro, mas em todo o Brasil. Essa evolução diz respeito à operacionalização da violência como forma de arrecadar valores financeiros ilícitos através de atividades ilegais. À violência foi conferida, tão somente, maior utilidade prática.

5.3 UNIDADE DE POLÍCIA PACIFICADORA: A ORDEM PÚBLICA COMO MEIO DE DOMINAÇÃO

As políticas de segurança pública pautadas na manutenção da ordem pública sempre foram presentes no Estado do Rio de Janeiro. Uma das mais famosas, conhecida como “Política de Pacificação das Favelas”, iniciada no final de 2008, que futuramente resultou no surgimento da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP), programa executado pelo governo do Estado do Rio de Janeiro através da Secretaria Estadual de Segurança Pública, possuía como base a promoção dos direitos humanos, através da implementação de polícias comunitárias (RODRIGUES, MOTTA, 2013, p. 34).



Para surtir efeito, tal pacificação:

“[...] justificaria a ocupação dessas áreas por forças de paz que conseguissem manter a ordem mesmo que muitas vezes a custo da segurança humana por pressupor o extermínio do inimigo e a adoção de medidas excepcionais à normalidade da ordem democrática” (MISSE, 2019, p. 31)

Percebe-se, portanto, que tal política possibilita a manutenção de um estado de guerra contínuo em nome de uma tal ordem, em total desarmonia com o ideal de segurança cidadã.

A implantação dessa política nos locais a serem “pacificados” era precedida de operações realizadas por forças especiais da polícia militar, para a decorrente instalação das unidades da polícia, o que resultava em violência, medo e restrição de circulação no território (RODRIGUES, MOTTA, 2013, p. 35).

Iniciados os trabalhos, os comandantes das Unidades de Polícia Pacificadora ganhavam “superpoderes” em relação às vidas dos moradores (MISSE, 2019, p. 35) tamanho era o seu poder perante a comunidade.

Posteriormente, esse poder soma-se à falta de proximidade da polícia com a comunidade dominada, acarretando desordem, concluindo-se então que a promoção dos direitos humanos é uma função secundária para a polícia, “[...] realizada como parte de uma estratégia de segurança pública em que o importante é o domínio territorial” (MISSE, 2019, p. 37).

A pacificação das favelas através das Unidades de Polícia Pacificadora, política de segurança pública pautada na ordem pública, evidencia um fomento à expansão e ao desenvolvimento das milícias. O projeto sintetizado acima prevê um incentivo à dominação territorial pelos agentes de segurança, mesmo mecanismo que corroborou para o fenômeno das milícias atingir o patamar que possui nos dias atuais, pois, através desse poder sobre o território, toda a exploração econômica é então viabilizada.

Ainda, é clara a participação de agentes da segurança pública, principalmente nas posições de comando, em sua maioria policiais militares. Dessa feita, de nada adiantaria ao combate contra as milícias facilitar a dominação territorial pela polícia.

É possível constatar, também, a inclinação do programa de pacificação através da Unidade de Polícia Pacificadora como uma política pautada na ordem pública voltada quase que exclusivamente para o combate ao tráfico, mesmo fenô-



meno encontrado no “mito da pacificação primitiva” legitimador da atuação da milícia: “Observamos que o tráfico de drogas sempre esteve no centro da meta de pacificação dessa guerra, pois não se fala em pacificação das áreas de milícia de forma explícita como das de tráfico” (MISSE, 2019, p. 31).

5.4 SEGURANÇA CIDADÃ: SEGURANÇA COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vislumbra-se que tal modelo de segurança pública, ainda hoje adotado no estado do Rio de Janeiro, nada contribui para o combate à criminalidade, principalmente quando se trata de combater as milícias. Pelo contrário, só reforça a mesma estrutura que lhe criou e fortaleceu.

Além do conceito jurídico adotado, pode-se conceber segurança pública também como: “[...] a estabilização universalizada, no âmbito de uma sociedade em que vigora o Estado democrático de direito, de expectativas positivas a respeito das interações sociais, ou da sociabilidade, em todas as esferas da experiência individual” (SOARES, 2019, p. 90).

Ou seja, é preciso esperar da segurança pública que as expectativas positivas, compreendendo-as como o respeito aos direitos e garantias fundamentais, sejam alcançados no contexto das interações sociais dos cidadãos, resguardado o Estado Democrático de Direito.

Dito isso, através do exemplo da política de pacificação das favelas do Rio de Janeiro supracitado, tem-se que políticas de segurança pautadas na manutenção da ordem pública não só são ineficazes no combate à criminalidade, por gerarem exclusão e segregação, tornando o direito à segurança um direito de ordem individual voltado a poucos, como também fortalecem o nascimento de organizações criminosas que buscam explorar as fragilidades advindas dessas mesmas políticas, como é a milícia.

Através de todo o exposto, acerca da busca pela manutenção da ordem pública como política de segurança, tem-se que a criminalidade deve ser tratada não somente como uma “questão de polícia”, entendendo-se que “por trás de todo delito há uma relação de conflito específica que somente pode ser conhecida pelo estudo da base social em que esse conflito é gerado e desenvolvido” (FABRETTI, 2013, p. 183). O caminho mais viável é substituir essas políticas por outras que estejam em completa adequação com a promoção dos direitos humanos.

O ideal substituto desse modelo de segurança seria a adoção da segurança cidadã, pois “ [...] não mais se esgota na obediência do cidadão às leis do Estado” (FABRETTI, 2013, p. 187). Este modelo pressupõe adequar a segurança do maior número de pessoas possível, não pela ordem pública, mas pela efetivação de direitos (FABRETTI, 2013, p. 187), sendo vedado recorrer a medidas que ultrapassem o eticamente aceitável e coloquem em cheque as garantias fundamentais dos mais vulneráveis.

Através da constatação de que as milícias são, em última instância, resultado do fracasso das políticas públicas de segurança, tem-se que a melhor maneira de combatê-las é mudar a relação da polícia com as comunidades e favelas.

Nesse sentido, a ADPF nº 635, mais conhecida como “ADPF das Favelas”, representou um grande avanço na luta contra a letalidade policial, ao limitar as operações policiais nas favelas cariocas durante a pandemia da Covid-19, primeiramente em liminar concedida pelo Ministro Relator Edson Fachin e, posteriormente, referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) em agosto de 2020.

A proposição da referida arguição teve como fundamento a letalidade policial oriunda das políticas de segurança pública nas favelas cariocas (SANTOS, 2021, p. 10) e seu deferimento pelo STF ocasionou em “ (...) efeitos positivos na proteção do direito à vida e à integridade física dos moradores envolvidos nas operações realizadas no Rio de Janeiro, à medida que houve a redução da violência armada no estado e menores índices de óbito (...)” (SANTOS, 2021, p. 2).

Diante do exposto, tem-se que a referida decisão corrobora para a resistência contra o domínio territorial das milícias cariocas na medida que reforça a cidadania das populações periféricas, poupando vidas inocentes e afastando as forças policiais, sedimentando, portanto, traços marcantes da segurança cidadã.

Sabendo que a dominação territorial é a arma chave para o poder da milícia e que essa dominação se dá através da aparente luta contra o tráfico de drogas a pretexto de trazer paz à comunidade, as operações reiteradas em favelas devem ser substituídas por ações diversas, tais como urbanização de favelas, promoção de eventos esportivos, políticas de integração entre comunidades, projetos escolares em grande escala, além de outras medidas que reforcem a cidadania e os direitos consagrados na Constituição Federal.

O combate direto e ostensivo à criminalidade ficaria restrita a situações específicas e não seria adotado como política pública, semelhante ao que ocorre no estado do Rio de Janeiro. O escopo desta política reforça o combate à



criminalidade pautado no fato de que o crime possui múltiplas facetas, de tal sorte que a guerra, como alternativa mais rápida e perceptível, só agrava a situação das principais vítimas: a população mais vulnerável social e economicamente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de todo o exposto, pode-se afirmar, categoricamente, quanto à problemática desta pesquisa, que sim, o conceito de segurança pública como manutenção da ordem pública fortaleceu e possibilitou o desenvolvimento das milícias no território das favelas cariocas, confirmando-se a primeira hipótese ensejadora deste artigo.

A abordagem acerca do serviço clandestino de segurança nas comunidades dominadas mostrou que, através dos poderes conferidos aos seus integrantes, as milícias subvertem diretamente o dever do Estado em prover segurança, pois são os próprios agentes da segurança pública que usam de suas atribuições para transformar as comunidades em verdadeiros monopólios econômicos, em detrimento da população que se queda desamparada. O discurso legitimador, como alternativa ao tráfico de drogas, foi utilizado para viabilizar essa dominação, legalizando-a. Aqui, tem-se o próprio Estado como fonte de insegurança e criminalidade. Tal é a peculiaridade do impacto das milícias à segurança pública que não se poderia adotar como meio eficaz de combate a simples manutenção da estrutura de segurança pública insculpida no artigo 144 da Constituição Federal e, simplesmente, aumentar a repressão bélica pelo discurso de ordem, como propôs a segunda hipótese desta pesquisa.

Ainda, sobre a relação das milícias com outros agentes da violência urbana, tem-se que o miliciano representa a confluência de vários “grupos” de criminosos, pois possui características específicas do traficante, do policial corrupto e do matador de aluguel. Além dessa fragmentariedade, o miliciano usufrui das mercadorias políticas de todos esses agentes, potencializando sua capacidade destrutiva.

Por fim, chegou-se à conclusão de que todos esses impactos concorriam para um detalhe intrínseco à questão da segurança pública nacional, e que contribuiu, diretamente, para o surgimento das milícias: o conceito de segurança pública como manutenção da ordem pública, assim como a proteção das pessoas e bens, insculpido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144.

A manutenção da ordem pública através dos órgãos de segurança pública, na prática, não se coaduna com a proteção das pessoas e dos bens, pois cria um cenário belicista de combate à criminalidade que perpetua a violência e os atentados aos direitos fundamentais das pessoas que vivem em comunidades carentes do Rio de Janeiro, considerados focos de “desordem” e que, portanto, deveriam sofrer uma intervenção para que ela fosse reestabelecida.

Nessa linha, a atuação dos órgãos de segurança pública, traduzida em violência policial, desemboca, mais à frente, em uma arbitrariedade que expande a violência policial para o domínio territorial e econômico (através de taxas de segurança, gatonet etc) e possibilita o surgimento das milícias.

A instauração das Unidades de Polícia Pacificadora em várias favelas e comunidades carentes evidenciou que a manutenção da ordem pública figura, ainda, como caminho para a política de segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, facilitando o domínio territorial inerente à milícia.

Diante dos resultados alcançados, é possível concluir que o conceito de segurança pública, se substituído pela segurança cidadã, pressupondo uma interpretação desse direito como garantia da cidadania, contribui para a efetivação de direitos fundamentais que preservam a vida e a segurança, sem que haja a necessidade de se ultrapassar padrões éticos de conduta, modificando a relação da polícia com as favelas e comunidades carentes e diminuindo, assim, as situações de submissão e arbitrariedade que dão vazão à proliferação das milícias.

REFÊRENCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43ª ed. São Paulo: Editora Jus Podium, 2020. 936 p. ISBN 978-85-392-0462-5.

BALLOUSSIER, Anna Virginia. *Milícias crescem quase 400% em 16 anos e já ocupam 10% do Grande Rio*. Folha, Rio de Janeiro. 2022, Seção Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/09/milicias-crescem-quase-400-em-16-anos-e-ja-ocupam-10-do-grande-rio.shtml>. Acesso em 27 set. 2022.

BARCELLOS, C.; ZALUAR, A. *Homicídios e disputas territoriais nas favelas do Rio de Janeiro*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 48, n. 1, p. 95 – 102, fevereiro 2014. ISSN 0034-8910. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102014000100094&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 9 abr. 2020.

BENJAMIN, C. *Estado policial: Como sobreviver*. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 144 p. ISBN 978-85-200-1396-0.



BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal 4 - Parte Especial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. 9786555590296. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590296/>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRAMA, L. *Estado, polícia, milícia e tráfico de drogas: uma reflexão acerca das inter-relações práticas e simbólicas*. In: Reunião de Antropologia do Mercosul, 13.; 2019, Porto Alegre (RS). Anais Eletrônicos [...]. Porto Alegre: UFRGS. Disponível em: https://www.ram2019.sinteseeventos.com.br/site/anais2?AREA=102#php2go_top. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Brasília, outubro 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de jan. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. *Código Penal*, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 de jan. 2021.

BRASIL. LEI Nº 12.720, DE 27 DE SETEMBRO DE 2012. *Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências*. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12720.htm. Acesso em: 10 de jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 RJ*. Rio de Janeiro. Min. relator Edson Fachin. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF635DECISaO5DEJUNHOD E20202.pdf>. Acesso em 25 set. 2022.

CANO, I.; DUARTE, T. *'No sapatinho': A evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008 – 2011)*. Rio de Janeiro: LAV/Fundação Heinrich Böll, 2012. 151 p. ISBN 978-85-62669-08-8. Disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

CANO, I.; IOOT, C. *Seis por meia dúzia? Um estudo exploratório do fenômeno das chamadas 'Milícias' no Rio de Janeiro*. In: Brasil, J. G. (Ed.). *Segurança, tráfico e milícias no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008. Cap. 6, p. 48 – 83. ISBN 978-85-08-3477. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/Relatorio_Milicias.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

CORRÊA, H.; BRITO, D. *Rio sem lei: Como o Rio de Janeiro se transformou num estado sob o domínio de organizações criminosas, da barbárie e da corrupção política*. 1ª. ed. São Paulo: Geração Editorial, mai/2018. 309 p. ISBN 978-85-8130-402-1.

CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 o 361)*. 8. ed. Salvador: jusPODIVM. 2016. 944 p. ISBN 978-85-442-0666-9.

FABRETTI, H. B. *O regime constitucional da segurança cidadã*. 2013. 211 p. Tese (Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1277>. Acesso em: 9 abr. 2020.

FRANCO, B. M. *Em discursos, Bolsonaro já exaltou milícias e grupos de extermínio*. O Globo, Brasília, 14 out. 2018. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bernardo-mello-franco/post/em-discursos-bolsonaro-ja-exaltou-milicias-e-grupos-de-extermínio.html>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FREIRE, Moema Dutra. *Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias*. In: Revista Brasileira de Segurança Pública, Belo Horizonte. Ano 3. 5ª Ed. 2009. 100 – 114 p.

MISSE, D. G. *A pacificação das favelas cariocas e o movimento pendular na segurança pública*. Dilemas - Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Niterói, p. 29 – 52, julho 2019. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/23423/17228>. Acesso em: 7 abr. 2020.

MISSE, M. *Trocas ilícitas e mercadorias políticas: para uma interpretação de trocas ilícitas e moralmente reprováveis cuja persistência e abrangência no Brasil nos causam incômodos também teóricos*. Anuário Antropológico, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social (UnB), Brasília, p. 89 – 107, 2010. ISSN 2357-738X. Disponível em: <https://journals.openedition.org/aa/916>. Acesso em: 10 de jan. 2021.

PRADO, Luiz R. *Tratado de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial - Vol. 3*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559640478. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640478/>. Acesso em: 21 ago. 2022.

RIO DE JANEIRO, Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Ação de Milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (RESOLUÇÃO Nº 433/2008). Rio de Janeiro, p. 4 – 282, 2008. Disponível em: http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf. Acesso em: 9 abr. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº. 2244404-70.2011.8.19.0021*. APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA E EXTORSÃO QUALIFICADA. Pena: 12 anos e 02 meses de reclusão e 26 dias-multa. Regime fechado. [...]. QUARTA C MARA CRIMINAL. Relatora: Desª. Gizelda Leitão Teixeira, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default>.

RODRIGUES, R. I.; MOTTA, E. *A pacificação das favelas do Rio de Janeiro e as organizações da sociedade civil*. Ipea, Boletim de Análise Político-Institucional n. 4, Rio de Janeiro, p. 33 – 38, out. 2013. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/9840-bapin04p33-38rdpacificacao-favelasdiest2013-out.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SANTOS, José Tavares dos; BARREIRA, César. *Paradoxos da segurança cidadã*. – Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016. 496 p. ISBN 978-85-86225-96-3.

SANTOS, Rafael Pinto dos. *Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: Análise jurisprudencial da ADPF 635*. In: Revista Brasileira de Teoria Constitucional, v. 7, n. 2; p. 01 – 15. Jul/Dez. 2021.



SANTOS, Valber Ricardo dos. *Política de segurança pública no Brasil contemporâneo: entre a segurança cidadã e a continuidade autoritária*. 2012. 174 p. Dissertação de Mestrado (Política Social) – Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/1713/1/valber%20ricardo%20dos%20santos%20versao%20final.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

SOARES, L. E. *Desmilitarizar*. 1ª. ed. São Paulo: Boitempo, mai/2019. 293 p. ISBN 978-85-7559-696-8.

WERNECK, A. *O ornitorrinco de criminalização: A construção social moral do miliciano a partir dos personagens da 'violência urbana' do Rio de Janeiro*. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 429 – 454, Jul/Ago/Set 2015. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7300/5879>. Acesso em: 9 abr. 2020.

ZALUAR, A.; CONCEIÇÃO, I. S. *Favelas sob o controle das Milícias no Rio de Janeiro: que paz?*. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, Fundação Seade, v. 21, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2007. Disponível em: http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02_08.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

DA MENINA COM SEU LIVRO À MULHER COM SEU AMANTE: O CONTO “FELICIDADE CLANDESTINA”, DE CLARICE DE LISPECTOR, E A CONCEPÇÃO DE DIREITO À LITERATURA SEGUNDO ANTONIO CANDIDO

*FROM THE GIRL WITH HER BOOK TO THE WOMAN WITH HER
LOVER: THE SHORT STORY “FELICIDADE CLANDESTINA”, BY
CLARICE LISPECTOR, AND ANTONIO CANDIDO’S CONCEPTION
OF RIGHT TO LITERATURE*

*André Rodrigues Pádua**
*Júlia Veiga Camacho***

Resumo: A concepção atual de Direitos Humanos considera o indivíduo em sua subjetividade, e tal aspecto foi, ao longo da história, juridicamente amparado. Nesse sentido, Antonio Candido em seu ensaio “Direito à Literatura” explora como a dimensão literária é intrínseca a essa subjetividade, e imprescindível ao que denomina de processo humanizador do sujeito. Este artigo tem como objetivo analisar de que forma a literatura pode se inserir como um direito no âmbito da compreensão atualmente prevalecente acerca dos Direitos Humanos, partindo-se do processo de humanização descrito por Candido, e como esse processo é ilustrado no conto “Felicidade Clandestina” de Clarice Lispector. Assim, primeiramente estudar-se-á a atual concepção de Direitos Humanos, considerando a literatura como aspecto essencial para a formação e humanização dos indivíduos, em Candido. Após, analisar-se-á o conto de Lispector descritivamente, através da teoria literária, e interpretativamente, em relação aos conceitos de Candido, concluindo-se por como este conto ilustra o aspecto essencial humanizador da literatura.

Palavras-chave: Direito. Literatura. Conto. Clarice Lispector. Antonio Candido.

*Bacharel em Direito pela Unesp. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2944616213051341>.
E-mail: andre.rodrigues.padua@gmail.com.

**Graduanda em Letras pela Univesp. Bacharela em Direito pela Unesp.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2920376476675455>. E-mail: juliaveigacamacho@gmail.com.



Abstract: The current conception of Human Rights considers the individual in his subjectivity, and this aspect has been legally supported throughout history. In this sense, Antonio Candido in his essay "Right to Literature" explores how the literary dimension is intrinsic to this subjectivity, and essential to what he calls the humanizing process of the subject. This article aims to analyze how literature can be inserted as a right in the scope of the currently prevailing understanding of Human Rights, starting from the humanization process described by Candido, and how this process is illustrated in the short story "Felicidade Clandestina" by Clarice Lispector. Thus, firstly, the current conception of Human Rights will be studied considering literature as an essential aspect for the individuals' formation and humanization, in Candido. Afterwards, Lispector's tale will be analyzed descriptively, through literary theory, and interpretively, in relation to Candido's concepts, concluding how this tale illustrates literature's essential humanizing aspect.

Key words: Law. Literature. Short Story. Clarice Lispector. Antonio Candido.

1. INTRODUÇÃO

Tratar de Direitos Humanos implica refletir acerca dos elementos tidos como imprescindíveis a uma vivência, e não meramente sobrevivência, humana digna. Nesse sentido, para muito além de aspectos materiais tais quais alimentação, vestuário e moradia, o mais atualizado entendimento acerca dos Direitos Humanos - e que se encontra inclusive presente ao longo de toda a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 - considera a pessoa como "um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade como um valor intrínseco à condição humana" (PIOVESAN, 2009, p. 108), reconhecendo, portanto, uma dimensão de subjetividade própria a cada um que deve ser juridicamente amparada. Nesse contexto, o aspecto formativo primordial assumido pela linguagem¹ levou Antonio Candido a concluir, em célebre ensaio denominado "Direito à Literatura", pela consideração da própria literatura como Direito Humano, haja vista se tratar de elemento imprescindível para que se verifique uma efetiva humanização dos indivíduos, seja no que se refere à sua autopercepção enquanto tal, seja em relação à identificação do outro enquanto um semelhante, também dotado de profundidade subjetiva (CANDIDO, 2004, p. 176-178).

¹ Segundo o filósofo Jean Paul-Sartre, a linguagem "é nossa carapaça e nossas antenas, protege-nos contra os outros e informa-nos a respeito deles, é um prolongamento dos nossos sentidos. Estamos na linguagem como em nosso corpo; nós a sentimos espontaneamente ultrapassando-a em direção a outros fins, tal como sentimos as nossas mãos e os nossos pés; percebemos a linguagem quando é o outro que a emprega, assim como percebemos os membros alheios" (SARTRE, 2004, p. 19).

O presente artigo, assim, buscará investigar de que forma a literatura pode se inserir como um direito no âmbito da compreensão atualmente prevalecente acerca dos Direitos Humanos, tendo em vista o processo de humanização descrito por Antonio Candido no texto acima referido e sua relação com a ideia da identificação e reconhecimento, nos planos interior e exterior ao do indivíduo, de uma dignidade essencial e inerente à pessoa humana, analisando ainda de que forma tal processo é representado no conto “Felicidade Clandestina”, de Clarice Lispector.

Do ponto de vista metodológico, o presente artigo será dividido em duas etapas: na primeira, os argumentos de Antonio Candido serão expostos e analisados à luz da Filosofia do Direito e da doutrina especializada em Direitos Humanos. Serão apresentados, nesse momento, a conceituação dos Direitos Humanos, além de um breve resumo acerca do desenvolvimento da ideia de dignidade humana no contexto da filosofia ocidental e sua relação com o plano jurídico, de forma a melhor compreender a amplitude do alcance da compreensão dos Direitos Humanos no contexto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A partir de tais conclusões, realizar-se-á a análise da literatura como bem essencial à formação e humanização dos indivíduos, na linha da argumentação trazida por Antonio Candido no ensaio presentemente estudado. Ao final, de forma a realçar os argumentos expostos, será trazido ao debate o exemplo histórico do papel do romance epistolar, que durante o século XVIII, colaborou, ainda que limitadamente, com a formação de uma consciência de profundidade subjetiva nos indivíduos, reforçando o ideário que concebeu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, bem como o papel dos romances sociais do século XIX, os quais chamaram atenção para a grave degradação humana que se deu à sombra do vertiginoso processo de industrialização na Europa Ocidental, estimulando as lutas por justiça social e redução das desigualdades materiais naquele contexto.

Na segunda etapa, passar-se-á à análise propriamente literária do texto “Felicidade Clandestina”. Através do método de análise descritiva do conto, e concomitantemente analisado-o interpretativamente à luz das definições de Candido², serão destacados na narrativa elementos ilustrativos do processo de humanização

2 [...] A análise descritiva é aquela voltada para a decomposição do texto em elementos menores que o constituem e o fazem pertencer a um determinado gênero literário. [...] A análise interpretativa, por sua vez, volta-se para a compreensão das possíveis relações de sentido que se estabelecem entre tais elementos que constituem o todo textual e, também, para a compreensão das possíveis relações de sentido que se estabelecem entre a ordem que preside a organização de tais elementos sob a forma de texto e a história ali narrada. Além disso, a análise interpretativa também diz respeito às relações entre o texto e o seu leitor, o texto e seu autor, o texto e a escola literária à qual se vincula e com a qual dialoga, o texto e a sociedade, o texto e a história etc. (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 34).



a partir do contato com obras literárias, subsidiando uma compreensão da literatura como Direito Humano, graças aos processos por ela possibilitados de formação subjetiva e de elaboração das experiências de mundo vividas pelos indivíduos. Por fim, proceder-se-á a conclusão.

A pesquisa se caracteriza como jurídico-teórica e o procedimento utilizado é a pesquisa bibliográfica, com a consulta de fontes indiretas nos campos de estudo da Filosofia do Direito, Direitos Humanos e Teoria Literária, recorrendo também ao conto “Felicidade Clandestina” como fonte de análise literária. A pesquisa possui caráter interdisciplinar³, na medida em que mobiliza distintos saberes - no presente caso, Direito, Literatura e Teoria Literária - de forma a produzir um conhecimento integrado e articulado; nesse sentido, longe de consistir em uma suposta esquivia de um conteúdo propriamente jurídico, a interlocução entre saberes ora proposta permite abordar questões que a gramática do Direito estritamente considerado não consegue dar conta, tendo em vista a clausura de suas significações em um universo semântico próprio, de traços político-institucionais semiologicamente definidos. A riqueza do tipo de análise ora pretendida, assim, reside justamente no respiro que o campo literário, dotado de maior amplitude e pluralidade de significações, pode fornecer ao Direito, auxiliando a compreensão de aspectos que não seriam abordados por uma análise puramente jurídico-cientificista⁴.

3 Conforme explica Hilton Japiassu, a interdisciplinaridade diz respeito a um nível de articulação de conhecimentos em que “a colaboração entre as diversas disciplinas ou entre os setores heterogêneos de uma mesma ciência conduz a interações propriamente ditas, isto é, a uma certa reciprocidade nos intercâmbios, de tal forma que, no final do processo interativo, cada disciplina saia enriquecida” (JAPIASSU, 1975, p. 75, grifos no original).

4 Com efeito, em relação a este aspecto, o presente artigo se filia à orientação de Luis Alberto Warat, para quem “é impossível superar os impasses do pensamento jurídico da modernidade, reiterando os mitos e os rituais do paradigma cientificista, e continuando com um ponto de vista excessivamente jurídico sobre os seus próprios saberes, que não admitem pensar o Direito fora de seus próprios simulacros de sentido. Fuga do suporte epistemológico, semiológico, científico e tecnológico dos saberes do Direito, por considerá-los uma operação de recalque que oculta as faltas constitutivas da modernidade. Uma fuga que não pode ser interpretada como abandono das questões do Direito” (WARAT, 1995, p. 108). No mesmo sentido, dessa vez em relação à economia política, “[l]a literatura expresa, en sus estructuras y formas de decir, un sentido de la vida que es incompatible con la visión del mundo encarnada en los textos de economía política, y modela la imaginación y los deseos de una manera que subvierte las normas racionales de dicha ciencia” (NUSSBAUM, 1997, p. 25).

2. A LITERATURA COMO UMA EXPRESSÃO DE DIREITOS HUMANOS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS TEXTOS LITERÁRIOS

Grosso modo, tratam-se os Direitos Humanos de “reivindicações morais” resultantes de processos históricos de luta social simbólica voltada, por um lado, à proteção da dignidade humana e, por outro, à prevenção do sofrimento humano (PIOVESAN, 2009, p. 107-108). Nesse sentido, a noção fundamental sobre a qual se assentou toda a construção teórica de Direitos Humanos e que culminou na expressão normativa constante da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é justamente a ideia de que todos os indivíduos comungam de uma igualdade essencial decorrente de sua própria condição de seres humanos (COMPARATO, 1999, p. 168).

De acordo com a recapitulação histórica traçada por Fábio Konder Comparato na obra “A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos”, foi mais precisamente no chamado Período Axial, que vai dos séculos VIII a II a.C., que, no contexto do pensamento grego, o ser humano passou a ser mais enfaticamente objeto de uma reflexão filosófica voltada à compreensão de sua própria condição, enquanto possuidor de liberdade e consciência reflexiva. É assim que, pela primeira vez, “[o] homem aparece, a seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana” (COMPARATO, 2003, p. 9).

Se inicialmente o respeito ético aos indivíduos pela razão mesma de sua humanidade pautava-se principalmente em um motivo religioso, o desenrolar do pensamento filosófico ocidental se deu no sentido de gradualmente secularizar, a partir de bases racionais de pensamento, a compreensão acerca do fundamento da dignidade inerente a todo e qualquer indivíduo, tão somente pela condição de assim o ser. Tal movimento atingiu expressão fundamental na filosofia kantiana, que por considerar a pessoa humana como valor absoluto, deduzindo da própria autonomia que seu tratamento deveria ser orientado pelo chamado imperativo categórico, enquanto comando representativo do princípio ético que considera uma determinada ação desvinculada de finalidades exteriores e necessária por si mesma (COMPARATO, 2003, p. 19-20).

Nos períodos históricos subsequentes, o respeito ético ao valor absoluto da pessoa humana foi submetido a uma avaliação axiológica, resultando em



relevantes consequências do ponto de vista jurídico. De fato, a percepção de que a compreensão individual e as preferências de uma coletividade podem variar e se hierarquizar quanto ao peso dos elementos relacionados à realização e proteção da dignidade essencial da pessoa humana exige que haja um consenso ético ao qual os indivíduos se submetam, de forma a lograr sua convivência harmoniosa. Nesse contexto:

[o]s Direitos Humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

Por outro lado, o conjunto dos Direitos Humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica pode não coincidir com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado (COMPARATO, 2003, p. 25).

Durante a primeira metade do século XX - cujo término é coroado pela edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948 -, o pensamento filosófico existencialista agregou às noções centrais acima descritas uma perspectiva que compreende cada vida humana enquanto única e não reprodutível, diretamente imbricada em sua realidade existencial própria e que se encontra em constante modificação, através de um processo que jamais chega a se completar. A dignidade da pessoa, assim, se manifesta de forma singular nos indivíduos, no contínuo devir de suas existências (COMPARATO, 2003, p. 29).

O devido respeito e atendimento às necessidades relacionadas à condição essencial humana exige que para além da garantia das liberdades individuais relativas à locomoção, expressão e autodeterminação, também se leve em conta as condições materiais que possibilitem aos indivíduos exercerem sua plena autonomia e gozar de sua dignidade referente ao simples fato de humano ser. Como esclarece Flávia Piovesan, a Declaração de 1948, sendo responsiva ao constructo filosófico acima descrito, estabelece um legado de compreensão holística dos direitos nela enunciados, havendo

uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, há a visão integral dos Direitos Humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade, mas um depende do outro (PIOVESAN, 2009, p. 108).

Nesse aspecto, para além das condições tradicionalmente tidas como materialmente necessárias à garantia da sobrevivência humana - por exemplo alimento, água, vestuário, moradia, dentre outros - Antonio Candido compreende também a literatura como bem incompressível, o qual, em contraste com a classe dos bens compressíveis, não pode ser negligenciado a ninguém pelo fato de que satisfaz a uma necessidade fundamental dos indivíduos, sendo indispensável para a manutenção de sua integridade a nível psíquico e, portanto, para o devido respeito à dignidade humana (CANDIDO, 2004, p. 172-173).

Como evidencia o referido autor, a garantia de igualdade no acesso à literatura figura como elemento básico não só para que a proteção à dignidade humana seja amplamente assegurada a nível individual, sendo também essencial para a consolidação de um ambiente cultural de promoção de Direitos Humanos, mutuamente reconhecidos entre as pessoas. Isso se dá pelo fato de que a literatura, enquanto “linguagem carregada de significado”, como pretende Ezra Pound (2006, p. 32), explora toda a ambiguidade da linguagem em sua função nomeadora com o intuito de conceber múltiplos sentidos para os seres e objetos, para muito além de suas significações correntes (LAJOLO, 1984, p. 37-38), o que por um lado possibilita aos indivíduos ressignificar suas experiências ao mesmo tempo em que atinja sensivelmente a apreciação dos valores a serem observados nas relações com os demais.

O reconhecimento de tais efeitos potencialmente trazidos aos indivíduos pelo contato com a literatura faz Antonio Candido nela reconhecer um viés de humanização e inserção na realidade existencial, compreendidos como o cultivo, nas pessoas, dos caracteres reputados essenciais ao ser humano e que precisamente se identificam com as características de sua dignidade própria, a saber, “o exercício da reflexão, a aquisição do saber, a boa disposição para com o próximo, o afinamento das emoções, a capacidade de penetrar nos problemas da vida, o senso da beleza, a percepção da complexidade do mundo e dos seres, o cultivo do humor” (CANDIDO, 2004, p. 180), a partir de um processo que se desenrola nas três frentes a seguir expostas.

Em primeiro lugar, a obra literária representa, antes de qualquer outra coisa, a proposição de “um modelo de coerência, gerado pela força da palavra organizada” (CANDIDO, 2004, p. 177), que fornece ao leitor uma forma peculiar de se compreender o caos essencial que consubstancia a experiência do mundo⁵. Com

5 Como observa Marisa Lajolo, “[é] a literatura porta de um mundo autônomo que, nascendo com ela, não se desfaz na última página do livro, no último verso do poema, na última fala da representação. Permanece ricocheteando no leitor, incorporado como vivência, erigindo-se em marco do percurso de leitura de cada um [...]. Dá existência plena ao que, sem ela, ficaria no caos do inomeado e, conseqüentemente, do não existente para



efeito, a obra literária incute no indivíduo a ela atento uma forma particularizada de se olhar os fenômenos - por natureza inapreensíveis - que dizem respeito à existência de toda pessoa, possibilitando-o relacioná-los e organizá-los em sua consciência íntima, o que viabiliza um contato mais articulado e menos desorientado com os mesmos.

Em segundo lugar, a literatura por sua própria forma proporciona a expressão de valores e sensações responsivos à posição de grupos e indivíduos perante os fatos e experiências, o que se revela humanizador na medida em que viabiliza o exercício de um outro atributo essencial da existência, que é justamente o aspecto axiológico-emocional da racionalidade humana. De fato, “o homem é um ser essencialmente moral, ou seja, [...] todo o seu comportamento consciente e racional é sempre sujeito a um juízo sobre o bem e o mal. E este é mais um elemento componente da dignidade humana” (COMPARATO, 1997, p. 21). Nesse sentido, conforme esclarece Martha Nussbaum:

la novela [...] es una forma moralmente controvertida que expresa, con su forma y estilo, en sus modalidades de interacción con los lectores, un sentido normativo de la vida. Pide a sus lectores que observen esto y no aquello, que actúen de tales maneras y no de otras. Los induce a adoptar ciertas actitudes en vez de otras, con la mente y el corazón (NUSSBAUM, 1997, p. 26)⁶.

Finalmente, o texto literário traz consigo uma mensagem que, como consequência de um manejo formal esteticamente elaborado, redundando em uma eficaz modalidade de transmissão de conhecimento, que se realiza na incorporação no leitor dos conteúdos informativos obtidos a partir das experiências vividas pelo autor (CANDIDO, 2004, p. 179-180)⁷.

Como se observa, as facetas enunciadas por Candido em relação ao potencial humanizador da literatura relacionam-se menos com o conteúdo por esta veiculado do que pelos aspectos estéticos implicados na escrita literária, sendo importan-

cada um. E, o que é fundamental, ao mesmo tempo que cria, aponta para o provisório da criação”. (LAJOLO, 1984, p. 43).

6 “O romance [...] é uma forma moralmente controversa que expressa, com sua forma e estilo, em suas modalidades de interação com os leitores, um sentido normativo da vida. Pede a seus leitores que observem a isto e não aquilo, que ajam de certas maneiras e não de outras. Os induz a adotar certas atitudes em vez de outras com a mente e o coração” (tradução nossa).

7 Não obstante Antonio Candido considerar a transmissão de conhecimento pela via informativa como uma das frentes em que se processa a humanização pela literatura, Lajolo é assertiva ao negar a relação das informações veiculadas pela escrita literária com seu viés humanizatório, chegando mesmo a dizer que a “[l]iteratura não transmite nada”, mas que, em verdade, ela cria e projeta a existência (LAJOLO, 1984, p. 48).

te frisar que em vez de meramente transmitir informações, a literatura na realidade cria significações e sentidos para aquilo que é vivenciado, sendo propositiva de uma forma de ser e conhecer a si mesmo e aos indivíduos no contexto social. A centralidade da estética literária no contexto do processo de humanização diz respeito, assim, à importância da forma através da qual se dão a conhecer os sentimentos, impressões, experiências e realidades e que, justamente pelo modo em que apresenta tais mensagens, provoca eficazmente no leitor os efeitos de modulação e apuração de percepções próprios da literatura. Daí poder-se concluir que “[a] eficácia humana é função da eficácia estética, e portanto o que na literatura age como força humanizadora é a própria literatura, ou seja, a capacidade de criar formas pertinentes” (CANDIDO, 2004, p. 182).

A pesquisa histórica de Lynn Hunt, nesse sentido, ratifica a tese acima exposta na medida em que investiga as relações, para além dos fatores de ordem sócio-histórica, entre o ideário responsável por ensejar as declarações liberais de direitos humanos no século XVIII com a ampla difusão do romance epistolar na França e na Grã-Bretanha, com o destaque para os romances “Pamela” (1740) e “Clarissa” (1748), de Samuel Richardson, e Julia (1761), de Jean Jacques-Rousseau, os quais tiveram profundas influências psicológicas sobre seus leitores, majoritariamente pertencentes às classes médias urbanas (HUNT, 2009, p. 41). Àquela altura, o contato com os romances epistolares proporcionou aos indivíduos de forma mais ou menos ampla o desenvolvimento de uma ideia de si mesmo e do outro como seres dotados de profundidade psicológica e complexidade sentimental, justamente porque no decorrer da obra os personagens descrevem minuciosamente sua intimidade nas cartas, incutindo no leitor essa consciência (HUNT, 2009, p. 41-42). Em termos formais,

[n]o romance epistolar, não há nenhum ponto de vista autoral fora e acima da ação (como mais tarde no romance realista do século XIX): o ponto de vista autoral são as perspectivas dos personagens expostas em suas cartas. Os ‘editores’ das cartas, como Richardson e Rousseau se denominavam, criavam uma sensação vívida de realidade exatamente porque a sua autoria ficava obscurecida dentro da troca de cartas. Isso tornava possível uma sensação intensificada de identificação, como se o personagem fosse real, e não fictício [...]. O romance composto de cartas podia produzir esses efeitos psicológicos extraordinários porque a sua forma narrativa facilitava o desenvolvimento de um “personagem”, isto é, uma pessoa com um eu interior (HUNT, 2009, p. 43).

Nesse mesmo sentido, a notícia histórica dos chamados romances sociais do século XIX evidencia seu papel para a conscientização ampla dos problemas que o processo de industrialização suscitou sobre as populações de trabalhadores



na Europa Ocidental em termos de desigualdades materiais. Através de romances como *Germinal* (1885), de Émile Zola, *Os Miseráveis* (1862), de Victor Hugo e *Oliver Twist* (1837), de Charles Dickens, os leitores em diferentes situações sócio-econômicas entraram em contato com as circunstâncias de penúria que acometiam a população espoliada, e, como efeito da narrativa, foram mais intensamente expostos aos seus sentimentos de angústia e sofrimento e às condições que os levavam a fazer suas escolhas ao longo da vida. Esse tipo de comunicação, como observa Nussbaum, pode ser eficaz em incutir no leitor uma certa identificação e empatia pelos personagens retratados (NUSSBAUM, 1997, p. 32), tendo efetivamente conscientizado algumas parcelas da população para a atuação em prol da luta pelos direitos sociais e de igualdade material ocorridos a partir da segunda metade do século XIX (CANDIDO, 2004, p. 184-185).

Reconhece-se, portanto, a existência de uma dimensão formativa na obra literária que, para muito além da mera transmissão de um conhecimento a ser acumulado, desperta a consciência do leitor para distintas formas de se compreender a realidade e valorar os fenômenos da existência, conduzindo seu olhar para o reconhecimento de uma dimensão subjetiva interna dotada de profundidade que pode também ser reconhecida no outro, por mais distante que este possa parecer do ponto de vista sócio-econômico ou cultural. Tal, com efeito, se revela essencial para que uma cultura de respeito aos Direitos Humanos seja difundida e propagada no contexto da sociedade.

Para muito além da descrição teorizada dos efeitos do contato dos indivíduos com a literatura, contudo, importa averiguar como a própria forma literária, em toda sua abrangência e fluidez, aborda o processo de humanização ora tratado. É o que será realizado a seguir, através da análise do conto “Felicidade Clandestina”, no qual a autora Clarice Lispector retrata, a um só tempo singela e profundamente, a necessidade da literatura e os efeitos humanizantes por ela implicados, evidenciando-a como um verdadeiro bem incompressível.

3. O CONTO “FELICIDADE CLANDESTINA”, DE CLARICE LISPECTOR, COMO ILUSTRATIVO DO PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO ATRAVÉS DA LITERATURA

A partir da análise empreendida acerca do papel humanizador da literatura como sendo uma forma de expressão de Direito Humano, ilustra-se tal constatação com o conto “Felicidade Clandestina”, escrito por Clarice Lispector, através do método de análise descritiva do escrito, e concomitantemente analisado-o inter-

pretativamente (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 34) à luz dos conceitos de Antonio Candido. Publicado pela primeira vez em 1971, o texto integra a coletânea homônima composta por 25 textos que perpassam os gêneros de conto e crônica, e expõem o estilo clariciano de escrita envolvendo temas de família, infância, juventude, enfim, narrativas que retratam a busca por uma aparente felicidade inalcançável e, por vezes, clandestina.

O conto “Felicidade Clandestina” narra a história de uma jovem menina e o seu amor e encanto pelos livros. Ela, de família humilde, cobiça o novo exemplar de “As Reinações de Narizinho” de uma colega, filha de dono de livraria. Ao conhecer o desejo da protagonista pelo objeto, a colega instiga a vontade da jovem pelo empréstimo do exemplar, mas exerce uma espécie de “tortura chinesa” expondo desculpas que adiam o encontro do livro com a menina que o cobiça. Ao acaso, a mãe dessa colega toma conhecimento da atitude cruel da filha, e então permite o empréstimo do livro à menina, pelo tempo que quisesse. Por fim, extasiada, a jovem saboreia vagarosa e prazerosamente as páginas de “As Reinações de Narizinho”, usufruindo de uma felicidade até então adiada, através do livro e de sua leitura.

O texto objeto pertence ao gênero literário conto, caracterizado principalmente por sua brevidade, já que “[d]esde as origens, o conto é definido, formalmente, pela brevidade: uma narrativa curta e linear, envolvendo poucas personagens; concentrada em uma única ação, de curta duração temporal e situada em um só espaço” (COELHO, 2009). A partir da década de 1940, porém, nota-se uma alteração na estrutura formal originalmente identificada, vez que o texto passa a “se perder na interioridade de um eu-narrador em conflito com o meio ou perdido em seu próprio labirinto” (COELHO, 2009), exprimindo, diversamente, “uma ‘fatia de vida’, suficientemente expressiva para sugerir o drama humano em seu todo” (COELHO, 2009), através do registro de fatos cotidianos, podendo muitas vezes ser confundido com a crônica, retratando parte da vida de seu autor.

Tal fato explica o porquê do conto em estudo insinuar que o episódio narrado em “Felicidade Clandestina” faz parte da biografia da própria autora: conhecida por sua sensibilidade literária desde criança, Clarice narra a presente história a partir de seu próprio olhar em lembrança, rememorando detalhadamente o impacto da literatura em sua vida desde tenra idade (AMORIM, 2019, p. 42-43; GARCIA, 2017, p. 222), refletido na protagonista do texto.

É notável que, em seu vasto acervo literário, Clarice ganha destaque com sua forma única de escrita, que retrata ações cotidianas com uma escrita simples e ao mesmo tempo completa e profunda, adentrando-nos nos caminhos labirínticos da



mente das personagens construídas pela autora; emprega vocábulos que, aquém de seu sentido corrente, moldam-se para abarcar e suprir as necessidades de uma expressão tensa e sutil, administrando seu caráter dramático ao fato narrado, conotando que:

existe uma certa densidade afetiva e intelectual que não é possível exprimir se não procurarmos quebrar os quadros da rotina e criar imagens novas, novos torneios, associações diferentes das comuns e mais fundamente sentidas. A descoberta do cotidiano é uma aventura sempre possível, e o seu milagre, uma transfiguração que abre caminho para mundos novos. [...] Clarice Lispector aceita a provocação das coisas à sua sensibilidade e procura criar um mundo partindo das suas próprias emoções, da sua própria capacidade de interpretação. Para ela, como para outros, a meta é, evidentemente, buscar o sentido da vida, penetrar no mistério que cerca o homem (CANDIDO, 1977, p. 128).

Este fato não escapou ao texto de “Felicidade Clandestina”, estruturado em um “discurso subjetivo, nomeadamente o discurso modalizante, cuja presença é detectada pelo uso que faz dos modalizantes - expressões linguísticas que assinalam a atitude do interlocutor em relação ao conteúdo proposicional do seu enunciado” (AMORIM, 2019, p. 44). Ou seja, há recorrente uso de uma adjetivação apreciativa aos elementos e cadeia de ações do texto, trazendo o foco da história narrada à personagem principal através do recurso de personagem redonda, aprofundando sua densidade psicológica⁸ e, a partir desse excesso de adjetivos, Clarice desenvolve uma cadeia de ações baseada na busca pela felicidade de protagonista através do desejo pela posse do livro “Reinações de Narizinho”.

Para conseguir tal efeito, a autora utiliza-se do recurso narrativo de “autor onisciente intruso”, narrando em 1ª pessoa sua própria vivência e pensamentos, mas acrescentando impressões pessoais acerca da intimidade das demais personagens (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 42). Assim, trata-se de um narrador intradieético, narrando os acontecimentos de dentro da própria história, chamada focalização interna (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 41-42), no qual “o narrador apresenta o nível de onisciência ajustado ao do personagem, sem que haja transcendência, ou seja, o nível de saber é relativizado, pois os narrador sabe o que o personagem sabe” (AMORIM, 2019, p. 43), determinando uma visão fragmentada da história, focalizada na autora-personagem.

⁸ A protagonista, ou personagem principal, como aquela na qual giram os fatos centrais da narrativa, “apresenta um alto grau de densidade psicológica, ou seja, marca-se pela alinearidade no que se refere à relação entre os atributos que caracterizam, seu ser (a sua psicologia) e o seu fazer (as suas ações). Noutros termos: apresenta maior complexidade no que se refere às tensões e contradições que caracterizam sua psicologia e suas ações” (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 38-39).

Clarice assume dupla personalidade, ora narradora, ora personagem (AMORIM, 2019, p. 43), e, apesar da nítida focalização interna, e do conhecimento da história através de uma narradora parcial, proporciona relativa onisciência à autora-narradora a partir do amadurecimento da autora-personagem, por tratar-se de episódio ocorrido na infância da autora, de grande distanciamento entre o tempo dos fatos e o tempo da escrita. Como personagem, nos rememora suas ações de forma profunda e íntima, e como narradora acrescenta ampla interpretação pessoal às ações das demais personagens, apesar destas ainda serem classificadas como planas⁹ pelo baixo grau de densidade psicológica da narrativa em 1ª pessoa; Esse conhecimento relativamente mais aprofundado pode ser atribuído com a aquisição por reflexão e maturidade ao longo do tempo, destacando-se a antagonista, a “colega má”, detentora do livro desejado, em evidente contraponto com a protagonista:

Mas que talento tinha para a crueldade. Ela toda era pura vingança, chupando balas com barulho. Como essa menina devia nos odiar, nós que éramos imperdoavelmente bonitinhas, esguias, altinhas, de cabelos livres. Comigo exerceu com calma ferocidade o seu sadismo. Na minha ânsia de ler, eu nem notava as humilhações a que ela me submetia: continuava a implorar-lhe emprestados os livros que ela não lia.

Até que veio para ela o magno dia de começar a exercer sobre mim uma tortura chinesa. Como casualmente, informou-me que possuía “As Reinações de Narizinho”, de Monteiro Lobato (LISPECTOR, 2016, p. 393).

Assim, a verdadeira profundidade do texto está contida na descrição dos próprios pensamentos como autora-personagem, e nas ações externas como autora-narradora, mostrando “a possibilidade de adesão efetiva e intelectual do leitor, pelos mecanismos de identificação, projeção, transferência” (CANDIDO, 1968, p. 51). Clarice possibilita que conheçamos a intimidade da protagonista e características relativamente subjetivas das demais personagens da história, e “agindo dessa forma, o narrador demonstra um conhecimento limitado da diegese que, associado com a focalização interna, confere certa verossimilhança à representação subjetiva de uma personagem” (AMORIM, 2019, p. 44). Esta verossimilhança presente em “Felicidade Clandestina” é base para a compreensão do papel da literatura como meio humanizador do leitor através da concepção definida por Antonio Candido,

⁹ As demais personagens que compõem o texto, a “menina má” e sua mãe, são personagens planas estereótipo, ou seja, apresentam baixo grau de densidade psicológica e “a identificação se dá por meio da acumulação excessiva de signos que caracterizam determinada categoria social. [...] Pode-se dizer que, no texto literário, sua psicologia e suas ações são como que determinadas pela categoria social à qual pertence - fato normalmente constituído por meio da descrição dos seus atributos físicos e de seu figurino”. (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 39).



considerando a Literatura como uma expressão de Direitos Humanos, destacando-se a evidente existência de diferenças socioeconômicas na história, e a construção da importância do livro e da leitura para a vivência da autora-personagem.

A partir das definições de Candido, a evidente desigualdade socioeconômica, concentrando riquezas a uma pequena parte da sociedade (CANDIDO, 1968, p. 169), acentua um distanciamento social que reflete no âmbito da abrangência dos direitos humanos, uma vez que, nas definições de bens compressíveis e incompressíveis, “a fronteira entre ambos é muitas vezes difícil de fixar, mesmo quando pensamos nos que são considerados indispensáveis” (CANDIDO, 1968, p. 173).

O cerne do problema da caracterização da literatura como um Direito Humano, e sua definição como bem incompressível, está na delimitação de cada categoria de compressibilidade, no que tratar como indispensável, e quais critérios utilizar para a indispensabilidade. Candido entende que a literatura esteve, e está, presente na vida de todos os cidadãos, sendo impossível a abstenção completa desse tipo de imersão fictícia, e, portanto, entende que a literatura é indispensável ao ser humano, verdadeiramente como uma expressão de Direitos Humanos que deve ser garantida e respeitada (CANDIDO, 1968, p. 190-191), fixando, portanto, sua incompressibilidade.

Nesse sentido, o exercício descritivo no conto ora em estudo nos insere em uma narrativa na qual há evidente antagonismo entre as duas personagens: para além de considerações acerca da “menina má” e sua vítima, a protagonista, a autora nos apresenta à diferença socioeconômica entre ambas, sendo este o motivo do empréstimo que desencadeou as ações do conto, evidenciando tais diferenças em: “Mas possuía o que qualquer criança devoradora de histórias gostaria de ter: um pai dono de livraria”; “Como casualmente, informou-me que possuía “As Reinações de Narizinho”, de Monteiro Lobato”; “Era um livro grosso, meu Deus, era um livro para se ficar vivendo com ele, comendo-o, dormindo-o. E completamente acima de minhas posses. Disse-me que se eu passasse pela sua casa no dia seguinte e que ela o emprestaria”; “Ela não morava num sobrado como eu, e sim numa casa. Não me mandou entrar” (LISPECTOR, 2016, p. 393-394).

A impossibilidade da protagonista de possuir o livro desejado advém, em primeiro plano, portanto, da falta de recursos financeiros da autora-personagem; em segundo plano, caracteriza-se pela “crueldade” da colega possuidora da obra, que a manipula e a submete aos seus caprichos para o empréstimo. Desde as primeiras linhas do conto há menção à importância e ao afeto que a protagonista, uma devoradora de livros, possui em relação à literatura; a construção da insistência, ou

ainda, o desenvolvimento da “tortura chinesa” com o passar dos dias de desculpas da menina má, torna clandestina a busca da felicidade da autora-personagem, inserida em uma espiral de desejo e ilusão adiados. Em ambos os casos, porém, notamos que o íntimo da autora-personagem ainda pousa no livro e na expectativa de sua leitura, ilustrado em: “[...] eu me transformei na própria esperança da alegria: eu não vivia, eu nadava devagar num mar suave, as ondas me levavam e me traziam” (LISPECTOR, 2016, p. 394).

A construção temporal da narrativa também evidencia a importância que o livro e a leitura possuem na vida da autora-personagem, a partir do recurso narrativo de tempo subjetivo, ou psicológico¹⁰: não há uma descrição linear do tempo, vez que não é possível ter uma noção completa de quantos dias durou a busca pelo exemplar desejado. Mas as constantes idas à casa da colega demonstram a insistência e esperança da própria autora-personagem, aproximando-nos dos pensamentos da protagonista em fluxo de consciência¹¹, ilustrado em: “Mal sabia eu como mais tarde, no decorrer da vida, o drama do “dia seguinte” com ela ia se repetir com meu coração batendo”; “E assim continuou. Quanto tempo? Não sei. Ela sabia que era indefinido [...]”; “Quanto tempo? Eu ia diariamente à sua casa, sem faltar um dia sequer”; ia “literalmente correndo”, em notável ansiedade infantil que se repete em todas as tentativas, inclusive quando não consegue o empréstimo pelas “desculpas” da colega possuidora do exemplar (“Olhando bem para os meus olhos, disse-me que havia emprestado o livro a outra menina, e que voltasse no dia seguinte para buscá-lo”; “pois o livro esteve comigo ontem a tarde, mas você só veio de manhã, de modo que o emprestei a outra menina”) (LISPECTOR, 2016, p. 394-395).

A protagonista passa, então, a viver seus dias pela espera da chegada do livro às suas mãos, sempre adiada para “o dia seguinte”, submetendo-se, ao mesmo tempo, à crueldade da colega e à própria esperança da felicidade, esta sempre tão clandestina, que a continuava movendo. Esta construção da espera e da insistência externam uma verdadeira personificação do livro desejado pela protagonista, tornando-o um companheiro há muito tempo aguardado, porém ainda distante, vez

10 O tempo psicológico, ou subjetivo, “[v]incula-se ao tempo cronológico, mas difere deste porque se trata do tempo da experiência subjetiva das personagens. Caracteriza-se, pois, o tempo vivencial destas, o modo como elas experimentam sensações e emoções no contato com os fatos objetivos e, também com suas memórias, fantasias, expectativas” (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 46).

11 O fluxo de consciência é um recurso de subjetivação temporal “utilizado para aproximar minimamente o leitor da vida interior da personagem, composta por elementos do consciente, do subconsciente e do inconsciente” (FRANCO JÚNIOR, 2009, p. 48).



que, guiando-se pela “promessa do livro, o dia seguinte viria, os dias seguintes seriam mais tarde a minha vida inteira, o amor pelo mundo me esperava, [...]” (LISPECTOR, 2016, p. 394).

Ilustra-se assim o que Candido conclui sobre a literatura ser uma forma de visão de mundo, de entender o que já se conhece e de conhecer algo que não se entende, vez que “ela não corrompe nem edifica, portanto; mas, trazendo livremente em si o que chamamos o bem e o que chamamos o mal, humaniza em sentido profundo, porque faz viver” (CANDIDO, 2004, p. 176). A partir da detalhada descrição das ações e emoções da protagonista pela autora-narradora, caracteriza-se um processo de identificação pela personagem (HUNT, 2009, p. 28-29), aproximando o leitor do anseio da protagonista¹², permitindo-nos sentir, conforme Candido, a esperança da leitura pela tentativa diária da autora-personagem ao encontro com seu objeto de desejo, superando a frustração pela ausência, guiada pela promessa do livro e pelo amor ao mundo que a esperava, complementado pelo autor:

[...] tocamos numa das funções capitais da ficção, que é a de nos dar um conhecimento mais completo, mais coerente do que o conhecimento decepcionante e fragmentário que temos dos seres. Mais ainda: de poder comunicar-nos este conhecimento. De fato, dada a circunstância de ser o criador da realidade que apresenta, o romancista, como o artista em geral, domina-a, delimita-a, mostra-a de modo coerente, e nos comunica esta realidade como um tipo de conhecimento que, em consequência, é muito mais coeso e completo (portanto mais satisfatório) do que o conhecimento fragmentário ou a falta de conhecimento real que nos atormenta nas relações com as pessoas (CANDIDO, 1968, p. 59).

O processo de humanização ocorre com a autora-personagem antes e depois do momento de seu encontro com o livro desejado. Antes, enganada inúmeras vezes pela colega, e por seu próprio desejo cego, submeteu-se aos incontáveis dias de insistência nas visitas para o empréstimo, movidos, principalmente, pela esperança da posse do livro e sua leitura; depois, pelo encontro esperado e pela concretização dos momentos junto ao livro, superando suas expectativas de experiência, concluindo, dessa forma, o processo de humanização através da literatura proposto por Candido.

Recebendo o exemplar em condição ainda melhor do que poderia imaginar, “pelo tempo que quisesse”, finalmente “vivendo com ele, comendo-o, dormindo-o”,

¹² A intimidade escancarada na ficção fez com que muitos leitores se identificassem com os sentimentos dos personagens, ou mesmo pela sensibilidade empregada, que sentissem o que o outro sentia, desenvolvendo um senso de empatia. A empatia sentida transcendia fronteiras de classe, sexo e nação, desenvolvendo e fazendo circular, assim, o termo “Direitos Humanos”: “Os direitos humanos só podiam fazer sentido quando os camareiros fossem também vistos como homens” (HUNT, 2009, p. 22).

transbordada em êxtase pela realização do desejo, a protagonista não mais correu pelas ruas de Recife em expectativa, mas levou-o andando cuidadosa e vagarosamente em profunda realização. Apesar de ainda ser clandestina, esta felicidade adiada, viveu profundamente o livro, superando as suas próprias idealizações de amor a esta história, apreciando-o somente, transformando-se da menina com seu livro à mulher com seu amante.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise histórico-cultural proposta por Fábio Konder Comparato, é possível notar que o surgimento e o desenvolvimento dos Direitos Humanos estreita-se com uma concepção racional de igualdade entre os seres humanos, desenvolvendo-se em aparato juridicamente garantido e protegido através da Declaração Universal de Direitos Humanos. Assim, a proteção destes direitos se dá pela garantia das liberdades individuais através de disponibilização de aparatos materiais para o pleno exercício da autonomia do ser humano.

Para Antonio Candido, a literatura pode ser considerada como uma dessas formas de garantia e expressão de Direitos Humanos, ao que define como bem incompressível, vez que é indispensável ao ser humano, e auxilia e participa no processo de humanização do ser e, através do conhecimento do outro em sua subjetividade, desenvolve um senso de consciência sobre si e sobre o próximo. Além disso, a literatura permite experiências fora da realidade concreta, visando o lazer, desenvolvimento da cultura, e incentivando o conhecimento para o pleno desenvolvimento em sociedade.

Considerando tais elementos da literatura, o conto “Felicidade Clandestina” de Clarice Lispector bem demonstra o processo de humanização proposto por Candido: narrando a história de uma menina devoradora de livros, a autora-narradora constrói toda sua trajetória de persistência através do carinho pelo livro e desejo pela leitura, em meio ao intenso desejo e às dificuldades do empréstimo de “Reinações de Narizinho”, promovendo a inserção do leitor na subjetividade da personagem principal de modo a fazê-lo compreender todo seu desejo pela literatura apesar das adversidades e obstáculos materiais que por muito tempo impedem o encontro da autora-personagem com o livro tão cobiçado. Nesse sentido, a abordagem de Lispector acerca do processo humanizatório que caminha com a literatura revela, não somente seu status de verdadeira necessidade, mas também de que forma o simples contato com um livro ficcional é capaz de provocar o ama-



durecimento sentimental dos leitores, o que conjuntamente resulta na eventual transformação de suas compreensões de mundo, metamorfoseando-os de meninas com seus livros para mulheres com seus amantes.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Rosana Araújo da Silva. Análise do conto “Felicidade Clandestina” de Clarice Lispector. *Estudos IAT*, Salvador, v. 4, n. 2, p. 42-49, set. 2019.
- CANDIDO, Antonio. A personagem do romance In. CANDIDO, A; ROSENFELD, A; PRADO, D; GOMES, P. *A personagem de Ficção: Debates*. 2. ed. - Editora Perspectiva, 1968.
- CANDIDO, Antonio. Direito à Literatura. In: CANDIDO, Antonio. *Vários Escritos*. 4. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2004. p. 169–191.
- CANDIDO, Antonio. No raiar de Clarice Lispector. In: CANDIDO, Antonio. *Vários Escritos*. 2. ed. - São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1977.
- COELHO, Nelly Novaes. Conto. *E-Dicionário de Termos Literários (EDTL)*, coord. de Carlos Ceia, ISBN: 989-20-0088-9, dez. 2009. Disponível em: <<https://edtl.fcsh.unl.pt/encyclopedia/conto/>>, Acesso em: 03 ago. 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3 ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos Humanos no Brasil: passado e futuro*. *Revista USP*, [S. l.], n. 43, p. 168-175, 1999. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i43p168-175. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/29841>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, 1997, p. 21. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.
- FRANCO JÚNIOR, Arnaldo. Operadores de leitura da narrativa in: BONNICI, Thomas; ZOLIN, Lúcia Osana (org.). *Teoria literária: abordagens históricas e tendências contemporâneas*. 3. ed. Maringá: Eduem, 2009.
- GARCIA, Lucilene Machado. Clarice Lispector em Felicidade Clandestina: a poética do eu. *La Palabra*, n. 30, p. 217-230, enero-junio, 2017.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das letras, 2009.
- JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. 1 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1975.
- LAJOLO, Marisa. *O que é Literatura?*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.



- LISPECTOR, Clarice. Felicidade Clandestina. In: LISPECTOR, Clarice. *Todos os Contos*. Organização de Benjamin Moser Rio de Janeiro: Rocco, 2016.
- NUSSBAUM, Martha. *Justicia Poetica*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 1, p. 107–113, mar. 2009.
- POUND, Ezra. *ABC da Literatura*. Trad.: Augusto De Campos e José Paulo Paes. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SARTRE, Jean-Paul. *Que é a literatura?* 3. ed. São Paulo: Ática, 2004.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.



DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

PARTICIPATORY DEMOCRACY AND TRANSPARENCY PORTALS WITHIN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

Gabriela Rosa de Andrade*
Juliana Silva Gomes**

Resumo: Trata-se da participação popular como fator essencial para a construção de uma sociedade democrática. Nesse contexto, aborda-se o fenômeno da participação cidadã no âmbito da administração pública, em relação aos gastos públicos durante a pandemia da Covid-19. Em específico, estudou o conceito de democracia participativa e suas camadas da participação popular, como também analisou quadros comparativos de gastos nos anos de 2020 e 2021, por meio da metodologia de estudo bibliográfico. Concluiu-se que a democracia participativa brasileira ainda passa por uma crise de legitimidade, em que os preceitos da democracia participativa não estão efetivamente inseridos no cotidiano popular e da esfera política e civil da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Democracia participativa. Gastos públicos. COVID-19.

Abstract: This study is about popular participation as an essential factor for the construction of a democratic society. In this context, the phenomenon of citizen participation within the scope of public administration is addressed, in relation to public spending during the Covid-19 pandemic. Specifically, it studied the concept of participatory democracy and its layers of popular participation, as well as analyzing comparative spending tables in the years 2020 and 2021, through the methodology of bibliographic study. It was concluded that Brazilian participatory democracy is still going through a crisis of legitimacy, in which the precepts of participatory democracy are not effectively inserted in popular daily life and in the political and civil sphere of Brazilian society.

Keywords: Participatory democracy. Public expenses. COVID-19.

***Graduanda** da 5ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário da UNDB.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5992457793736932>. E-mail: gabrielarosa1807@gmail.com

****Graduanda** da 5ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário da UNDB.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3527997329977614>. E-mail: julianassilvagomes@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Frente ao cenário de pandemia da Covid-19, os Estados e seus governantes precisaram transformar o posicionamento frente a uma série de novas demandas de grande urgência, atingindo todo o âmbito da saúde pública coletiva.

Viver em sociedade requer, além do convívio harmônico de todas as partes, a participação ativa de todos que compõem esse coletivo. Nesse aspecto, a cidadania diz respeito a voz e o poder de ação de cada cidadão, que juntamente com os novos meios de comunicação social, como mídias sociais, tem assumido cada vez mais um papel transformador e de grande influência nas decisões políticas.

Os representantes do povo, ocupantes de cargos políticos estão sob vigilância constante. Dentro deste âmbito, a participação cidadã e sua atuação podem ser percebidas pela administração pública, bem como as manifestações populares que contradizem as políticas impostas. Por isso, levanta-se o questionamento se o cidadão brasileiro tem fiscalizado a atuação do poder público durante o período da pandemia da Covid-19, além de buscar entender como é feita essa fiscalização.

Além disso, entende-se que a democracia possui um conceito histórico, apresentado por Lincoln, como governo comandado pelo povo e para o povo. Entretanto, sabe-se que a realidade não é bem essa, visto que esse modelo ideal não é aplicado de modo efetivo nem no Brasil, nem no mundo (MACEDO, 2008). Assim, o que é possível perceber nos Estados Democráticos é a eleição de pessoas pela sociedade como representantes, porém, não necessariamente, essas representam a vontade da população.

Nessa perspectiva, a Pandemia trouxe à tona a importância da participação popular direta na tomada de decisões pela Administração Pública. Desse modo, o início da pandemia, em 2020, foi marcado por decisões que afetaram a população, principalmente as classes mais vulneráveis.

Ademais, a ausência de políticas de saúde que amparassem o aumento dos casos da Covid-19, trouxe a urgência da aplicação de vacinação em massa. Entretanto, a resposta do Poder Público não acompanhou a necessidade da população, uma vez que a discussão dentro do setor público atrasou o início da vacinação no País, conforme foi apurado por meio de Comissão Parlamentar de Inquérito, conhecida popularmente como CPI da Covid, que investigou a compra de vacinas pelo Governo Federal (SENADO, 2021).



Desse modo, isso mostra que, nesse caso, embora a vacinação fosse uma demanda popular, esta não foi efetivamente considerada pelos representantes do povo, visto que houve atraso nas negociações por erro da própria administração.

Nesse contexto, a temática em questão foi selecionada pelo caráter curioso no que tange a participação popular para as decisões administrativas, no que diz respeito, principalmente, à Pandemia da Covid-19. Dessa maneira, sendo de suma importância o entendimento acerca das configurações da Democracia Participativa, buscando averiguar os impactos causados por esse regime na política de gastos da Administração Pública.

De mais a mais, o aspecto atual do tema demonstra ser uma área ainda pouco explorada pela pesquisa. Portanto, carecendo de investigações, por intermédio dos poucos materiais presentes. Desse modo, faz-se necessário o estudo para elucidar as questões envolvidas no que tange ao assunto.

Em suma, é inegável que há um empoderamento do povo ao oportunizar o exercício direto do seu papel democrático nas decisões do Estado. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo analisar a configuração teórico-metodológica da Democracia Participativa. Ainda, deve-se explorar por meio de base de dados, os impactos da participação cidadã nas decisões administrativas durante a Pandemia do novo coronavírus.

Ainda, faz-se necessário verificar os gastos realizados pela autoridade administrativa, a fim de compreender a relação desses gastos com os anseios da população. Em seguida, discute-se acerca dos impactos do mundo digital nos meios democráticos, uma vez que a internet é o meio de comunicação mais utilizado no mundo, bem como a compreensão das diversas modalidades de inclusão do cidadão nas resoluções administrativas.

Por fim, o presente trabalho realiza uma pesquisa bibliográfica e exploratória. Por meio da dedução, o estudo realizado busca compreender como a democracia participativa pode estar inserida no contexto da pandemia da covid-19, por intermédio da análise de notícias e portais de transparências.

Em continuação, procura elucidar questões acessórias a temática principal, no tocante aos novos caminhos da era tecnológica para a participação cidadã e o debate acerca do que o Direito, no seu campo doutrinário, como também no cenário científico, objeto de estudo de outros artigos científicos e teses de mestrado, tem a acrescentar sobre a temática, no que diz respeito aos níveis dessa democracia participativa, os níveis de troca entre o Estado e a sociedade. Além de também



abordar quais mecanismos a população pode e deve tomar conhecimento, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

2. CONFIGURAÇÕES TEÓRICO-METODOLÓGICAS DAS DEMOCRACIAS

Primeiramente, deve-se abordar a democracia, de modo a entender a sua composição teórico metodológica. Assim, analisando as demais configurações democráticas existentes. Para tanto, faz-se necessário um maior entendimento acerca da relação da democracia no que concerne à Constituição de 1988.

De um modo geral, entende-se como democracia, o dito governo do povo, cujo objetivo é suprir as necessidades da população. Assim, a forma conceitual de governo do povo, pelo povo e para o povo (MACEDO, 2008 apud SILVA, 2000), é somente o resumo do que se conhece como democracia. Assim sendo, o significado de democracia vai além do governo do povo.

Destarte, o cientista político Norberto Bobbio (1986), traz à luz o conceito de democracia como sendo a contraposição aos governos autocráticos. Desse modo, Bobbio defendeu a existência de somente uma forma correta de democracia, isto é, a que permite se opor aos regimes autocráticos. Além do mais, a democracia é caracterizada por um conjunto de regras que vão estabelecer quem está autorizado para comandar as decisões coletivas e quais seriam os procedimentos permitidos.

À vista disso, quem estaria autorizado para tomar decisões seriam todos aqueles que, para a legislação brasileira, estariam aptos, isto é, a partir dos 16 (dezesesseis) anos completos até o dia das próximas eleições, por exemplo. Ainda, Bobbio apresenta que o procedimento permitido para tomada de decisão coletiva deve ser, de um modo geral, a eleição entre alternativas reais, levadas pela regra da maioria, isto é, a maioria das pessoas aptas a votar escolhem uma alternativa dentre duas ou mais. Em suma, é observado que, em uma sociedade, nem todos podem tomar as decisões, mas aqueles que decidem devem seguir o procedimento da escolha de apenas uma alternativa por meio da regra da maioria. (BOBBIO, 1986).

Em pertinências ao assunto, faz-se necessário entender a configuração teórico-metodológica, isto é, democracia indireta, direta, semidireta e participativa, sendo esta última, tema de debates sobre sua classificação. Em primeiro plano, analisa-se que a origem da Democracia nos remete a Atenas, durante o período de governo do considerado pai da democracia, Clístenes. Os gregos em sua sociedade democrática utilizavam a democracia direta, ou seja, a população decidia todas



as questões políticas por meio de votação. Todavia, considera-se utópica, esse tipo de democracia, tendo em vista as dificuldades enfrentadas para contabilização de votos, uma vez que o contingente populacional apenas aumenta (MACEDO, 2008).

Por sua vez, na democracia indireta, dita também como representativa, o povo elege pessoas por meio do voto, de forma periódica, para tomar as decisões baseadas nos anseios da população majoritária (MACEDO, 2008). Todavia, diversas críticas no que tange a legitimidade são feitas à democracia representativa. Desse modo, fala-se da chamada “crise de legitimidade” que apresenta o afastamento por parte do representante de seus representados após ser eleito (MACEDO, 2008).

Assim, demonstrando o sentimento da falsa representação que aflige a sociedade. Paulo Bonavides (2001), jurista brasileiro, critica esse tipo de democracia, tendo em vista a perda do poder popular nas decisões coletivas. Desse modo, o jurista aborda a manipulação em massa da soberania popular em países da América Latina, em que governantes se mantêm no poder por meio de mandatos contínuos, sendo uma ditadura camuflada (BONAVIDES, 2001).

Desse modo, entende-se que na democracia representativa, quem de fato comanda a política é a elite. Nesse contexto, essa parcela pequena da sociedade, tende a buscar os seus próprios anseios e não o da população que a elege. Ainda, trata-se a democracia representativa como democracia liberal, que traduz a ideia de que as pessoas mais abastadas possuem maiores condições de conduzir o Estado (MACEDO, 2008). Nesse contexto, Paulo Bonavides (2001) afirma sua crítica à democracia representativa caracterizada pelo governo neoliberal:

O governo do neoliberalismo cria um Estado vassalo, uma feitoria colonial, uma sociedade de servos do capital, sem memória de seu passado de lutas pela cidadania, quando foi povo e nação e hoje é, tão-somente, este cadáver que a ideologia dos globalizadores embalsamou, depois de inocular-lhes a peçonha da morte e da destruição. (BONAVIDES, 2001).

Ainda, no que se refere à democracia semidireta, essa busca elucidar essa crise de legitimidade enfrentada pela democracia indireta. Desse modo, mesclando institutos presentes na democracia direta e indireta (MACEDO, 2008). Em resultado, acaba-se por vezes mesclando a conceituação entre a democracia semidireta e participativa.

Entretanto, diversas são as diferenças doutrinárias no que concerne à conceituação da democracia participativa, apesar de ser dito por diversos autores como sendo sinônimo para democracia semidireta. Todavia, a democracia participativa possui uma abrangência universal, que tem por intuito realizar todos os

mecanismos necessários para que a população participe nas decisões políticas (MACEDO, 2008).

No que tange a Carta Magna de 1988, é visto que todo o poder político será do povo e pelo povo, que deverá eleger seus representantes, logo, revelando o caráter democrático indireto. Ainda, o cunho da democracia direta também é visível, uma vez que a Constituição complementa dizendo que se deve utilizar meios para participação popular.

Inclusive, apesar dessa mistura de democracia direta e indireta, não cabe apresentar o Estado Brasileiro como uma democracia semidireta, tendo em vista a constante tentativa da Constituição Federal de abranger toda população na vida política. Portanto, a Carta Magna revela por meio de institutos inovadores, o esforço para incentivar o controle e a participação popular nas decisões e na administração pública (MACEDO, 2008).

Em suma, entende-se a democracia como um sistema que possui diversas configurações, tendo seu início no período clássico, na Grécia. Por conseguinte, após as mudanças ocorridas na própria sociedade, tem-se o que se conhece como democracia. Assim, o Estado Brasileiro adotou o modelo de democracia que busca atender a população brasileira, por meio de sua Constituição extensa e programática.

3. GASTOS PÚBLICOS REFERENTES À PANDEMIA DA COVID-19

O coronavírus, que teve seu início no final de 2019, disseminou-se por todo mundo, trazendo enormes preocupações para as nações. Nesse contexto, os países precisaram alterar a forma de administrar as suas sociedades, tendo em vista a necessidade emergencial de promover a assistência de qualidade a população que estava sofrendo com as consequências da doença.

Nessa lógica, o enfrentamento frente a Covid-19 trouxe para o governo federal um novo desafio, haja vista o desconhecimento, nos primeiros anos de pandemia, acerca das principais causas do vírus e de como enfrentá-lo. Em vista disso, antes da vacinação ter começado, o que se almejava com os gastos na área da saúde era uma redução de danos e mortes, tentando amenizar o quadro de transmissão em massa dentro do país.

Dessa maneira, para elucidar o painel de gastos públicos para a população, foi criado o Portal Siga Brasil, monitorado e mantido pela Consultoria de Orçamentos,



Fiscalização e Controle do Senado (Conorf). Nesse quesito, o objetivo central da criação do portal é de manter a população atualizada das mudanças propostas pelo governo federal e fazer uma prestação de contas com a sociedade civil (PORTAL SIGA BRASIL).

Ademais, quando explicitada a diferença orçamentária de gastos feitos pelo Estado, nota-se uma queda notável do ano de 2020 para o ano de 2021. Essa queda, não especificada pelo governo, afeta a assistência prestada aos civis no que diz respeito ao acesso à saúde e atendimento médico. Para tanto, no cenário brasileiro de saúde pública, a falta de medicamentos e a lotação de leitos de hospitais públicos é de conhecimento comum, no período de pandemia, esse cenário pouco mudou, como também foi acrescido do aumento de enfermos da Covid-19 à espera de atendimento médico (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE).

Outra questão que merece destaque é o desalinhamento entre os entes federados e o poder executivo, dado os posicionamentos controversos apresentados pelo presidente da República, os governos possuíam autonomia para agir de acordo com suas visões acerca do problema enfrentado. O Consórcio Nordeste, documento fundado pela Lei nº 14.087/2019, procurava amenizar essa separação política, principalmente na região Nordeste, agravada pela grande disparidade social e escassos recursos orçamentários.

Os termos indicam que o Comitê Científico foi criado, especialmente, para prover informações qualificadas sobre a Covid-19 para os consorciados, ou seja, para os governos estaduais nordestinos, indicando possíveis medidas a serem tomadas, especialmente aquelas que levem à diminuição do espriamento da doença (PEREZ; SANTANA, 2020, p. 265).

Em maior abrangência, o Poder Executivo sancionou a Lei 13.979/2020, com o intuito de dispor de medidas para o enfrentamento da nova pandemia global. Em suma, a lei prevê os meios de atuações para o combate do novo vírus, bem como a liberação para as determinações das medidas de isolamento (art. 3º), para além, dispensa qualquer autorização prévia do Ministério da Saúde acerca das decisões dos entes federados (art. 7º).

Não obstante a vigência da Lei nº 13.979/2020, observou-se que os entes estaduais e municipais passaram a editar uma série de medidas restritivas de direitos previstos constitucionalmente, de maneira descoordenada, ignorando a esfera de competência reservada à União para tratar sobre questões de saúde (BARBOSA RAMOS; COSTA, 2020, p. 56).

Por esse ângulo, os decretos municipais, dada sua autonomia, protocolaram medidas sem qualquer conhecimento das ações entre os entes, em completa desuniformidade entre as cautelas ou liberações de cada governo. Percebe-se assim a crise do federalismo brasileiro, que encontra obstáculos para um encontro harmônico entre os posicionamentos dos entes federados, para o atendimento e assistência à população afetada pelo vírus.

Em análise, fica perceptível que mesmo com órgãos que visam a proteção a união dos entes federados e sua cooperação, como o Consórcio Nordeste, mostram-se instáveis as demandas maiores, e buscam a resolução de conflitos no Poder Judiciário, com a tentativa de manter e garantir o pacto federativo brasileiro (CALDAS; LIMA, 2020).

Assim, no ano de 2020, em notícia publicada pelo site do governo federal, no setor do Ministério da Economia, 25% do orçamento federal foi direcionado ao combate ao novo coronavírus, sendo este o equivalente a 635 bilhões de reais de déficit primário para despesas extraordinárias constitucionalmente permitidas. Ainda, no mesmo ano, o governo editou 40 medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários para combate à pandemia (SENADO NOTÍCIAS).

Por fim, no ano de 2021, houve uma queda expressiva nesses gastos públicos extraordinários, o orçamento federal direcionado para o combate ao vírus foi apenas de 7%, uma contribuição ínfima quando comparado ao ano anterior, refletindo o novo rumo tomado pelo Estado com o começo da vacinação em massa, deixando de lado a prevenção e a redução de danos (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE).

Além disso, fica ainda perceptível esse aspecto quando analisados os dados apresentados pelo portal de transparência do Tesouro Nacional (Tesouro Nacional Transparente), em que os gastos pagos visando o auxílio emergencial a pessoas em situação de vulnerabilidade passaram de 293,11 bilhões de reais, em 2020, para 60,58 bilhões de reais (TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE, BRASIL, 2020).

Nesse âmbito, com as polêmicas acerca dos posicionamentos dados pelo Poder Executivo frente o enfrentamento a pandemia da COVID-19, o pacto federativo brasileiro entrou em crise e instabilidade, tornando-se forte obstáculo para a redução no combate a disseminação do coronavírus no país, bem como contribuiu com o aumento do número de mortes, haja vista a ausência de medidas efetivas em alguns municípios e a adoção de medidas diametralmente opostas às recomendações científicas advindas do trabalho de pesquisadores nacionais e internacionais (CALDAS; LIMA, 2020).





4. GRAUS DE PARTICIPAÇÃO NA DEMOCRACIA DIGITAL

Dentro do contexto de integração entre Estado e população, os meios tecnológicos se tornaram grandes ferramentas para encurtar a distância entre esfera política e esfera civil. A democracia digital diz respeito a maior participação da sociedade nos processos de produção e de decisão política, o objetivo do uso de tecnologia da informação é trazer com maior praticidade o ideal de democracia direta, advinda da Grécia antiga (GOMES, 2005).

Para tanto, a democracia digital pode atingir diversos graus de participação, no que diz respeito à atuação e nível de interação direta com o público alvo. A atuação e o ideal de cada grau varia, não tendo eles relação entre si, porém é possível que um plano político pode estar dentro de um grau de democracia e outro plano político pode estar mais direcionado para um grau diferente de democracia digital e participação popular (SILVA, 2005, p. 454)

No primeiro grau de democracia digital, sua ênfase está na disponibilidade de informação, o ciberespaço e o uso da internet se fazem presentes para prestação de serviços públicos com excelência (SILVA, 2005, p.454). Este grau tem como maior enfoque a eficiência instrumental da relação política, onde estão presentes dois papéis nessa relação: a de fornecimento de informação básica, produzida pelo Estado e o acolhimento dessas informações, tendo como destinatário a população. A figura do cidadão se confunde com a figura de consumidor, diante desses interesses distintos (GANDY, 2002, p. 453, apud SILVA).

O segundo grau de democracia digital pode ser entendido como a colheita da opinião pública feita pela esfera Estatal, em que a opinião seria direcionada para a tomada de decisões políticas e transformaria o Estado como consultante do pensamento civil. Porém, ainda é averiguado que o objetivo não é de criar um canal direto de comunicação, mas apenas de colher opiniões, apenas emite sinais para o público a fim de receber algum retorno. (SILVA, 2005, p. 455).

Já no terceiro grau de democracia digital, o que está representado é a ideia de *accountability* ou prestação de contas. Para este grau existe uma maior permeabilidade da esfera civil no campo político, produz uma maior preocupação na responsabilidade política, mais no sentido de dar respostas e, com isso, um maior controle popular sobre as ações governamentais, bem como apresenta Silva (2005). Diferente do primeiro grau, que no seu objetivo principal, tem como única preocupação apenas o repasse de informações, a publicidade no terceiro grau procura fortalecer a cidadania, findando evitar a prática do segredo (GOMES, 200a, p.

120, apud SILVA). Essa permeabilidade é marcada pelo controle público das ações governamentais, em contrapartida, a produção da decisão ainda permanece restrita à esfera política (SILVA, 2005, p. 456).

Os princípios norteadores do quarto e quinto grau de democracia digital estão bastante distantes da realidade brasileira, não sendo proveitoso para a construção do debate, abordá-los com muita profundidade. O quarto grau está fixado no contexto de democracia deliberativa, na qual requer maior interação democrática, pois seu enfoque está na abertura de processos e mecanismos de discussão direta, visando o convencimento mútuo, onde participantes propõem e desafiam reivindicações (DAHLBERG, 2001, p. 167). Já o quinto e último grau de democracia digital é baseado no completo idealismo de uma democracia direta, que acarretaria uma mudança significativa no modelo democrático, pois a esfera civil ocupa o lugar da esfera política na produção de decisão (SILVA, 2005, p. 457).

Analisando os diferentes graus de democracia digital, proporcionado pelas tecnologias de informação e o uso da internet, fica perceptível que podem existir diferentes objetivos a serem alcançados pelos representantes políticos e que tipo de interação eles estão dispostos a oferecer. Percebe-se que a permeabilidade da sociedade no campo decisório governamental pode estar ligado a um sistema de controle de poder, a qual tipo de canal de comunicação os governantes querem proporcionar e se estão dispostos a receber o retorno, positivo ou negativo, da população, e mais, se estariam abertos a usar esse retorno como ferramenta de manutenção do ato democrático (GOMES, 2005).

Logo, é perceptível dentro do âmbito político brasileiro, a implementação desses graus de democracia digital. Quando se pensa em um portal de transparência, está sendo vislumbrado um terceiro grau de democracia digital, de prestação de contas, com o propósito de evitar a exclusividade da informação para o poder estatal e maior controle para o povo. Nesse cenário, todas as decisões políticas estariam disponíveis para o conhecimento da população, bem como teriam ainda poder de crítica e participação. Consequentemente, seu caráter democrático é definido pela transparência nos atos decisórios e nas movimentações governamentais, que se mostrariam abertas à participação popular.

Porém, a realidade prática está muito mais direcionada a um primeiro grau de democracia digital, disfarçada de terceiro grau, por não existir esse escopo de co-lheita do retorno do popular em caso de desacordo com as medidas tomadas pelo governo. Haja vista o fator volitivo de retorno de *feedback* da população, o terceiro grau de democracia digital estaria disposto a debater e acolher as críticas feitas



pelos transeuntes frente às decisões do governo, dado acerto de contas que foi conferido por esse grau de democracia digital. Em contrapartida, o primeiro grau de democracia digital não presta-se ao papel de receptor da opinião pública, quando no âmbito de decisões políticas, sua atuação está no repasse de informações, sem qualquer abertura para desacordo, ou um espaço para acolhimento de opiniões contrárias aos planos políticos apresentados.

Além disso, os canais de ouvidoria que funcionariam como tal instrumento de controle e de espaço para a comunicação direta, não passam de um segundo grau de democracia digital, caracterizado pela simples coleta de informações e opiniões da coletividade para o Estado, sem qualquer ação de análise ou apuração do que foi atestado. É por essa razão que a permeabilidade no campo decisório político está barrada por essa falsa abertura, um campo democrático de discussão e pluralidade de opiniões que não encontra respaldo no campo prático.

5. IMPACTOS DA INCLUSÃO DIGITAL DENTRO DOS MEIOS DEMOCRÁTICOS

Os meios de comunicação passaram por diversas mudanças ao longo dos anos, inicialmente, tinha-se a internet, por exemplo, como um meio restrito. Todavia, o mundo que se tem atualmente é de inclusão digital e, até mesmo, com o ideal de internet como um direito fundamental, isto é, que todos somos sujeitos desse direito (GOMES, 2005).

Desse modo, a revolução tecnológica trouxe consigo a capacidade de integração dos povos, em que a comunicação foi facilitada e o espaço físico entre duas pessoas afastadas. Dentro desse âmbito, a internet proporcionou uma maior interação entre indivíduos, por meio das mídias sociais, plataformas e outros. De forma que tudo está a um clique de distância.

Para tanto, a democracia passou a se apresentar sob novas formas, sendo adaptada ao meio digital. Assim, a informação que antes circulava através de jornais impressos e noticiários televisionados, a população toma seu espaço no webativismo, fazendo a manutenção de seus direitos de forma objetiva e com capacidade de alcance aumentada.

O webativismo se caracteriza por essa mobilização política, por meio de redes e mídias sociais, que proporcionam a conexão entre várias pessoas, de diversas localidades, com o intuito de criarem um espaço de debate e protesto político. Vê-se nessa forma de ativismo a globalização na prática, haja vista a facilidade

de trazer discussões nacionais para o cenário mundial, além de ser âmbito propício para um maior alcance a nível global de acessos. A organização digital Change.org Brasil acentua e defende essa caráter plural e aberto dos espaços cibernéticos como forças de movimento a favor da democracia, que contam com inúmeros abaixo-assinados e ambientes de debate, em que qualquer pessoa, de qualquer local no mundo, pode participar e se inteirar de assuntos variados e atuais (CHANGE.ORG, 2020).

Dessa forma, essa nova arena de interação propicia ao ativismo político, marcado pelo questionamento das decisões públicas e políticas, buscando por meio de compartilhamento de ONGs, associações da sociedade civil, que usam as mídias sociais como plataformas de ensino e engajamento político.

Acerca do que a internet representa, se faz cabível trazer a apresentação de Vidotti sobre o assunto:

Podemos pensar na Internet como uma grande biblioteca, ou como um ambiente hipermídia coletivo, no qual os usuários são agentes ativos do processo de armazenamento, indexação, recuperação e disseminação de documentos eletrônicos hipertextuais, um ambiente auto-organizado em permanente mutação. (VIDOTTI, 2001, p.44)

Outrossim, dentro do contexto da Covid-19, as plataformas midiáticas foram grande ferramenta para garantir a segurança dos direitos civis. Como exemplo, as plataformas de transparência orçamentária oferecidas pela Controladoria Geral da União transformam a disseminação de informação de passiva para ativa, por dar conhecimento e controle à população sobre os gastos feitos para o combate à Covid-19 (CGU, 2020).

Assim, com acesso às movimentações dos governos, as motivações e suas finalidades, os civis possuem o poder de fazer livres comentários e denúncias, de forma anônima, na ouvidoria digital da Controladoria Geral da União. Dentro da plataforma “Fala Br”, é possível tecer reclamações e elogios, bem como fazer denúncias, sendo preservada a identidade do denunciante de forma anônima, dessa maneira, o cidadão que quiser exercer seu controle de forma direta, acerca das decisões tomadas pelo Estado, possui este sistema de coleta de opiniões.

Além disso, a democracia digital e o webativismo possibilitam ainda à sociedade outras formas de fazer política, por meio de fóruns, expressados por espaços públicos de debate entre a sociedade sobre a vida civil e seus direitos, nesse sentido, é permitido a qualquer pessoa participar de um ambiente político e democrático de forma livre. A formação de um corpo político ativo é mais fácil na arena política cibernética. Desse modo, o Poder Executivo criou o Portal da Participação



Social, que estimula esse novo método de governo participativo.

Destarte, o Portal da Participação Social, a plataforma, totalmente desenvolvida em software livre, tem como missão desenvolver práticas inovadoras de participação via internet e oferta de espaços de manifestação e debate para qualquer cidadão ou organização, com o intuito de construir políticas públicas cada vez mais eficazes e efetivas (PORTAL BRASILEIRO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL, 2020). Assim, são oferecidos espaços de interação e debate social, como conferências virtuais, transmissões interativas e promoção de eventos e reuniões, abertos ao público.

Outrossim, a E-Democracia, um espaço criado pela câmara dos deputados, promove um âmbito interativo, para ampliar a participação social no processo legislativo, de forma que oferece audiências interativas, wikilegis (painel sobre as propostas legislativas da Câmara dos Deputados) e o APIS, uma ferramenta de acesso ao banco de dados abertos, para criação de aplicações e análise de dados (E-DEMOCRACIA, 2022).

Em suma, as ferramentas disponíveis para a manutenção da democracia participativa e digital mostram-se como meios possíveis de protesto, além de promover um acerto de contas entre a população e o Estado. Esses meios se tornam essenciais, principalmente nos casos de crise sanitária, como a pandemia global da COVID-19, como forma de controle e monitoramento das decisões dos governos para resolução dos problemas sociais. Em síntese, entende-se o papel dos meios digitais no mundo globalizado dos dias atuais, onde as informações chegam cada vez mais rápidas para todos. Assim, demonstra-se como papel fundamental, na atualidade, a internet, à título de exemplo, para a participação popular. Dessa forma, os mecanismos devem – assim como já são – ser criados pela Administração para que possa proporcionar à sociedade um ambiente digital de fácil acesso para que todos possam exercer a participação democrática na administração do país.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia que resta fielmente representada no Estado brasileiro é aquela que busca atender os anseios da população, bem como trazer sua participação efetiva para o campo político, sendo caracterizada pela garantia de seus direitos presentes na Constituição e na sua configuração de ação transformadora. A democracia participativa, então, elenca-se como ferramenta transformadora do cenário político brasileiro, sendo ela capaz de trazer a maior permeabilidade da população para o cenário das decisões governamentais.

Porém, o que fica perceptível no âmbito político brasileiro é uma crise de legitimidade, em que o ideal a ser buscado é da efetiva participação dos civis no espaço político e decisório, em contrapartida, a configuração de democracia indireta, mais fácil de ser vista e reconhecida na vida prática política brasileira, cria uma distância não palpável entre a opinião pública e as movimentações do Estado.

Ademais, percebe-se que dentro do cenário de pandemia, as demandas sociais de seguridade e assistência médica foram postas em segundo plano, quando feito um quadro comparativo com as ações tomadas pelo Estados e seus gastos destinados ao atendimento público de saúde, frente o combate a covid-19.

O presente artigo demonstrou e debateu como as medidas adotadas pelo governo não se mostraram frutíferas para o atendimento próspero ao combate dos casos crescentes da COVID-19, mais ainda na constante contradição entre o posicionamento tomado pelo Poder Executivo e as diversas opiniões presentes nos Entes Federados. A autonomia de ação dos Entes Federados foi vislumbrada na forma como cada governo agiu frente ao novo vírus, criando diferentes planos de combate sem harmonia, em que cada Estado se posiciona de acordo com seu livre arbítrio.

Assim, percebe-se a insuficiência dos planos apresentados, haja vista a falta de conhecimento técnico, científico ou financeiro, que cada ente possui, colocando a união dos Estados em dificuldade de concordância, sendo preciso criar órgãos auxiliares, capazes de traçar planos diretores direcionados às necessidades de cada Município, como foi visto no Consórcio Nordeste. Dessa forma, esse obstáculo na União dos Estados, colocava decisões contrárias em conflito, dificultando a diminuição de casos, de contaminação e de óbitos.

Para tanto, as opiniões adversas do Poder Executivo, opostas as ações recomendadas por organizações de saúde e profissionais do meio, trouxe grande instabilidade, no que diz respeito a tomada de decisões para compra de material e disponibilização de leitos, já que havia um desprestígio e inanição vinda do Presidente da República. É nesse cenário, que a população procure meios de externar suas visões acerca da situação crítica geral, buscando formas de assegurar seus direitos à saúde e assistência médica, dado que o cenário da saúde pública brasileira estava em constante turbulência e lotação.

Nesse quesito, é perceptível a volta ao conceito clássico de “crise de legitimidade” discutido anteriormente, quando fica notório o afastamento dos eleitos pelo anseio de atender as demandas esperadas por aqueles que os elegeram. A



falsa apresentação de assistente da voz popular e atendente da vontade cidadã se encontra dispersa quando efetivamente tomam o poder. Por isso, como forma de demonstrar prestação de contas e coleta da opinião pública, os portais de transparência são criados, com o fim de demonstrar os gastos e as decisões tomadas pelos representantes políticos.

Como discutido, esses cenários mostram-se como meios de democracia participativa digital de terceiro grau, o grau da participação efetiva e idealizada, em que além abrir espaço para a expressão da opinião civil, mostra-se aberta para que a sociedade tome lugar no campo decisório político, ir além do que meros expectadores da sociedade civil e política. A realidade prática, em contrapartida, comprova a crise de legitimidade desses meios, por falsamente se apresentarem como um terceiro grau de democracia digital, mas que em atuação estaria mais próximo de um primeiro grau de democracia digital. Nesse quesito, esses espaços se tornaram ferramentas de controle do poder nas mãos dos representantes políticos, por criarem falsos cenários de segurança jurídica, para assim atender a interesses próprios e irrelevantes ao melhor atendimento do interesse público.

Porém, o impacto que possui a inclusão do meio digital para a concretização da democracia participativa estende-se para todas as camadas de contribuição. O acesso a plataformas de transparência, bem como centrais de ouvidoria e atendimento tentam aproximar a sociedade da movimentação governamental, trazendo um certo monitoramento e segurança para o povo. Mas para isso, como visto, o webativismo deve ser fortificado, buscando debater e questionar as decisões políticas, com a abertura de espaços plurais e interessados na luta pela democracia participativa, promovendo o crescimento do controle direto da população sob o âmbito decisório político.

Concluiu-se por um maior aprofundamento nos meios capazes de protestar pela ressalva dos direitos presentes na Constituição Federal de 1988, bem como da manutenção da inclusão digital para o meio democrático, que fomente a permanente discussão do espaço do homem civil no campo político e seu poder de fala e protesto. O assunto abordado neste artigo deve permanecer livre e aberto para constantes evoluções, sempre com o pensamento de que o excelente atendimento à população deve ser o objeto-fim das ações do Estado, bem como a proteção de seus direitos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia (uma defesa das regras do jogo)*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra. 171 p. 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. Imprensa: São Paulo, Malheiros. 280 p. 2001.
- CALDAS, Alyne Mendes; LIMA, Viviane Freitas Perdigão. *A CRISE DO FEDERALISMO BRASILEIRO: o papel do Consórcio Nordeste para a manutenção do pacto federativo no contexto da pandemia da COVID-19*. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 1392 p. 2021.
- CHANGE.ORG. *O poder do webativismo na democracia*. Disponível em: <https://changebrasil.org/2020/02/07/o-poder-do-webativismo-no-fortalecimento-da-democracia/>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- CPI DA PANDEMIA, *Portal CPI da Pandemia*. Senado, BRASIL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- Despesas orçamentárias para o combate à pandemia caem de 25% em 2020 para 7% neste ano*. Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/despesas-orcamentarias-para-o-combate-a-pandemia-caem-de-25-em-2020-para-7-neste-ano>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- E-DEMOCRACIA. Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br/>. Acesso em 22 abr. 2022.
- FALA.BR. *Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação*. Disponível em: <https://falabr.cgu.gov.br/publico/Manifestacao/SelecionarTipoManifestacao.aspx?ReturnUrl=%2f>. Acesso em: 22 abr. 2022.
- Gasto médio do governo com pandemia é 12 vezes menor em 2021*, Senado Federal, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/12/nos-primeiros-100-dias-do-ano-governo-gasta-12-vezes-menos-com-pandemia>. acesso em: 22 abr. 2022.
- GOMES, Wilson. *A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política*. Fronteiras-estudos midiáticos, v. 7, n. 3. p. 214-222. 2005.
- MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. *Democracia participativa na constituição brasileira*. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, p. 181-193, abr./jun. 2008.
- TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. *Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19 – Tesouro Transparente*, Tesourotransparente.gov.br, disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-de-monitoramentos-dos-gastos-com-covid-19>. acesso em: 22 abr. 2022.



PEREZ, Olívia Cristina; SANTANA, Luciana. *Ações do Consórcio Nordeste no combate à pandemia de Covid-19*. 2020.

PORTAL BRASILEIRO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL. *Participa + Brasil*. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/>. Acesso em: 22 abr. de 2022.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; COSTA, Laísse Lima Silva. *PANDEMIA E FEDERALISMO: REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA APRECIÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS NO ENFRENTAMENTO À COVID-19*. 2020.

SENADO NOTÍCIAS. *Gasto médio do governo com pandemia é 12 vezes menor em 2021*. Agência Senado. BRASIL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/12/nos-primeiros-100-dias-do-ano-governo-gasta-12-vezes-menos-com-pandemia>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SIGA BRASIL, *Portal Siga Brasil*. Senado, BRASIL. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SILVA, Sivaldo Pereira da. *Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras*. Opinião Pública, v. 11, p. 450-468, 2005.

SILVA, Sivaldo Pereira. *Participação Política e Internet: Propondo uma análise teórico-metodológica a partir de quatro conglomerados de fatores*. In: Trabalho apresentado no GT Internet e Política do I Congresso Anual da Associação Brasileira de Pesquisadores de Comunicação e Política, Universidade Federal da Bahia–Salvador-BA. 2006.

VIDOTTI, Silvana Ap^a B. G. *O ambiente hipermídia no processo de ensinoaprendizagem*. Marília, 2001. 126f. Tese (doutorado). Universidade Estadual Paulista, 2001.

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE A PARTIR DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

THE CHILD AND ADOLESCENT RIGHTS FROM THE DOCTRINE OF INTEGRAL PROTECTION

*Raquel Varela Barreto de Souza Onofre**

Resumo: O presente artigo desdobra-se sobre o Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de aspectos sobre a sua trajetória histórica, desde o período colonial até os tempos atuais, com a implementação da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, cujos aspectos relativos à sua implementação e caracterização também serão abordados neste artigo. Ademais, serão discutidos os direitos fundamentais que estão elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo possível perceber o avanço do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, apesar de haver, ainda, muito a ser conquistado. Sendo assim, A metodologia utilizada consiste no método de abordagem dedutivo, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, e a Doutrina da Proteção Integral foi estabelecida como o marco teórico do presente artigo.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Doutrina da Proteção Integral. Direitos fundamentais.

Abstract: This article unfolds on the Child and Adolescent Rights in the Brazilian legal system, from aspects of its historical trajectory, from the colonial period to the present time, with the implementation of the Doctrine of Integral Protection in Brazil, whose aspects related to its implementation and characterization will also be addressed in this article. In addition, the fundamental rights that are listed in the Statute of the Child and Adolescent will be discussed, making it possible to perceive the advance of the Law of the Child and Adolescent in Brazil, although there is still much to be conquered. Therefore, the methodology used consists of the deductive approach method, using the techniques of bibliographic and documental research, and the Doctrine of Integral Protection was established as the theoretical framework of this work.

Keywords: Child and Adolescent Rights. Doctrine of Integral Protection. Fundamental rights.

*Graduada da 9ª fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4237740782890085>. E-mail: raquel.vbso@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objetivo geral promover uma análise sobre o Direito da Criança e do Adolescente na conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro, a partir dos principais aspectos sobre a sua trajetória histórica, em que se evidencia como o fator social desempenhou uma forte influência para que a sociedade e, em especial o Estado, começasse a perceber e a se preocupar com a questão infantoadolescente no Brasil.

À vista disso, a problemática que se impõe abarca o questionamento sobre a importância da Doutrina da Proteção Integral para um maior fortalecimento do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil, sobretudo no que se refere à garantia dos direitos fundamentais da população infantoadolescente.

Assim, procurou-se traçar um panorama desde o período colonial até os tempos atuais, com a implementação dessa importante Doutrina jurídica no Brasil, bem como discorreu-se sobre os principais aspectos relativos à sua implementação e caracterização, além da intrínseca relação que possui com a Constituição Federal e com a essência do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Finalmente, buscou-se fazer uma análise sobre os direitos fundamentais que estão elencados no Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente, este que é considerado um marco na proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes, consagrando e regulamentando, de vez, a Doutrina da Proteção Integral no Brasil.

A propósito, definiu-se como o marco teórico da presente pesquisa a Doutrina da Proteção Integral, a partir do entendimento de que as crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos e pela condição de pessoas em desenvolvimento, devem ser protegidos e amparados, com prioridade absoluta, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Portanto, para analisar a atual conjuntura do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e alcançar a resposta para a problemática proposta de maneira objetiva, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Com efeito, para alcançar os objetivos propostos nesta pesquisa, o artigo foi dividido em três tópicos. No primeiro, estuda-se os principais aspectos sobre a trajetória histórica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil. Já o segundo



foi dedicado à caracterização Doutrina da Proteção Integral e à sua implementação no país. Por fim, o terceiro tópico foi dedicado ao estudo dos direitos fundamentais elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Para a compreensão de como se estruturam as bases do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da importância dos direitos fundamentais que hoje lhes são garantidos, é preciso ter em mente alguns aspectos relativos ao percurso histórico-social acerca da infância e adolescência no território brasileiro, cujo início ocorreu antes mesmo da construção do Brasil como Estado Nação, isto é, no século XVI, quando o Brasil ainda era colônia de Portugal, apresentando um caminho marcado pelo desrespeito, pela desproteção e pela negligência à população menor de 18 anos de idade, traços estes que se mantiveram durante o período imperial (LIMA; VERONESE, 2012, p. 14).

Nesse sentido, no Brasil, a “evolução”¹ do Direito da Criança e do Adolescente acompanhou, de certa forma, os cenários sociais, políticos e econômicos que prevaleciam em cada época – em que pese a descrição da História não seja linear – de modo que, no decorrer do tempo, as relações sociais com a família, com a Igreja, com o Estado e com outros estamentos da sociedade perpetuaram valores morais, religiosos, e culturais, reproduzindo dominadores e subjugados em seus papéis (RIZZINI; PILOTTI, 2011, p. 15).

Nessa perspectiva, a historiografia dá conta de que, no decorrer de toda a idade média, e mesmo em períodos posteriores, a taxa de mortalidade infantil era bastante elevada, sendo, por exemplo, a expectativa de vida das crianças portuguesas, entre os séculos XIV e XVIII, em torno dos 14 anos, enquanto cerca da metade dos nascidos vivos morria antes mesmo de completar sete anos. (RAMOS, 2021, p. 20).

Isso interferia diretamente na relação dos adultos com as crianças, sendo comum, sobretudo entre as classes mais carentes, que as crianças fossem consideradas como pouco mais que animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada ao máximo enquanto durassem suas curtas vidas (RAMOS, 2021, p. 20). A propósito, curiosamente, apenas nas primeiras décadas do século XIX, a palavra

¹ Essa evolução se refere, sobremaneira, à ruptura com o modelo *menorista*, passando as crianças e os adolescentes a serem considerados sujeitos de direitos.



“criança” passou a ter, nos dicionários, o uso reservado para a espécie humana, pois, até então, o termo era associado apenas ao “ato de criação”, de uma forma geral (MAUAD, 2021, p. 140).

Ao se fazer uma leitura histórica, percebe-se, então, que o fator social desempenhou uma forte influência para que a sociedade e, em especial o Estado, começasse a perceber e a se preocupar com a questão infantoadolescente no Brasil. Mas, por muito tempo, essa preocupação não estava, necessariamente, relacionada com as condições de vida e de desenvolvimento desse público em si, mas, sim, com o que ele poderia representar para a sociedade capitalista, caracterizada pelas desigualdades sociais e pela segregação das classes.

Nesse sentido, conforme esclarecem Rizzini e Pilotti (2011, p. 16-17), o “problema da infância”, invariavelmente associado à pobreza, em momento algum foi enfrentado com uma proposta séria e politicamente viável de distribuição de renda, educação e saúde, capaz de proporcionar condições equitativas de desenvolvimento, de qualquer natureza, para crianças e adolescentes. E, em que pese fossem impostas, reiteradamente, propostas sociais com o intuito de compensar a referida ausência, permanecia o abismo infranqueável entre infâncias privilegiadas e *menores* marginalizados.

Ressalta-se que o Brasil, como Estado independente, passou a inserir as crianças em suas legislações apenas quando o movimento abolicionista dos anos 1860 se acentuou, porém, as leis desse período se referiam apenas às crianças escravizadas, as quais, por sua vez, eram apenas mencionadas, pois o objeto principal de tais normas era a família do escravizado, e não especificamente um modo de proteção das crianças escravizadas, que eram submetidas a diversos tipos de exploração e maus-tratos (PIEROZAN; VERONESE, 2019, p. 21).

Mesmo depois da Lei do Ventre Livre, em 1871, as crianças nascidas de mulheres escravizadas continuaram nas mãos dos senhores, que tinham a opção de mantê-las até por volta dos 14 anos, ocasião na qual poderiam ressarcir-se dos seus gastos com elas, seja mediante o seu trabalho gratuito até os 21 anos, seja entregando-as ao Estado mediante indenização, pois, mesmo exploradas mediante sua força de trabalho, para os senhores, tê-las criado e mantido era sinônimo de prejuízo financeiro (RIZZINI; PILOTTI, 2011, p. 18).

Seguindo o percurso histórico, pode-se dizer que o advento do período republicano pouco contribuiu para que o Estado exercesse medidas e criasse políticas no sentido de melhorar a condição de vida das crianças e dos adolescentes, os



quais eram deixados, juntamente com suas famílias, em uma situação de pobreza e abandono. Convém mencionar que o início desse período é marcado, sobretudo, por um aumento da população das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, que se deu de forma acentuada e desordenada, em razão, principalmente, da intensa migração de pessoas escravizadas recém-liberadas e de imigrantes europeus, bem como da crescente industrialização, consequência do novo modelo de produção econômica capitalista (LIMA; VERONESE, 2012, p. 16).

À vista disso, o pensamento social oscilava entre assegurar direitos ou “se defender” dos *menores*, de modo que a influência externa e as discussões internas levaram à construção e consagração de uma assistência legalmente amparada nos chamados Código de Menores de 1927 e Código de Menores de 1979, a partir dos quais se delineou, respectivamente, as doutrinas jurídicas do *Direito do Menor* e a do *Menor em Situação Irregular*, fundadas no binômio carência-delinquência, prevalecendo, portanto, por muito tempo, o sistema *menorista*, que serviu apenas para normatizar a pobreza e institucionalizar crianças e adolescente utilizando como doutrina a pedagogia do trabalho (AMIN, 2019a, p. 53; LIMA; VERONESE, 2012, p. 15).

Esse cenário apenas passou a ser modificado, principalmente, após a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada, por unanimidade, pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e, no âmbito jurídico-interno, especialmente pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecido pela Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.

No entanto, Lima e Veronese (2012, p. 114-115) esclarecem que essa transição paradigmática do modelo *menorista* para uma nova concepção de infância e adolescência encontra, infelizmente, muitos óbices, especialmente no que se refere à falta de implementação de práticas sociais verdadeiramente transformadoras, havendo a necessidade, para que ocorra a grande mudança e inovação do Direito da Criança e do Adolescente, a observância da sua Doutrina jurídica específica contempladora de uma proteção especial e integral desses sujeitos. Trata-se da Doutrina da Proteção Integral.

3. A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A Doutrina da Proteção Integral, que já estava presente no plano internacional, passou a ser debatida no Brasil no final dos anos de 1980 e culminou com a sua



adoção no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo o qual:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

À vista disso, pode-se afirmar que esse dispositivo inaugura, no Brasil, uma preocupação constitucional voltada, de fato, para as crianças e os adolescentes, ficando evidente a opção da Carta Magna em adotar a Doutrina da Proteção Integral. No entanto, ressalta-se que esse rol extenso de direitos deve ser somado a todos os demais direitos previstos às pessoas independentemente da idade (SEABRA, 2020, p. 44).

Nesse sentido, com a implementação dessa nova Doutrina jurídica, as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados, enfim, sujeitos de direitos, com total prioridade pelas políticas públicas e ações do governo. Com isso, se reconhece a condição da criança e do adolescente como cidadãos em desenvolvimento, capazes de fazerem escolhas e participarem de forma ativa e autônoma da vida em sociedade (GRAJZER; VERONESE; SCHLINDWEIN, 2019, p. 202).

A partir disso, depreende-se que o eixo principiológico dessa norma constitucional é formado pelos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança, este que é o fundamento básico de todas as ações direcionadas à população infantoadolescente. Isso quer dizer que se deve levar em consideração aquilo que for mais apropriado para a garantia de suas necessidades e seus interesses, visando a sua proteção integral (SANCHES; VERONESE, 2017, apud SALEH, 2019, p. 322).

Ademais, percebe-se que houve a preocupação no sentido de que esses direitos fossem garantidos não só de forma prioritária, mas também de modo articulado pela família, pela sociedade e pelo Estado, isto é, por todos os possíveis atores sociais do chamado Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, o que pressupõe a capacidade de ver as crianças e os adolescentes de modo indissociável do seu contexto sociofamiliar e comunitário (CUCCI; CUCCI, 2011, p. 77).

Convém destacar, ainda, que a Constituição Cidadã, além de promover tal ruptura no âmbito normativo, o fez, igualmente, no âmbito da linguagem, porquanto,

a utilização de forma clara das categorias “criança” e “adolescente”², no lugar da expressão “menor”, implica o objetivo de superação da ideia cunhada pelo sistema jurídico anterior – menorista –, em que a realidade do universo infantoadolescente era fortemente estigmatizada (VERONESE; ROSSETTO, 2020a, p. 148).

Esse importante artigo constitucional foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), o qual é considerado um marco na proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes, consagrando e regulamentando, de vez, a Doutrina da Proteção Integral no Brasil.

Isso porque, pode-se afirmar que é por meio do Estatuto que a proteção integral encontra instrumentos mais concretos para ser colocada em prática, servindo a nova Doutrina jurídica de critério hermenêutico na aplicação e interpretação das normas, em ações governamentais e em políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente (CRISPIM; VERONESE, 2020, p. 28).

A esse respeito, Vieira (2021, p. 140) esclarece que o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de definir a abrangência da prioridade absoluta, trabalha cada um dos direitos fundamentais presentes naquele dispositivo constitucional, bem como demarca como será a atuação do Estado, incluindo o sistema de justiça, em casos de ameaças ou violações de direitos, e criando órgãos para a defesa, promoção e proteção desses direitos.

Além disso, explica que “o Estatuto traz normas das diversas subáreas do Direito público e do Direito privado e, ao mesmo tempo, mostra a necessidade da contribuição de outros saberes, especialmente ao impor o dever de atuação de equipes multidisciplinares” (VIEIRA, 2021, p. 140), concebendo o Direito da Criança e do Adolescente como um verdadeiro microssistema e, por conseguinte, um ramo autônomo do direito.

Como se pode perceber, com o advento da Doutrina da Proteção Integral, o Brasil supera, pelo menos no plano legal, a concepção menorista, constituída ao longo da história nacional sob à ótica do direito penal, reorientando o posicionamento da criança e do adolescente no direito brasileiro, de modo a garantir-lhes uma proteção normativa com características e princípios próprios (GRAJZER; VERONESE; SCHLINDWEIN, 2019, p. 202).

² De acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990a).



4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Este tópico apresenta os principais aspetos que envolvem os direitos fundamentais que estão dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam: o direito à vida e à saúde, o Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, o Direito à Convivência Familiar e Comunitária, o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer e, por fim, o Direito à Profissionalização, especialmente no que se refere à Proteção no Trabalho.

4.1 DIREITO À VIDA E À SAÚDE

Conforme está disposto no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, “[a] criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (BRASIL, 1990a).

Precipuamente, pode-se afirmar que o direito à vida é um direito fundamental homogêneo considerado como o mais elementar e absoluto dos direitos, uma vez que ele é indispensável para o exercício de todos os demais. Além disso, é importante esclarecer que o direito à vida não se confunde com a ideia de sobrevivência, pois, aquele implica o reconhecimento do direito de viver com dignidade, desde o momento da formação do ser humano (AMIN, 2019b, p. 90). A propósito, a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial e a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, núcleo este que impõe a atuação Estatal em prol dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente compreende a gestação como parte essencial no desenvolvimento da pessoa humana, de modo que uma gestação adequada, humanizada, é um direito fundamental do nascituro e não só da mãe (SEABRA, 2020, p. 63). Por esse motivo, a legislação estatutária, em seu artigo 8º, cuja redação foi alterada pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), assegura “[...] às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde” (SUS) (BRASIL, 2016).

Percebe-se, aqui também, como a Doutrina da Proteção Integral está na essência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, Veronese (2015, p. 44) elucida que:

proteção integral significa amparo completo, não só da criança e do adolescente, sob o ponto de vista material e espiritual, como também sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e ao bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta, da qual irá fazer parte.

Assim, intimamente vinculado à garantia do direito à vida está o direito fundamental à saúde, o qual faz parte do rol dos direitos mínimos existenciais, pois a sua efetivação também é indispensável para o exercício de outros direitos essenciais, de modo que, sob o aspecto determinante da Doutrina da Proteção Integral, este direito deve ser garantido de maneira ainda mais especial à infância, em atenção ao princípio da prioridade absoluta (BORGES, 2021, p. 298).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é um dever do Estado, cuja responsabilidade é solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do seu artigo 23, inciso II. Esse direito fundamental é garantido, pelo setor público, por meio, sobretudo, do SUS, que pode ser definido como “[o] conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, nos termos da Lei n. 8.080/1990 (BRASIL, 1990b).

Nesses termos, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente por intermédio do SUS, conforme o seu artigo 11, na redação dada pelo Estatuto da Primeira Infância. Também é por meio do SUS que devem ser promovidos programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que habitualmente afetam a população infantil, bem como campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos, de acordo com o artigo 14, merecendo destaque o seu parágrafo 1º, segundo o qual “[é] obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879/SP (Tema de Repercussão geral n. 1103), julgado em 17/12/2020, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, reconheceu a ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica, fixando a seguinte tese:



É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar (BRASIL, 2020).

Dentre os fundamentos contidos na decisão para justificar a medida, está o de que a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos, bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente. Além disso, argumentou-se, em atenção o princípio do melhor interesse da criança, que o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos.

Como se pode perceber, a garantia da saúde – e da vida – envolve não apenas a medicina curativa, mas também a medicina preventiva, à qual relaciona-se diretamente não só com o fator imunização, mas também, por exemplo, com a alimentação. Isso porque, promover uma nutrição adequada significa prevenir doenças decorrentes da desnutrição, da carência de algum nutriente ou da obesidade infantil, atualmente, um dos grandes males da infância. (AMIN, 2019b, p. 91).

Além disso, sabe-se que a saúde não envolve apenas o aspecto físico do indivíduo, mas o psíquico e emocional também, devendo a saúde, portanto, ser entendida no seu sentido integral. A esse respeito, percebe-se que a legislação estatutária se preocupou em zelar pela saúde psicológica das crianças e dos adolescentes em diversas circunstâncias, tais como: 1) por extensão, na assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal (artigo 8º, §4º); 2) na garantia à assistência psicológica ao menor de 18 anos no decorrer do processo de adoção (artigo 48, parágrafo único); 3) na obrigação que as entidades que desenvolvem programas de internação tem de oferecer cuidados psicológicos (artigo 94, inciso IX); 4) na requisição de tratamento psicológico ou psiquiátrico à criança e ao adolescente que estiver sob medida de proteção (artigo 101, inciso V).

Especial atenção merece a saúde, no seu sentido integral, da criança e do adolescente, justamente devido à sua condição de pessoas em desenvolvimento e de vulnerabilidade, as quais tornam essa parcela da população merecedora de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado.

A propósito, muito se fala sobre a atuação do Estado, por meio do SUS, na garantia do direito fundamental à saúde. No entanto, não se pode desconsiderar a

importância dos demais atores dessa tríplice rede de proteção integral, sobretudo porque, apesar de o SUS se tratar de um sistema gratuito e muito importante para o país, a saúde pública brasileira enfrenta sérios problemas, muitos deles decorrentes, especialmente, da falta de investimentos e da inadequada gestão de recursos (BRASIL, 2015).

De mais a mais, é inegável, conforme salienta Amin (2019b, p. 103), que:

a crise econômica e social impede o acesso à moradia digna, com água tratada e saneamento básico, acesso à boa alimentação e às informações mínimas quanto a higiene, nutrição, cuidados mínimos de saúde. O reflexo é facilmente visto nas enormes filas dos hospitais públicos que já não dão conta de toda a demanda. Enquanto isso, crianças e jovens de classe média e alta não padecem da mesma aflição. Formalmente iguais, mas materialmente desiguais.

Desse modo, as famílias, bem como a sociedade civil, possuem um importante papel em zelar pela saúde das crianças e dos adolescentes, ao passo que se faz necessária uma atenção especial das autoridades políticas e sociais voltada para a saúde pública brasileira, a fim de que os direitos à saúde e a uma vida digna da população infantoadolescente sejam efetivamente garantidos.

4.2 DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

Como consequência de serem pessoas humanas, crianças e adolescentes são titulares dos direitos fundamentais à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade, com o destaque para a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. É o que estabelece o artigo 15 da legislação estatutária, sendo o seu conteúdo esmiuçado nos demais artigos que compõem o Capítulo II do Título II dessa norma.

Mas se pode afirmar que esse preceito, além de envolver alguns dos direitos fundamentais elencados no artigo 227 da Constituição Federal, simboliza a transição paradigmática da velha “situação irregular”, do *menorismo*, para a nova realidade da proteção integral, cuja nova base axiológica é composta, justamente, pela tríade “liberdade, respeito e dignidade” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 56-57).

O direito à liberdade é o primeiro a ser detalhado, de acordo com os incisos do artigo 16. Conforme se pode perceber da leitura desse dispositivo, e como consequência natural do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade não se limita ao direito de ir e vir. Trata-se de uma liberdade em sentido amplo, que compreende, também, o direito à autodeterminação, à busca pela construção de sua identidade, valendo-se do direito à liberdade de opinião, expressão, crença e



culto religioso, liberdade para brincar, praticar esportes, divertir-se, participar da vida em família, na sociedade e vida política, assim como buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 1990a).

No entanto, convém ressaltar que o direito à liberdade não é absoluto – como não o é nenhum outro direito –, razão pela qual há, também no âmbito do Estatuto, a previsão de privação da liberdade do adolescente em caso de flagrante de ato infracional ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme preceitua o seu artigo 106 (SEABRA, 2020, p. 73).

Além disso, é preciso ter em mente que esse direito, nos seus vários aspectos, pode sofrer outros tipos de limitação justamente para atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ainda que, em alguns casos, isso possa ir de encontro ao que estes desejem. Por esse motivo, cabe aos pais, família e comunidade fiscalizar o exercício desse direito concedido pró-criança e adolescente, e não em seu desfavor (AMIN, 2019b, p. 118).

Nesse sentido, tratando mais especificamente sobre o papel dos pais, Lima e Veronese (2012, p. 116-117) esclarecem que “[a] imposição de limites não implica desrespeito ou agir com violência com os filhos menores de idade”, mas, sim, “significa orientá-los para o melhor convívio em família e em sociedade. [É] educá-los para a vida”.

Nessa toada, os direitos ao respeito e à dignidade, introduzidos, respectivamente, nos artigos 17 e 18 do Estatuto, apresentam especial importância ante a vulnerabilidade infantoadolescente – física e psicológica – decorrente da sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, aspecto este que, infelizmente, torna crianças e adolescentes alvos mais fáceis dos mais diversos tipos de violência.

Assim, ao passo que o artigo 17 anuncia que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, o artigo 18 consigna que é dever de todos velar pela dignidade desse público, pondo-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Aliás, cumpre registrar que, apesar de a sobredita lei também ser popularmente conhecida como “Lei da Palmada” – além de “Lei Menino Bernardo” –, a realidade, infelizmente, demonstra que o castigo físico mencionado no inciso I do parágrafo único do artigo 18-A pode ir muito além do que uma “simples” palmada, ato, obviamente, também censurável. Ocorre que notícias e números dão conta de que muitas crianças e adolescentes são tratados com extrema violência – nas suas mais

diversas formas –, sendo torturadas e até mortas dentro de suas próprias casas por aqueles que mais deveriam zelar pela sua proteção e cuidado.

Eis, como exemplos, apenas três casos, dentre muitos, recentemente noticiados: “Polícia procura mãe suspeita de torturar filha de 8 anos por ‘comer demais” (ISTO É, 2022); “Polícia investiga avô por amarrar e açoitar neto de 12 anos em Marabá” (G1, 2022); “Criança torturada pelo pai em Manaus é resgatada pela Polícia Civil” (CORREIO BRASILIENSE, 2021).

Nota-se, portanto, que não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente, que completa 32 anos em 13 de julho de 2022, seja um marco fundamental na proteção de direitos desta população, bem como a Doutrina da Proteção Integral esteja, sistematicamente, consolidada, ainda há, culturalmente, muito a ser feito.

Outrossim, conforme alerta Veronese (2015, p. 61-63), o avanço normativo só conseguirá refletir nas práticas sociais a partir do momento em que forem plenamente efetivadas as suas políticas públicas, inclusive por meio dos programas de atendimento, realizados pelos Conselhos Tutelares, a esse público específico e às suas famílias.

4.3 DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Conforme já mencionado, a Constituição Federal de 1988 estipulou que os direitos das crianças e adolescentes fossem garantidos de modo articulado pela família, pela sociedade e pelo Estado. No entanto, apesar de a responsabilidade primária e solidária ser do poder público (RIBEIRO; VERONESE, 2021, p. 61), é inegável que o papel da família é fundamental dentro Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, justamente em face do seu contato direto com a criança ou adolescente, sendo a primeira a atendê-los (SANCHES; VERONESE, 2017, apud SALEH, 2019, p. 325).

Cada vez mais se percebe a importância da convivência familiar e comunitária no desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes, uma vez que é no seio da família e da comunidade que são construídas as suas relações primárias, refletindo em questões relativas a pertencimento, limites, vínculos e reconhecimento de suas necessidades.

A propósito, a Carta Magna, em seu artigo 226, reconhece a família como sendo a base da sociedade, e não é à toa que o capítulo III do Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente – Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária – pode



ser considerado um dos mais importantes no que se refere aos preceitos protetivos dessa norma (SEABRA, 2020, p. 78).

Nesse aspecto, em atenção, especialmente, ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, pode-se dizer que dois outros princípios, que são interligados, regem toda essa parte da convivência familiar e comunitária. Trata-se dos princípios da prevalência da família natural e da excepcionalidade da colocação em família substituta, cuja essência está contida no artigo 19, caput, da legislação estatutária (BRASIL, 1990a).

É nesse sentido, por exemplo, que a falta ou carência de recursos materiais para o sustento dos filhos não constitui motivo suficiente para que ocorra a perda ou suspensão do poder familiar, conforme estabelece o artigo 23, caput, do Estatuto. Nesse contexto de vulnerabilidade socioeconômica, o parágrafo 1º desse artigo determina que a família deverá, obrigatoriamente, ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção, cujo atendimento deverá ser municipalizado (RIBEIRO; VERONESE, 2021, p. 61).

Fica evidente, portanto, a necessidade de cooperação do Estado e da sociedade para que a criança e o adolescente permaneçam no seu seio familiar, caso, é importante salientar, não exista outro motivo que, por si só, autorize a decretação de medidas protetivas, as quais, por sua vez, devem atender aos princípios da proporcionalidade e da atualidade da medida de proteção, nos termos do inciso VIII do parágrafo único do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, o Estatuto determina, no artigo 98, caput, e seu inciso II, que sempre que os direitos reconhecidos nessa legislação forem ameaçados ou violados pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, serão aplicadas medidas de proteção à criança e ao adolescente, de modo que, nos termos do inciso VI do parágrafo único do artigo 100, a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida.

Esclarecem Ribeiro e Veronese (2021, p. 73), que:

[...] acionado o start da denúncia feita por vizinhos ou familiares, do flagrante feito pela polícia ou da fala espontânea, devem ser iniciados imediatamente os dispositivos da ação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), cabendo ao Conselho Tutelar tomar as medidas protetivas cabíveis previstas no art. 101, incisos I a VI [...].

Dentre essas medidas primárias a serem efetivadas por meio do Conselho Tutelar, estão: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (BRASIL, 1990a).

Porém, há casos nos quais a situação familiar da criança e do adolescente são de extrema gravidade da violação ou da vulnerabilidade, que tais medidas protetivas cabíveis ao Conselho Tutelar não se mostram mais suficientes, fazendo-se necessária, então, a rápida judicialização da medida protetiva, que, a depender do caso, poderá acarretar no afastamento do agressor do lar, na inclusão em programa de acolhimento familiar, no acolhimento institucional ou na colocação em família substituta por alteração de guarda ou adoção (RIBEIRO; VERONESE, 2021, p. 74).

4.4 DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER

De antemão, destaca-se que apesar de o Capítulo IV do Título II do Estatuto da Criança e do Adolescente se referir aos direitos à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, trata-se de regramento quase que exclusivo acerca da educação, porquanto apenas um artigo – art. 59 – é destinado aos outros direitos intitulados nesse capítulo.

Relativamente, então, ao direito à educação, tem-se que, em consonância com os artigos 205 e 206 da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece, em seu artigo 53, caput, que “[a] criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”.

Ao tratar sobre o tema, não se pode deixar de mencionar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), considerada a mais importante norma brasileira no que se refere à educação, a qual, já em seu artigo primeiro, reconhece que “[a] educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.



Conforme pontua Amin (2019b, p. 123-124), o processo educacional permite que “cada um se dê conta do seu papel social, do seu local de fala, do seu poder de questionar e de exigir, de ser tratado e respeitado como cidadão”. Desse modo, com a absorção das lições tiradas da convivência diária no ambiente escolar, do conhecimento material, bem como dos valores morais e éticos perpassados, cada pessoa começa a construir sua identidade.

À vista disso, o inciso I do artigo 208 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, determina, como dever do Estado, a garantia da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada, inclusive, a sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, bem como, nos termos do inciso II, o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, às crianças e adolescentes com deficiência. Ademais, no inciso IV, redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006, também é garantida a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

É preciso ter em mente que a plena garantia desse direito envolve diversos aspectos, dentre os quais, de acordo com os incisos do artigo 53 do Estatuto, estão: a promoção do acesso e da permanência na escola, preferencialmente próximo à residência da criança e do adolescente; o direito que estes têm de serem respeitados pelos seus educadores; bem como o direito de organização e participação em entidades estudantis, o que constitui, inequivocamente, o início de sua atividade política, como cidadão (NUCCI, 2018, p. 227).

Ressalte-se que, justamente em atenção ao princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, a legislação estatutária, em conformidade com o texto constitucional, estabelece que garantir a educação também é um dever da família, a quem compete, sobretudo, realizar a matrícula de suas crianças e adolescentes na rede de ensino, sob pena de serem autuados por crime de abandono intelectual, sem prejuízo de sanções administrativas por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, nos termos do artigo 249 do Estatuto, e de eventual medida aplicável aos pais, conforme o seu artigo 129 (AMIN, 2019b, p. 144).

A esse respeito, convém chamar a atenção para a controversa prática do ensino domiciliar (homeschooling), crescente no Brasil nos últimos anos. Trata-se de um modelo adotado por famílias que querem educar seus filhos fora da escola, ou seja, elas mesmas ensinam as crianças ou, se preferirem, contratam professores particulares, (TENENTE, 2021a), a fim de assegurar, evidentemente, a educação e o ensino em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas.

Porém, é importante esclarecer que hoje ainda vale, em regra, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) – Tema 822 de Repercussão Geral, de 12 setembro de 2018 – de que, por não haver legislação específica regulamentando a prática, que depende exclusivamente de lei a ser aprovada pelo Congresso Nacional, o ensino domiciliar não é permitido no país (BRASIL, 2018).

Da mesma forma que para as famílias, a educação é um dever da sociedade, que colabora na sua promoção e incentivo, fiscalizando os casos de evasão ou de não ingresso na escola, hipóteses em que o Conselho Tutelar deverá ser comunicado. A propósito, essa comunicação também deve ocorrer caso se identifique que seus alunos estão sendo vítimas de maus-tratos (BRASIL, 1990a).

Isso chama a atenção para o fato de que o direito à educação, na sua essência, permite a instrumentalização de outros direitos fundamentais (AMIN, 2019b, p. 124), podendo atuar o ambiente escolar como uma verdadeira rede de proteção social e garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes – frisa-se, pessoas em estágio de desenvolvimento –, independente da condição socioeconômica da qual façam parte. Todavia, é inegável que, em relação a alguns direitos – inclusive ao próprio direito à educação –, esse papel da escola pode se apresentar de forma mais evidente quando se trata de crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade socioeconômica.

No que concerne aos direitos à cultura, ao esporte e ao lazer, o artigo 59 da legislação estatutária estabelece que “[o]s municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude”.

Apesar de ser um artigo, como mencionado, único para tratar sobre esses três direitos no capítulo que a eles é destinado no Estatuto, isso não faz deles menos importantes. Muito pelo contrário. A cultura, o esporte e o lazer são aspectos imprescindíveis para o adequado desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, não sendo à toa que foram elencados como direitos fundamentais.

Isso porque, conforme sustenta Amin (2019b, p. 159), as diversas formas culturais, como música, dança, cinema, teatro, museus, permitem que o público infanto-adolescente tenha contato com padrões de comportamento, valores e crenças, por meio de outros canais que não apenas o da educação formal, fato que estimula a construção do pensamento de diversas maneiras.

Por sua vez, o esporte ajuda no desenvolvimento das habilidades motoras, na socialização e auxilia na manutenção física e mental do organismo humano,



porquanto estimula o bom colesterol, melhora a capacidade cardiorrespiratória, diminui a obesidade quando aliada a uma boa alimentação e estimula a produção de importantes neurotransmissores cujas quantidades no cérebro podem ajudar a aliviar os sintomas da depressão. Além disso, a prática desportiva pode ser o início da vida profissional da criança e do adolescente (AMIN, 2019b, p. 159).

Por fim, o lazer envolve entretenimento, brincadeiras, diversão, importantes ingredientes para a felicidade. As atividades lúdicas são uma das características mais visíveis da infância, de modo que a espontaneidade, a liberdade e a ausência de controle rígido estimulam o processo de desenvolvimento harmônico (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 101). Nesse sentido, em casa, a criança precisa ter um tempo reservado para brincar, e até para fazer nada, afastando o adulto em miniatura exigido pela sociedade moderna. Já na escola, como se sabe, é obrigatório o momento do recreio, de descontração, no qual os alunos descansam a mente e se inter-relacionam (AMIN, 2019b, p. 159-160).

Em suma, são direitos, assim como o da educação, especialmente relacionados ao fator tempo. Por meio deles, a criança e o adolescente são livres para ser, na sua essência, e para *fazer* apenas aquilo que é necessário e compatível com o seu peculiar estágio de pessoa em desenvolvimento.

4.5 DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO

A profissionalização integra o processo de formação do adolescente, motivo pelo qual o Estatuto de Criança e do Adolescente, por meio do seu artigo 69, assegura-lhe esse direito, desde que seja respeitada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e que haja uma capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho. Além do mais, o artigo garante também o direito à proteção no trabalho.

Além de outros dispositivos do Estatuto, a profissionalização do adolescente também é disciplinada por regras contidas na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943). Conforme assinala Seabra (2020, p. 131) “[o] objetivo de tais normas é evitar que a adolescência seja utilizada como uma forma de obter, por parte de empregadores, mão de obra mais barata e com vigor”, sendo possível perceber que o que se pretende valorizar nessa possibilidade de profissionalização do adolescente é, tão somente, “o estudo e outros aspectos inerentes à adolescência, deixando para momento posterior a efetiva entrada no mercado de trabalho”.

Nesse sentido, o artigo 60 da legislação estatutária, atualizado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998 – que alterou o inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal – estabelece a proibição, de qualquer trabalho, a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos, bem como a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos (CUSTÓDIO; VERONESE, 2009, p. 127).

Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente amplia e caracteriza alguns aspectos referentes a essa proteção, determinando que:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: I – noturno, realizado entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte; II – perigoso, insalubre ou penoso; III – realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV – realizados em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Não obstante isso, Amin (2019b, p. 165) alerta para o elevado e triste número adolescentes e, sobretudo, de crianças, que vivem à margem da lei e “desde cedo asseguram sua subsistência, e às vezes a dos pais, numa completa inversão de valores, trabalhando pelas ruas, de dia e à noite, sem se submeter à lei formal, mas apenas à lei da vida”.

A propósito, Custódio e Veronese (2009, p. 127-128), dando um especial destaque em sua obra para o trabalho infantil doméstico, ressaltam que, em atenção aos princípios da proteção integral e o do reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as disposições contidas no mencionado artigo 67, devem ser aplicadas, também, às crianças, as quais devem estar amparadas por todas as normas de proteção conferidas ao adolescente. Em outras palavras, isso implica, para as crianças, o direito ao não-trabalho (VERONESE, 2019, p. 15).

Esse “direito ao não-trabalho”, remete, inevitavelmente, àquele cenário ideal no qual afirma-se que “lugar de criança – e também de adolescente – é na escola”. Aliás, ao se analisar tudo o que foi até aqui exposto, juntamente com o que será desenvolvido mais adiante, será possível perceber que a essência de tal afirmativa, além de estar plena consonância com a Doutrina da Proteção Integral, pode, no detalhe, se encaixar perfeitamente ao contexto de cada um dos direitos fundamentais, especialmente quando o “lugar escola”, é entendido na sua tradicional e cultural concepção de espaço físico mesmo, isto é, do ambiente da instituição que se dedica ao processo de ensino-aprendizagem e que também proporciona ao público infantoadolescente trocas e interações sociais, tão importantes para o seu desenvolvimento.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo na história do Brasil, crianças e adolescentes tiveram a sua condição de sujeito de direitos negada. Esse cenário apenas passou a ser modificado, especialmente, com a promulgação da atual Constituição Federal (1988), com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), e com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), sendo, por conseguinte, inaugurada no país a Doutrina da Proteção Integral.

Desse modo, alinhado à Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente elencou uma série de direitos fundamentais, os quais, nos termos dessa nova Doutrina jurídica, devem ser garantidos de forma prioritária e absoluta, bem como de modo articulado pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Assim, percebe-se como o Direito da Criança e do Adolescente avançou no Brasil com a implementação da Doutrina da Proteção Integral. Não obstante isso, e apesar, inclusive, de o Estatuto estipular instrumentos concretos para que a proteção integral seja efetivamente colocada em prática, percebe-se que ainda falta muito para que esse estágio seja alcançado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos* [recurso eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 12. ed., 2019a. p.49-61.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos* [recurso eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 12. ed., 2019b. p.87-169.

BORGES, Gláucia. O direito humano à saúde das crianças, as fake news e o movimento antivacina: riscos emergentes na era digital. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Lições de Direito da Criança e do Adolescente* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, vol. 1, 2021. p. 289-384.

BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1990b. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014*. Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Secretaria de Comunicação Social. *Saúde pública no Brasil ainda sofre com recursos insuficientes*. Agência Câmara de Notícias. Brasília: Câmara Federal, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/448436-saude-publica-no-brasil-ainda-sofre-com-recursos-insuficientes/#:~:text=Em%20um%20levantamento%20do%20Minist%C3%A9rio,falhas%20em%20seus%20principais%20programas>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre o Estatuto da Primeira Infância e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 888.815/RS*. EDUCAÇÃO. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de Lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) *Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879/SP*. Repercussão geral. Vacinação obrigatória de crianças e adolescentes. Ilegitimidade da recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica. Recorrente: A.C.P.C. e outro(a/s). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>. Acesso em 9 out. 2022.

CORREIO BRASILIENSE. *Criança torturada pelo pai em Manaus é resgatada pela Polícia Civil*. 2021. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/brasil/2021/12/4968975-crianca-torturada-pelo-pai-em-manaus-e-resgatada-pela-policia-civil.html>. Acesso em: 27 abr. 2022.



CRISPIM, Carlos Alberto; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças com deficiência: a inclusão como direito* [recurso eletrônico]. Erechim: Deviant, 2020.

CUCCI, Gisele Paschoal; CUCCI, Fábio Augusto. *A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Como Dever Social da Família, da Sociedade e do Estado*. Unopar Científica Ciências Jurídicas E Empresariais, Londrina, v. 12, n. 2, p. 77-84, 2011. Disponível em: <https://revistajuridicas.pgsskroton.com.br/article/view/910/871#:~:text=%C3%89%20dever%20da%20fam%C3%ADlia%2C%20da,los%20a%20salvo%20de%20toda>. Acesso em: 24 abr 2022.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças Esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil* [recurso eletrônico]. Curitiba: Editora Multidéia, 2009.

G1. *Polícia investiga avô por amarrar e açoitar neto de 12 anos em Marabá*. G1 Pará, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/03/08/menino-de-12-anos-e-amarrado-e-espancado-pelo-avo-em-maraba-no-pa.ghml>. Acesso em: 27 abr. 2022.

GRAJZER, Deborah Esther; VERONESE, Josiane Rose Petry; SCHLINDWEIN, Luciane Maria. Crianças refugiadas: os avanços e desafios para a proteção integral. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

ISTO É. GO: *Polícia procura mãe suspeita de torturar filha de 8 anos por “comer demais”*. Disponível em: <https://istoe.com.br/go-policia-procura-mae-suspeita-de-torturar-filha-de-8-anos-por-comer-demais/>. Acesso em: 27 abr. 2022.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2012.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o Império. In: PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2021. p. 137-209.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado – 4ª ed.* [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIEROZAN, Júlia Höpner; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Apadrinhamento Afetivo: o cenário de Santa Catarina* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2021. p. 19-54.

RIBEIRO, Joana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Princípios do Direito da Criança e do Adolescente e Guarda Compartilhada: estudos de casos com a Família ampliada ou extensa* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

RIZZINI, Irene. PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2011.

SALEH, Nicole Martignago. Eu tenho direito a uma família? O direito à convivência familiar das crianças e adolescentes em lista de espera para adoção. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. (orgs.). *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 319-341.

SEABRA, Gustavo Cives. *Manual de Direito da Criança e do Adolescente* [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: CEI, 2020.

TENENTE, Luiza. '*Homeschooling*': entenda o modelo de aprendizagem domiciliar. G1 Educação, 2021a. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2021/04/04/homeschooling-entenda-o-modelo-de-aprendizagem-domiciliar-que-o-governo-quer-regulamentar-ate-julho.ghtml>. Acesso em 9 out. 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? O que diz a Lei Sinase: a inimputabilidade penal em debate*. Florianópolis: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito e o tempo na perspectiva da construção do ser criança. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. (orgs.). *A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 13-35.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSETTO, Geralda Magella de Faria. A proteção e o tratamento de dados de crianças e adolescentes sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral. In: GHILARDI, Dóris; SASS, Liz Beatriz (coords.). *Temas Atuais de Direito Privado e Sociedade da Informação: o direito na era digital* [recurso eletrônico]. Florianópolis: Habitus, 1ª. ed., 2020a, p. 139-159.

VIEIRA, Marcelo de Mello. O microsistema do Direito da Criança e do Adolescente. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Lições de Direito da Criança e do Adolescente* [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, vol. 1, 2021. p. 127-150.



É CONDIZENTE A INTERPRETAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS COMO MODERADORA DOS PODERES NA REPÚBLICA BRASILEIRA? UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

HOW FITTING IS THE INTERPRETATION OF THE MILITARY FORCES AS A MODERATOR OF THE GOVERNMENT BRANCHES OF THE BRAZILIAN REPUBLIC? A HERMENEUTIC ANALYSIS OF THE ARTICLE 142 OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

*Michael Leonel**

Resumo: os conflitos entre os poderes no seio da República Brasileira são constantes, por isso necessita-se de um sistema de freios e contrapesos para garantir uma relação harmônica entre eles. Contudo, alguns agentes políticos e doutrinadores levantaram a possibilidade das Forças Armadas exercerem um papel moderador destes conflitos, por isso, o trabalho se dedicou em analisar esta hipótese citada, no qual os institutos da separação dos poderes, poder moderador e funções constitucionais das Forças Armadas foram de maior enfoque. Emprega-se uma pesquisa exploratória e abordagem quantitativa com utilização de um amplo leque bibliográfico para se responder ao problema apresentado. Portanto, a possibilidade de moderação dos conflitos da República pelas Forças Armadas se mostra equivocada em razão da necessidade dos conflitos se regularem, por meio dos freios e contrapesos, da figura do Poder Moderador estar ultrapassada e das funções das Armadas não garantirem tamanha autonomia e estarem subordinadas aos poderes.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Forças Armadas. Freios e Contrapesos. Poder Moderador.

*Graduado do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Londrina.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8436834160145243>. E-mail: michael_leonel@hotmail.com.

Abstract: The government branches of the Brazilian Republic are constantly in conflict. For that reason, a checks and balances system is needed to create a harmonic relation between them. Nevertheless, authors and political agents bring up the possibility of the military forces having a moderating role in these conflicts. Through exploratory and quantitative approach, the present article focuses on analysing the hypothesis of the military forces having a role as a moderating power of the government branches and what precisely is the function of these forces according to the Brazilian Constitution. By utilizing vast bibliography, this hypothesis is debunked, given that the checks and balances system is still the best method of regulating the government branches, the moderating power concept is outdated and the military forces are ultimately subordinated to these same branches.

Key-words: Government branches. Moderating power. Military Forces. Checks and balances.

1. INTRODUÇÃO

Os conflitos entre os Poderes da República estão sempre presentes, pois estes em diversos momentos se encontram em choque devido a alguma questão controvertida, como a declaração de inconstitucionalidade de alguma norma ou o veto do Presidente sobre algum projeto de lei. Por isso, no século XVIII, foram desenvolvidas diversas teorias que confeccionaram a Teoria de Separação de Poderes e sistema de freios e contrapesos, o qual consiste no controle de um poder sobre o outro de modo a evitar abuso de algum deles.

E este sistema de controles dos conflitos dos poderes está presente na ordem constitucional brasileira por meio de diversos mecanismos, todavia, a jovem democracia brasileira, iniciada após a promulgação da Constituição de 1988, se encontra em um momento delicado devido aos conflitos diários entre os poderes, estes conflitos muitas vezes injustificados e utilizados como ferramenta de ganho político.

Com isso começou a circular, depois de 2018, uma corrente interpretativa a qual acredita na possibilidade das Forças Militares serem moderadoras dos embates entre os Poderes, em razão do texto do artigo 142, caput, da Constituição da República, que denota as funções das Forças Armadas e, por ser meio vago e pouco claro nas suas expressões, gera margem para diferentes interpretações (BACHTOLD, 2020). De modo didático, a transcrição desta norma constitucional segue:



Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (BRASIL,2020)

E esta corrente interpretativa conta com a presença de diversos agentes políticos, os seus apoiadores e alguns doutrinadores. Dessa forma discursos, manifestações, vídeos e notícias vincularam esta possibilidade. Por estes fatos o trabalho tem a intenção de fornecer uma interpretação da norma constitucional em questão e analisar se os fundamentos daquela corrente estão certos ou equivocados.

A relevância do tema se justifica porque mesmo após diversas instituições (Ordem dos Advogados do Brasil, Supremo Tribunal Federal e Câmara dos Deputados) se manifestarem contra esta visão interpretativa, ela ainda continua presente em discursos e em declarações públicas. Por isso o trabalho apresenta um estudo de hermenêutica jurídica e após foi realizada a interpretação do artigo 142, *caput*, da Constituição, sobre os institutos da separação dos poderes e do Poder Moderador, por fim, sobre as funções das Forças Armadas.

O presente trabalho utiliza do método dedutivo, em que se parte de uma premissa maior para uma menor, sobre o texto constitucional, no Artigo 142, para determinar a possibilidade de mediação dos conflitos pelas Forças Armadas, a finalidade da pesquisa básica, abordagem qualitativa e exploratória. O trabalho realizou levantamento bibliográfico, a fim de alcançar os objetivos da pesquisa, os materiais empregados foram livros, artigos científicos, pareceres jurídicos e decisões judiciais.

O trabalho está organizado na sua primeira seção sobre um estudo da hermenêutica jurídica, o seu caminho histórico e escolas de interpretação, sobre as formas de interpretação, que são a pública autêntica, judicial, administrativa e doutrinária, e os métodos de interpretação, gramatical, sistemática, teleológica e histórica, para ter um sistema de interpretação aplicado na seção subsequente.

Na segunda seção a presença da interpretação do artigo 142, *caput*, da Constituição, com a presença da Teoria da Separação dos Poderes, o Poder Moderador e, por último, as funções das Forças Armadas e a importância da distância da caserna da vida política cotidiana.

2. SOBRE A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A necessidade de interpretação de texto é algo intrínseco a prática de ler e escrever, por isso todos os praticantes de uma língua ao se depararem com qualquer texto realizam uma análise com o objetivo de apresentar os significados, mas esta ação não é igual para todos os seres humanos, logo, as suas origens, ideologias, valores representam itens importantes para formulação do intérprete. Como bem expressou Carlos Maximiliano (2011, p. 8) “tudo se interpreta; inclusive o silêncio.”

O conceito de interpretação para Karl Larenz (2009, p. 439) significa “uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.” Quanto ao conteúdo problemático se refere aos termos que não são facilmente decodificados na língua corrente e exigem um tratamento para ser levado ao conhecimento da sociedade. Por sua vez, Peter Häberle (1997, p. 14) assim discorre sobre o conceito de hermenêutica:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*).

O estudo da interpretação que pode ser denominado hermenêutica segue uma trajetória histórica longa, pois se dedica a estudar os discursos observando a posição dos enunciadores e os ouvintes, em consequência figura como uma disciplina filosófica, sendo estudada pelos gregos, Platão e Aristóteles, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Pierre Bourdieu e entre outros, o que mostra a profusão deste campo (IAMUNDO, 2017).

A etimologia do vocábulo Hermenêutica tem origem na mitologia grega, mais precisamente no deus Hermes que detinha o poder de conversar com os deuses e com os mortais, em consequência ele lograva a capacidade de transmitir mensagens e decodificá-las entre os dois mundos. Por isso o papel da hermenêutica jurídica seria transmitir as intenções das normas jurídicas para a sociedade (MASCARO, 2021).

A hermenêutica está presente em vários momentos da história, haja vista ser usada para interpretar os escritos religiosos e mandamentos jurídicos. “Em sociedades antigas, como a hebraica, ou grega ou a romana, a interpretação das normas jurídicas confundia-se com os sentidos da religião, da vontade direta dos detentores do poder político, com o misticismo particular de cada povo”



(MASCARO, 2021, p. 153). Isso se explica devido ao mundo jurídico ainda não estar apartado de outros campos da sociedade.

Com o advento da idade moderna, o direito foi sendo desenvolvido por meio das normas escritas e a organização dos Estados, ainda assim nos Estados Absolutistas. Todavia, a hermenêutica jurídica não era bem desenvolvida, pois as ordenações destes Estados ficavam condenadas aos sabores e dissabores dos monarcas, que poderiam criar e, revogar as normas jurídicas sem nenhum critério justificável (MASCARO, 2021, p. 153).

Na idade contemporânea, a hermenêutica voltou aos problemas dos doutrinadores jurídicos, mais precisamente na teoria geral do Direito. Este retorno se deve à visão da sociedade que o governo deveria ser de leis, esta ideia advinda da Revolução Francesa. Com isso, as normas jurídicas deveriam ser as balizadoras da sociedade, não mais na figura pessoal do dono do poder (MASCARO, 2021, p. 153).

E nesta esteira ocorreu o desenvolvimento do Código Civil Francês no século XIX, que representou um marco para a sistematização das normas e a organização da sociedade. E para interpretar e estudar o movimento das codificações foi criada Escola Exegética na França, nesta eles defendiam a letra da lei como expressão da vontade, com isso intérprete deveria se ater ao texto legal e sem adotar outras formas de interpretação (MAZZOTI, 2010, p. 55), “portanto em termos de intencionalidade é o texto que determina os procedimentos interpretativos (gramatical-léxico/lógico-formal) para alcançar a vontade do autor (legislador).” (IAMUNDO, 2017, p. 150).

E a Escola Histórica na Alemanha, nesta escola “a historiografia assume uma posição hermenêutica na medida em que realiza essa mediação entre o passado factual-individual e o todo-histórico, descrevendo e interpretando suas relações dialéticas” (MAZZOTI, 2010, p. 24). O que leva a interpretar uma norma com a visualização do todo, não se reduzindo a simplesmente analisar a letra da lei.

Entretanto, foram desenvolvidas outras escolas com o passar dos séculos XIX e XX, nas quais se desenvolveram métodos de interpretação, como a Escola da Livre Pesquisa, que, por meio dos estudos de François Geny, desenvolveu o método científico (MAZZOTI, 2010, p. 76). E, este “representa um significativo avanço para a ciência jurídica na medida em que trabalha com duas dimensões: o valor da lei e sua estabilidade, e a função da ideologia e da moral conscientemente inserida no Direito” (MAZZOTI, 2010, p. 76).

A Escola do Direito Livre, com os seus representantes Erlich e Kantorowicz, preconiza a liberdade do julgador em buscar a decisão mais justa para os casos



demandados, mesmo os fundamentos das decisões não estarem de acordo com o direito vigente (MAZZOTI, 2010, p. 79).

Segue a conclusão sobre a posição do magistrado nesta escola por Alexandre Araújo Costa (2008, p. 278-279), “o juiz não deveria criar subjetivamente o direito, mas *encontrá-lo* na sociedade, pois ter a liberdade de buscar o *direito vivo* não significa ter a liberdade de seguir livremente seus instintos de justiça.” Por isso nesta corrente requer do julgador uma busca de uma decisão materialmente correta, logo diferente das correntes que apostaram no formalismo das normas jurídicas.

Com o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, não se pode deixar de citar outras fontes para a concretização do campo hermenêutico, estas presentes na filosofia, que foram a Escola Bíblica e a Escola Filológica, que estavam dedicando as formas de interpretação para temas fora do direito (MAZZOTI, 2010, p. 21). A primeira se dedica aos estudos das escrituras sagradas e a segunda os seus pensadores “buscam um conjunto de regras gerais de uma exegese filológica, passível de ser aplicada em todas as obras do gênero humano.” (MAZZOTI, 2010, p. 21).

Outro estudo importante na seara da hermenêutica são as obras de Schleiermacher com a sua hermenêutica universal, logo, ele desenvolveu um procedimento para interpretação de qualquer texto, não estando atrelado a alguma área do conhecimento (MAZZOTI, 2010, p. 21). Sua proposição segue nas palavras de Mazzoti (2010, p. 22):

o processo compreensivo não pode ser reduzido à estrutura objetiva do discurso (texto), mas deve contemplar, outrossim, sua estrutura subjetiva (vontade do autor). Na hermenêutica universal, tudo aquilo que nos é dado objetivamente somente pode ser considerado como uma medida que nos conduz ao pensamento originário do autor.

Este processo de entendimento deve adotar uma visão superior ao que está no texto, pois a sua devida compressão só irá ser completa quando analisado o momento histórico e sociocultural que envolve aquele escrito. Os ensinamentos expostos até agora serão fundamentais para os diferentes métodos de interpretação.

Após analisar brevemente a história e escolas da hermenêutica se passará a desenvolver os subitens do procedimento hermenêutico, que são as formas e os métodos de interpretação destes itens representam importantes pontos para realizar uma interpretação de uma norma jurídica.



2.1 AS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO

O estudo da hermenêutica jurídica envolve todo o desenvolvimento de procedimentos e mecanismos que buscam dar efetividade às normas jurídicas no maior grau de entendimento, “é possível dizer que a hermenêutica jurídica é, antes de tudo, um instrumento operacional” (IAMUNDO, 2017, p. 217).

Por isso, as formas de interpretação são importantes para a compressão das normas jurídicas, haja vista que distintos atores podem oferecer diferentes visões sobre um texto normativo. Com isso, serão apresentadas as diferentes formas de interpretação: são elas Pública Autêntica, Judicial, Administrativa e Doutrinal.

A forma pública autêntica refere-se à interpretação que parte do autor da norma em questão, esta forma talvez represente o método mais fiel de hermenêutica, pois nenhum outro autor melhor para interpretar do que o próprio inventor. Como bem se anunciava Justiniano no Império Bizantino: “Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei” (MAXIMILIANO, 2011, p. 73).

Segundo Eduardo Iamundo (2017), cabe-se duas considerações sobre esta forma: a primeira decorre de a interpretação autêntica não representar uma interpretação, mas sim uma justificativa do que foi expresso na norma jurídica. E a segunda se expressa em decorrência da primeira, haja vista a justificativa emitida pelo intérprete como uma nova legislação, o que levaria a uma nova norma explicar a antiga já legislada.

E outros doutrinadores entendem como questionável a promoção da interpretação autêntica, como bem segue a crítica de Carlos Maximiliano (2011, p. 76) sobre a possibilidade de o autor da norma fornecer a sua interpretação:

(...) a forma autêntica de exegese oferece um grave inconveniente – a sua constitucionalidade posta em dúvida por escritores de grande prestígio. Ela positivamente arranha o princípio de Montesquieu; ao Congresso incumbe fazer leis; ao aplicador (Executivo e Judiciário) – interpretá-las. A exegese autêntica transforma o legislador em juiz; aquele toma conhecimento de casos concretos e procura resolvê-los por meio de uma disposição geral.

A crítica expressa por Maximiliano é deveras pertinente, pois não se deve necessitar de interpretação promovida por instituição que não tem este papel, nos casos de obscuridade ou defeitos de norma deve-se a legislatura produzir nova lei e revogar a anterior.

A forma judicial de interpretação é aquela realizada pelas instituições responsáveis pelo Poder Judiciário, por meio das sentenças, acórdãos, orientações e

súmulas, considerada como fonte formal do direito, formulando a criação da Jurisprudência. “É a mais importante, porque é por ela que se orientam os advogados e se esclarecem os juízes em suas dificuldades ao julgar. Declara o direito vivo” (GUSMÃO, 2018, p. 237).

Quando a interpretação parte de agentes públicos, particularmente vinculados ao Poder Executivo, tem-se a interpretação pública administrativa. São promovidas por meio de despachos, decisões, circulares, portarias, instruções, regulamentos ou pareceres.

E a forma de interpretação administrativa se divide em duas: pública regular e casuística. A pública regular é realizada pelos órgãos da administração pública, nos âmbitos federal, estadual e municipal. A casuística ocorre por meio de parecer expedido pelas consultorias jurídicas dos órgãos públicos, que tem a intenção de auxiliar os administradores nas tomadas de decisão. (IAMUNDO, 2017, p. 219).

E por fim a forma de interpretação doutrinária, ou privada, é realizada pelos juristas que buscam por meio de livros e pareceres os seus entendimentos sobre as normas jurídicas. “É obra dos juristas que analisam os textos à luz dos princípios filosóficos e científicos do direito e da realidade social” (MONTORO, 2014, p. 425).

Por muitos esta forma de interpretação é considerada a melhor, já que se utiliza do rigor científico, com “elaboração da hipótese, argumentação lógica e conclusões coerentes” (IAMUNDO, 2017, p. 220). E este trabalho dos juristas resulta em apoio argumentativo para tomada de decisões dos magistrados e administradores públicos.

2.2 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação é adotada para se buscar os sentidos de uma norma jurídica, logo foram desenvolvidos diversos métodos para se alcançar o entendimento desta. Todavia, estes não devem ser aplicados de forma isolada, haja vista as normas apresentarem grande complexidade e regularem o mundo social com toda a sua profundidade (IAMUNDO, 2017, p. 220).

Por isso, o ato de interpretar deve ser encarado de modo fundamentado, Maximiliano (2011, p. 87) afirma “A interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros.” O que explica o amplo leque de métodos desenvolvidos pelas diversas escolas.





O primeiro método hermenêutico apresentado é a interpretação gramatical, esta desenvolvida pela Escola da Exegese que se iniciou com a aplicação sobre o Código Civil de Napoleão, o qual tinha a intenção de regular todos os aspectos da vida e seguia os lemas da Revolução Francesa sobre todas as pessoas serem iguais perante a lei.

O pensamento da interpretação gramatical segue a mesma linha da Escola de Interpretação Bíblica, em razão da busca de uma interpretação que seja a mesma da vontade dos redatores dos textos. “O Código Francês, assim como as Escrituras Sagradas, eram obras divinas, e como tais, não podiam ter seu sentido alterado. Ao homem, cabia apenas a percepção do texto tal como ele se apresentava” (MAZZOTTI, 2010, p. 54).

Por isso o intérprete deveria analisar a vontade do legislador, com isso a interpretação deve seguir os desejos do formulador da norma em exatidão e fidelidade (REALE, 2002). E outras funcionalidades deste método, segundo lição de Rizzato Nunes (2017), decorrem da interpretação dos textos legais, haja vista a aplicação de termos que não estão presentes na língua corrente, ambiguidades, imprecisões, a presença de termos jurídicos em aberto ou indeterminado, e para corrigir erros de digitação.

A segunda corrente de interpretação é a lógico-sistemática. Alguns doutrinadores dividem a lógica e a sistemática como métodos independentes, contudo, neste trabalho estarão unidas, em conformidade com André Franco Montoro, Miguel Reale.

Este método de interpretação leva em consideração o todo da lei e não somente a norma em questão, o ordenamento jurídico no qual está presente para se desenvolver uma interpretação adequada, haja vista a lógica pedir sempre a unidade e a coerência das normas jurídicas (MONTORO, 2014). Segundo Miguel Reale (2002, p. 279), este método significa:

É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre situando-as no conjunto no sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.

A interpretação promovida por este método vem para resolver duas questões, em que o método gramatical não tinha alcance sobre as lacunas e antinomias das normas jurídicas. Isso representou grande avanço, pois a jurisdição não pode se abdicar de resolver as lides, mesmo tendo falta de normas claras sobre o tema.

Sobre a utilização para resolver estes problemas, segue a passagem elucidativa de Marcelo Mazzoti (2010, p. 60):

O método lógico-sistemático visa justamente a resolver esses dois problemas e a manter a integridade e coerência da legislação, na medida em que exige uma interpretação de cada norma particular em conjunto com o todo do ordenamento. No caso da lacuna, a metodologia lógico-sistemática visa a encontrar um a norma no ordenamento que a preencha sob uma ótica pragmática. Já na antinomia, a metodologia avaliará as leis incompatíveis e excluirá uma delas.

Com estes esclarecimentos apresentou-se o alcance do método lógico-sistemático, contudo, este não tem a intenção de criar legislações por meio da interpretação realizada muitas vezes por órgãos diferentes dos criadores das normas interpretadas, haja vista poder criar uma ilegal usurpação de funções.

Ao se falar em interpretação teleológica deve-se analisar primeiro a etimologia do termo, o que leva à Grécia antiga com a palavra *telos* com o significado de finalidade, objetivo (MASCARO, 2013). Este método representaria buscar qual era a finalidade da norma quando foi legislada, como bem determina Eduardo Lamundo (2017, p. 226):

O efeito distante e amplo, evidentemente, é o fim que se pretende atingir de modo eficaz, na perspectiva de atender as demandas mais do que jurídicas, isto é, atender as demandas sociais, pela própria função do ordenamento jurídico. (...) a norma jurídica é uma construção social, portanto não há construção nessa esfera que não queira a permanência.

E este método foi apregoado por Rudolf Von Ihering, no final do século XIX, em suas obras (*Der Kampf ums Rechte e Der Zweck im Recht*)¹ quando ele realizava os modelos vigentes e anunciava a importância de se apegar a finalidade das normas. E que ao produzir as normas o Legislativo se atenta para promover a preservação social (MAZZOTI, 2010).

Quando se fala em método de interpretação histórica não se deve esquecer da Escola Histórica, de Savigny, por ter desenvolvido este método. No momento que o Código Civil na Alemanha foi criado, já havia passado um bom tempo do Código Civil de Napoleão, em razão disto, a Escola História se distancia do pensamento da Escola Exegética, centrada em buscar as vontades do legislador na formulação das leis.

¹ Traduzidos no Brasil por *A luta pelo Direito e A finalidade do Direito* respectivamente.



E estudiosos alemães do direito tinham como influência de grande valia e importância o direito romano, este que adotava diferentes fontes para a formação do direito, como os usos e os costumes da sociedade. “A História, por mais que tenha significativa importância, deverá ser encontrada unicamente pelo texto da lei, e nunca além dele” (MAZZOTI, 2010, p. 72).

Por isso a Escola Histórica e a Exegética guardam grande proximidade, haja vista o método histórico ser um complemento para o intérprete. Os doutrinadores da Escola Histórica buscavam a história e a cultura da sociedade para justificar a interpretação e a criação das leis:

Na medida em que o passado dialoga com o presente, faz-se necessário realizar um juízo acerca da razão existente na criação legislativa pretérita e sua adequação ao caso presente. A edição de uma lei sempre ocorre em um momento cronológico anterior à sua aplicação e, portanto, deve-se investigar se há uma linha histórica que sustenta estes dois momentos no tempo (MAZZOTI, 2010, p. 69).

Assim, o intérprete deve se atentar ao momento histórico e os valores socio-culturais da sociedade na época da promulgação da lei ao realizar a interpretação, bem como deve analisar os debates Legislativos que aconteceram nas casas parlamentares sobre (MASCARO, 2013). E no método histórico o intérprete deve se atentar para o direito comparado, que seriam possíveis influências de legislação estrangeira sobre os temas da norma analisada em questão (MONTORO, 2014).

3. POR UMA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Após realizar uma breve análise sobre o instituto da hermenêutica, se atendo às categorias importantes deste campo do Direito e sem a intenção de explorá-lo em sua completude, no qual se buscou apresentar sobre as Escolas, as formas e os métodos de interpretação que serão utilizados nesta seção para fornecer um suporte conceitual em cumprir uma interpretação sobre o artigo 142, caput, da Constituição.

Por isso, nas próximas subseções serão realizadas as análises em conformidade com o exposto nos métodos e formas de interpretação. Por primeiro, serão analisados os métodos histórico e sistemático com a separação de poderes e a figura do Poder Moderador, já utilizado no Estado Brasileiro, e sua possível aplicação no contexto da Constituição da República de 1988.

Na segunda subseção, adotar-se-ão os métodos literal (ou gramatical), sistemático, teleológico e teleológico para se descobrir e orientar as funções e limites das Forças Armadas presentes no artigo 142, caput, da Constituição, bem como sobre a necessidade da distância das Forças Militares da vida política cotidiana.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FIGURA DO PODER MODERADOR

Quando se discute a formação do Estado, quase em sua totalidade a Teoria da Separação dos Poderes está presente, entretanto, isso não é notável em relação ao Poder Moderador, que seria uma figura estranha no estudo das teorias gerais do Estado.

Portanto, ao se afirmar a existência de um Poder Moderador nas mãos das Forças Armadas dos conflitos entre os poderes é algo que gera um estranhamento. Contudo, este agrupamento de ideias segue sendo difundido por alguns agentes políticos, o que motiva o seu estudo, observando a sistemática e historicidade destes termos para o sistema constitucional pátrio.

A separação dos poderes é quase pressuposto necessário para o desenvolvimento das constituições desde a segunda metade do século XX, estando presente na maioria dos Estados. Pois a sua divisão de poderes entre diferentes pessoas e órgãos representa a concretização de um processo democrático. O que não seria diferente no Brasil, tão bem inspirado e influenciado pelos sistemas europeus e americano de organização do Estado.

Ao se adotar o Estado de Democrático Direito, com a Constituição de 1988, o Brasil apresenta a possibilidade de participação dos seus cidadãos nas decisões públicas, quer por meio direto (referendo, plebiscito, voto e iniciativas populares) e indireto (pelo sistema de representação) (NERY JÚNIOR, 2020).

Os objetivos perseguidos pela separação de poderes, segundo Pedro Lenza, são a divisão do poder e a liberdade individual. E os mecanismos para concretizar os objetivos: “primeiro, impondo, a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais” (LENZA, 2022, p. 550).

E a separação de poderes é importante garantidor desses direitos por não concentrar os poderes sobre uma pessoa ou grupo, algo que era presente nas teorias de Hobbes com seu Leviatã, no qual o estado era onisciente e onipresente, fundamentos que levaram a muitos estados serem autocráticos (NERY JÚNIOR, 2020).



E a teoria do Leviatã era a necessidade de se defender do estado de natureza dos homens, todavia, outras arregimentações teóricas de organização social foram desenvolvidas para descortinar este ideal, dentre estas tem a Teoria da Separação do Poderes, de Montesquieu. Como bem expressa Reinhold Zippelius (1997, p. 409), sobre a pluralidade dos poderes:

É, pois, necessária a pluralidade dos poderes para manter sob controlo a tendência natural de cada pessoa para abusar do poder. Estabelecer um mecanismo de cooperação no Estado constitui o meio para garantir a liberdade ao povo. (...) este equilíbrio dos poderes é tecnicamente alcançável se se colocar o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial nas mãos de órgãos distintos.

Logo, merece tecer algumas considerações sobre o tema da separação de poderes. A ideia de uma tripartição das funções do Estado advém de Aristóteles (2010) na sua obra *A Política*, no qual ele definiu a presença das três funções estatais (deliberação, comando e judicatura), contudo, ele ainda não as definiu como órgãos distintos (MARTINS, 2021). Segue citação do professor Paulo Bonavides (2011, p. 146) sobre de precursores de Montesquieu:

Distinguiu Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu.

Estas funções descritas representam as mesmas que ainda são utilizadas pelas Repúblicas Democráticas. E após muito tempo destas teorias, outra veio como uma forma “aprimorada”, no caso a Teoria da Separação dos Poderes (LENZA, 2022).

Esta teoria serviu como resposta ao absolutismo monárquico, haja vista este concentrar demasiado poder nas mãos de uma pessoa, no caso o Rei, o qual utilizava-se do direito divino como único detentor legítimo do poder. Com o passar do tempo, gerou-se um descontentamento, pois este soberano era intervencionista e atrapalhava a burguesia pujante (BONAVIDES, 2011).

E foi com o *Bill of Rights* de 1689, na Gloriosa Revolução Inglesa, que as ideais de limitação do poder real e um início da separação dos poderes foi visto sendo aplicado pela primeira vez. Com a presença forte do parlamento, o poder real limitado e a independência dos juizes. “Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza” (LENZA, 2022, p. 550).

Entretanto, o trabalho que ganhou notoriedade e repercussão foi o do liberal Montesquieu na sua obra *O Espírito das Leis*, a qual apresenta como condição a um Estado de Direito, a separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a independência destes. “A ideia de equivalência consistente em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder” (WEFFORT, 2006, p. 274).

As funções típicas dos poderes são: o Executivo tem a função de praticar os atos de administração, o Legislativo, a criação de leis e a fiscalização do Executivo, e o Judiciário deve dirimir os conflitos por meio da aplicação da lei, “além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos)” (LENZA, 2022, p. 552).

E, na esteira da Teoria da Separação dos Poderes, foi desenvolvido o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) para desenvolver mecanismos de controles recíprocos entre os poderes estabelecidos, por exemplo, os vetos do Presidente às leis e o controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Segue a decisão do STF na ADI nº 5874 sobre a aplicação deste sistema:

[...] 3. A concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal, muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, **sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes** (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A decisão demonstra a possibilidade de atuação do Executivo em conformidade com as suas atribuições presentes na Constituição, por isso, não cabe autorização do Conselho citado.

E a separação dos poderes está regulada na Constituição da República de 1988, no artigo 2º, no qual apresenta-se que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, sendo divididos entre Executivo, Legislativo e Judiciário. E o instituto ainda figura no rol de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, III). As cláusulas pétreas são limitações materiais expressas pelo poder constituinte originário, não cabendo discussão de abolição (LENZA, 2022).

Portanto, a presença da separação dos poderes, com a sua independência e harmonia, representa um instituto de suma importância para a Democracia e a República, em razão da tentativa de distribuição de poderes e das funções estatais, portanto, dentro da Tripartição dos Poderes.



Por isso, ao empregar a interpretação sistemática e histórica da Constituição da República de 1988 (CR/88), esta adota a Teoria da Separação dos Poderes e não se admite figuras extras que possam chancelar as decisões destes e moderá-los, contudo, o controle deve ocorrer de forma harmônica pelo sistema de freios e contrapesos.

Diante disso, merece um pequeno estudo sobre o instituto do Poder Moderador no estado brasileiro, visto que este já esteve presente no ordenamento jurídico, todavia em um momento histórico diferente e exercido por outra figura.

A ideia refere-se a um Poder Moderador sobre os outros três poderes, com a intenção de garantir a estabilidade institucional e os direitos fundamentais. Por isso, Benjamin Constant, liberal, foi quem apresentou esta teoria em 1814 na sua obra *Princípios Políticos*. E diferente da teoria de Montesquieu, Teoria da Separação dos Poderes, que foi aceita na maioria dos países com ideais liberais, a teoria de Constant só foi aplicada em dois países, Brasil e Portugal, devido a presença de Dom Pedro I (LYNCH, 2010).

A teoria de Constant apresentou que a moderação realizada pelos freios e contrapesos seria algo ilusório, que um poder poderia acabar com o outro em qualquer momento, portanto ele acreditava que deveria existir um quarto poder, apolítico e neutro, para atuar em momentos de urgência e harmonizar os conflitos. “Se fosse possível desvincular o rei das atribuições de chefe de governo, transferindo seu poder governativo para a opinião pública, o monarca se converteria, por sua autoridade moral, na sentinela perfeita da estabilidade estatal” (LYNCH, 2010, p. 94).

Como bem indicado na citação, Constant acreditava na possibilidade de uma figura monarca de exercer esta posição, pois tem o interesse de continuar com o poder real, por isso não sucumbiria às ambições políticas. “Constant desenvolveu teoria acerca da Monarquia Constitucional, na qual o poder real deveria ser um poder neutro, protegendo, balanceando e restringindo os excessos dos demais poderes (por isso, um poder moderador)” (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 504).

A presença do Poder Moderador na ordem constitucional brasileira se deu com a Constituição de 1824, a Constituição do Império brasileiro, outorgada por Dom Pedro I. Segue o artigo da Constituição de 1824 no qual regula o instituto:

[Constituição Política do Império do Brasil] Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos (sic) (BRASIL, 1824).

No entanto, a aplicação do instituto do Poder Moderador foi desvirtuada do imaginado por Constant, pois no caso da Constituição do Império de 1824, os poderes atribuídos ao moderador eram muitos superiores aos outros poderes, podendo realizar qualquer medida, sendo considerado por muitos como a constitucionalização do absolutismo.

Logo a figura do Poder Moderador não se deu de forma emergencial e ocasional como protestava Constant. “Centralizaram-se, assim, prerrogativas na pessoa do Monarca que permitiam interferências no exercício de todas as funções do Estado. O poder pessoal do Imperador era, dessa maneira, legitimado pela Constituição” (TAVARES, 2020, p. 138).

E este mecanismo de centralização serviu para assegurar a estabilidade política do trono, principalmente no Segundo Reinado. Por meio deste poder moderador o imperador poderia destituir a qualquer tempo a câmara dos deputados, suspender magistrados, nomear e exonerar os ministros do estado ao seu bel prazer (LENZA, 2022). A passagem a seguir determina a dinâmica do Poder Moderador, conforme Octaciano Nogueira (2012, p. 31-32):

Sem a existência do Poder Moderador, segue-se o modelo clássico do parlamentarismo inglês, segundo a máxima de que “o rei reina, mas não governa”. Com as amplas atribuições do Poder Moderador, como no modelo brasileiro, o parlamentarismo deixa de ser possível, torna-se impraticável, na medida em que é o Monarca, e não a maioria parlamentar da Câmara, que livremente escolhe, aprova e derruba o Ministério.

Este instituto durou até promulgação da Constituição de 1891, a primeira do regime republicano, pondo fim ao Império do Brasil, haja vista não ser um instituto presente nas democracias constitucionais liberais. Segue citação de decisão do ministro Luís Roberto Barroso, do STF no Mandado de Injunção nº 7.311 DF, sobre a figura do Poder Moderador na ordem constitucional brasileira:

4. O Poder Moderador só existiu na Constituição do Império de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. **Na prática, era um resquício do absolutismo, dando ao Imperador uma posição hegemônica dentro do arranjo institucional vigente. Nas democracias não há tutores** (BRASIL, 2020b, grifo nosso).

O que se pode concluir do Poder Moderador é a sua grande concentração de poder nas mãos de um ou alguns, pois conforme a teoria de Constant esta figura moderadora e harmonizadora dos conflitos só é chamada a atuar em emergências, contudo estes eventos são muito relativos.



E, como se espera uma visão histórica e sistemática, observa-se que nenhuma outra constituição brasileira adotou a figura do Poder Moderador no ordenamento constitucional. Ao se analisar o texto da Constituição não se fala em nenhum momento de um poder ou instituição responsável por executar as funções do Poder Moderador. Logo a interpretação de que as Forças Armadas são um novo Poder Moderador é deveras incorreta, visto o que ele representou quando foi aplicado.

3.2 FORÇAS ARMADAS, AS SUAS FUNÇÕES E A DISTÂNCIA DA POLÍTICA PARTIDÁRIA

Os defensores da ideia das Forças Armadas na posição de moderadoras dos conflitos entre os poderes se prendem ao texto do artigo 142, *caput*, da Constituição, pois entendem existir uma possível “autorização” nesta norma, o que justificaria uma intervenção militar constitucional para restabelecer a ordem. Então, será analisado o artigo citado sobre as possibilidades levantadas pelos defensores que advogam esta interpretação.

Por conseguinte, será transcrito o texto legal do artigo 142, *caput*, com intuito de se obter uma visão do todo do que será examinado:

Constituição da República (1988). Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, **e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Na passagem foram grifados os termos que serão perquiridos, pois estes indicam as funções das Forças Armadas ordenadas pelo artigo 142, *caput*, da Constituição. Anota-se que existem outras funções, entretanto, não são relevantes para este trabalho. Logo, como se percebe, as funções serão a defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e por iniciativa de qualquer dos poderes, a garantia da lei e da ordem.

Em razão da problemática desenvolvida no trabalho, serão analisadas as funções de garantia dos poderes e da garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais, pois estas são utilizadas por quem advoga a presença militar como moderação dos conflitos. E, neste ponto, os métodos histórico, gramatical, teleológico e sistemático serviram de metodologia de interpretação.

A presença da garantia dos poderes constitucionais deve ser entendida como a possibilidade de atuação das Forças Armadas quando um dos poderes constituídos da República se encontrar em ameaça por uma figura externa, não quando um dos poderes está em conflito com outro.

Esta posição segue a linha do min. Luiz Fux, do STF, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457 DF, no qual expressou o seguinte: “Trata-se, portanto, do exercício da ‘defesa das instituições democráticas’ contra ameaças de golpe, sublevação armada ou movimentos desse tipo” (BRASIL, 2020c). Este representaria o fim querido pela lei constitucional.

Para reafirmar esta posição foi emitida a Nota Informativa nº 2.866/2020 do Senado Federal, importante forma de interpretação administrativa, que afirma: “A ‘garantia dos poderes constitucionais’ refere-se à garantia do respeito a todos os três Poderes contra ameaças externas a essa tríade” (BRASIL, 2020a). Haja vista a presença consagrada da separação dos poderes e sua tripartição no decorrer do texto constitucional, isso parte de uma visão sistemática.

E ao virar as atenções aos telos deste tema, o Min. Luís Roberto Barroso expõe no Mandado de Injunção nº 7.311 DF que o “elemento teleológico, finalístico, a Constituição é inequívoca ao estabelecer a destinação das Forças Armadas: defender a Pátria e garantir os ‘poderes constitucionais’. Todos eles. Não é seu papel afirmar um em detrimento dos demais” (BRASIL, 2020b). Por isso que na atuação das Forças Armadas, elas devem estar sobre as diretrizes da constituição, principalmente respeitando a separação, a independência e harmonia dos poderes.

Estes entendimentos consagram a presença da interpretação histórica, teleológica e sistemática, pois a ordenação constitucional não admite a possibilidade de ameaças e ataques aos poderes constitucionais, o que se justifica pelos ares políticos da época da constituinte, em razão da tentativa de se blindar o sistema democrático constitucional e suas instituições.

A segunda função seria em relação à garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer um dos poderes, que representa a possibilidade de atuação das Forças Armadas em atividades dentro do solo brasileiro, em apoio às instituições de segurança pública, as quais iriam executar ações que busquem o controle da legalidade e continuidade do funcionamento do estado. Segue passagem de Pedro Lenza (2022, p. 542) sobre a possibilidade de atuação nas ações de garantia da lei e da ordem:



Conforme prescreve o art. 15, § 2.º, da LC n. 97/99, a atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem – GLO –, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

As operações Garantia da Lei e da Ordem (GLO) representam ações subsidiárias e de forma eventual de atuação das Forças Armadas na segurança pública. Logo, a possibilidade de atuação das Forças Armadas está condicionada ao pedido de algum líder de Poder (do Executivo, Legislativo ou Judiciário).

É vedada a autonomia da caserna para estas operações. “Não cabe às Forças Armadas agir de ofício, sem serem convocadas para esse fim. Também não comporta ao Chefe do Poder Executivo a primazia ou a exclusiva competência para realizar tal convocação” (SANTA CRUZ; FURTADO COÊLHO; BINENBOJM, 2021, p. 245).

E isso ocorrerá quando se perceber a necessidade urgente de atuação, por isso, será requerido o suporte das armadas com mensagem para o chefe do Executivo Federal (líder supremo das Forças Armadas) para confeccionar um decreto (LENZA, 2022).

Esta ação terá área prévia estabelecida de atuação e o tempo certo, não se confunde com os institutos do estado de sítio, de defesa ou intervenção federal. O decreto do Presidente poderá sofrer controle por parte do Legislativo e Judiciário (LENZA, 2022). E essa presença só se justifica quando “se consideram esgotados os instrumentos de segurança pública, por indisponibilidade, inexistência ou insuficiência” (MARTINS, 2022, p. 790).

E este instrumento de garantia da lei e ordem já representava questionamentos e embates sobre sua extensão e função desde a constituinte, pois, na Comissão Afonso Arinos (anteprojeto da Constituição), a proposta se tornaria o futuro artigo 142, da Constituição.

O anteprojeto apresentava o seguinte texto: “Art. 177 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas na forma da lei” (BRASIL, 1987). A intenção era detalhar os pormenores em legislação infraconstitucional, conforme a Nota Informativa nº 2866/2020 do Senado Federal.

Contudo, no desenvolvimento dos trabalhos, com o lobby e pressão (BACHTOLD, 2020) dos militares sobre os constituintes, este texto foi alterado ganhando a forma atual. E inclusive houve vários questionamentos sobre o instituto das GLOs



em razão dos seus efeitos e o seu arbítrio para os militares, haja vista a atribuição de muitos poderes para uma categoria que esteve no poder por mais de 20 anos de modo totalitário, o que gerava grandes questionamentos e receios.

Sobre as discussões na constituinte. “As expressões ‘dentro dos limites da lei’ e ‘garantia da lei e da ordem’ foram alvo de intensos debates. O que estava em jogo era a função interventora das Forças Armadas, derivada da noção de poder moderador” (COSTA, 1998, p. 127).

Embora haja certa controvérsia destes institutos na Constituição de 1988, pois eles são meio vagos e abrangentes quanto a sua extensão e o momento de utilização, o que gera a possibilidade de algumas pessoas interpretarem a existência de intervenção militar constitucional e o Poder Moderador das Forças Armadas.

A Nota Informativa nº 2866/2020 do Senado, após analisar as notas taquigráficas da subcomissão da constituinte sobre o tema, afirma: “Nenhum constituinte defendeu a redação do que hoje veio a se tornar o artigo 142 no sentido de que as Forças Armadas deveriam atuar como ‘poder moderador’” (BRASIL, 2020a). E, como ensina o método literal, é importante analisar os discursos dos legisladores para ter uma noção das suas vontades e fornecer uma melhor interpretação de um texto constitucional.

Após revisitar algumas funções das Forças Armadas que apresentam algumas controvérsias, verifica-se certo equívoco em se interpretar a figura da intervenção constitucional federal e Poder Moderador dos conflitos, pois não representam função das Forças Armadas estas figuras e a presença da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos impedem a tutela dos militares sobre os poderes.

Agora serão desenvolvidos alguns fundamentos que justificam a necessidade de manter a caserna longe da política. Ao pronunciar a decisão monocrática no Mandado de Injunção nº 7.311, o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, exclamou uma interessante e importante colocação que é um desserviço para o Brasil quem tenta levar as armadas para a vida política ordinária (BRASIL, 2020b).

E isso se explica em razão das Forças Armadas serem instituições permanentes e profissionais do estado e não de governo, em um ambiente onde os amores políticos não podem se manifestar e orientar atuações.

Ao se analisar o texto constitucional de forma sistemática se notará a preocupação do constituinte em manter os militares que estão na ativa longe das decisões e atividades políticas, pois o momento histórico da promulgação da consti-



tuição era de ventos contra a participação de militares na política, após 21 anos de ditadura civil-militar na qual houve a presença sucessiva de militares nos quadros políticos, sem a possibilidade de contestação e participação eleitoral da sociedade civil para Presidente.

Como, por exemplo, a necessidade de afastamento das atividades militares em razão da nomeação cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva (artigo 143, § 3º, III, da CR), a sindicalização e greve (artigo 142, § 3º, IV, da CR), o militar da ativa não pode estar filiado a um partido político (artigo 142, § 3º, V). E a atuação dos quadros militares (exceto do conscrito, artigo 14, §2, da CR) das armadas fica restrito à participação indireta na condição de eleitores com a utilização do seu voto.

A diminuição da participação dos militares aduz a tentativa de se concretizar os princípios da separação do poder civil do militar e a preponderância do poder civil na condução da política nacional, como bem afirma Parecer da Câmara dos Deputados (2020), no qual se discutem o papel das Forças Armadas e interpretação do artigo 142, da Constituição. E justificam a presença destes princípios em razão das limitações políticas dos militares já citadas.

Portanto, a necessidade de um afastamento das Forças Militares da seara política foi realizada em diversos momentos da Constituição, em razão de uma visão sistemática e histórica, posto não caber a possibilidade de se abrigar as Forças Armadas no seio do sistema democrático, vistos os acontecimentos ocorridos nos tempos de ditadura.

Contudo, algumas críticas sobre a pequena profundidade deste afastamento esteve presente no trabalho de José Murilo de Carvalho (2006), em razão da manutenção de algumas instituições sobre o poder dos militares, por exemplo a continuidade dos Serviço Nacional de Informações com a Agência Brasileira de Inteligência, ainda nas mãos dos militares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretendeu realizar uma interpretação do artigo 142, *caput*, da Constituição, neste que são fixadas as principais funções das Forças Armadas. Este dispositivo ganhou relevância por alguns agentes políticos e seus apoiadores aduzirem uma interpretação dissonante de grande parte da doutrina.

Esta visão heterodoxa do artigo 142, aplicaria a possibilidade de moderação dos conflitos dos Poderes da República por meio das Forças Armadas, assim sendo a possibilidade de uma intervenção constitucional das armadas para solucionar a desavença em questão.

Por conseguinte, o tema ganhou grande repercussão na mídia, em manifestações, discursos políticos e na doutrina. Por isso, considerou-se a relevância de tratar deste tema e fornecer uma interpretação, com utilização do amplo campo da hermenêutica jurídica, para tecer considerações e mostrar a visão deste autor sobre esta celeuma jurídica.

Para se desenvolver o trabalho foram utilizados diversos materiais, a fim de realizar um grande levantamento bibliográfico, por meio de obras jurídicas, artigos, decisões judiciais, pareceres jurídicos, demonstrando o amplo leque de fontes em razão da importância do tema tratado.

A busca pela compreensão sobre a utilização hermenêutica jurídica na interpretação de uma possível atribuição constitucional de moderação dos conflitos pelas Forças Armadas se deu por meio de um estudo da hermenêutica jurídica, por meio das formas e métodos de interpretação, e a interpretação do artigo 142, *caput*, da CR.

Na seção da interpretação do artigo 142 com a utilização da Teoria da Separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos, consagradas no texto constitucional, a figura histórica do Poder Moderador, sua presença única no sistema constitucional na Constituição do Império, e por fim as funções das Forças Armadas atribuídas pela Constituição, com a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem, e necessária separação da caserna vida política.

O que gerou a análise da impossibilidade de se aplicar tal visão de um possível Poder Moderador nas mãos das Forças Militares, conseqüentemente, a figura da intervenção constitucional. Isso ficou notável com a utilização dos métodos de interpretação, ao se adotar o método gramatical, não tem esta previsão na letra da lei e, conforme Nota Técnica do Senado, também não era intenção dos constituintes.

Por meio do método sistemático verificou-se a preservação da separação dos poderes e a necessidade do sistema de freios e contrapesos, já que se pretende ver os poderes em um relacionamento de modo harmônico e independente nas suas funções. O método histórico mostrou que nunca se teve a vontade de dar grandes poderes de intervenção às Forças Armadas, tanto na mente dos constituintes, como no histórico das constituições antecedentes. Pois os regimes democráticos



esperam a atuação de forças políticas civis para garantir a participação de diversos atores para decisões públicas.

Ainda mais porque na época da promulgação da constituição o país estava com anseios democráticos e a separação dos militares da política ordinária. E o teológico garante que as funções das armadas eram de defesa dos poderes constitucionais contra invasores externos e não em atuar em nome de um poder contra os demais.

Em conclusão, esta pesquisa se apresentou com uma pergunta: “é condizente a interpretação das Forças Armadas como moderadora dos poderes na República Brasileira?” e no desenvolvimento do trabalho foram demonstrados vários fundamentos para se chegar em uma resposta com uma boa fundamentação teórica.

Isto posto, não se deve considerar possível a atribuição de tamanho poder para um grupo sobre as instituições fundantes do sistema democrático, ainda mais no seio de um sistema democrático jovem, que busca se manter saudável conciliando os diversos movimentos e interesses tão diversos e grande profundidade histórica e conceitual. Então, não se deve interpretar esta possibilidade levantada de Poder Moderador nas mãos das Forças Armadas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.

BACHTOLD, Felipe. Pressão militar gestou artigo vago da Constituição usado hoje em atos pró-intervenção, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 23 maio de 2020. Disponível em: <[BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.](https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/pressao-militar-gestou-artigo-vago-da-constituicao-usado-em-atos-pro-golpe.shtml#:~:text=O%20vago%20artigo%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,ap%C3%B3s%20o%20fim%20da%20ditadura.>”. Acesso em: 30 abr. 2022.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. *Emendas Oferecidas ao Anteprojeto de Constituição*, vol. I. julho de 1987. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-221.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 15 abr.2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2022

BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. *Nota Informativa nº 2.866/2020*, 6 jun. de 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-senado.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874 DF*. Relator: Min Luís Roberto Barroso, 9 mai. de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção 7.311 DF*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 16 jun. de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343417279&ext=.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.457 DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 12 jun. de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343439427&ext=.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

C MARA DOS DEPUTADOS. Secretaria-Geral da Mesa. *Parecer*. Interpretação do artigo 142 da Constituição Federal. Papel das Forças Armadas num Estado Democrático de Direito [...]. Brasília: Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados, de 3 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/06/parecer.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e Política no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2006.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *O lobby militar e as relações civis-militares durante a Assembleia Nacional Constituinte*. 1998. 196 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2009.



- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2022.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 188, p. 93-111, out./dez. 2010.
- MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MAZZOTI, Marcelo. *As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei*. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- NERY JÚNIOR, C. J. B. Breve história do princípio da separação dos poderes nos paradigmas do Estado de direito. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1–23, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/e14786>. Acesso em: 14 abr. 2022.
- NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012
- NUNES, Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY, F.; FURTADO COÊLHO, M. V.; BINENBOJM, G. Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 235–248, 2021.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os Clássicos da Política*, 1. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS E A LEI MARIA DA PENHA: DESDOBRAMENTOS DO INSTITUTO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

THE FIGURE OF JUDGE OF GUARANTEES AND THE MARIA DA PENHA LAW: DEVELOPMENTS OF THE INSTITUTE IN DOMESTIC VIOLENCE

*Iryni Mariah Helário Meintanis**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise e o estudo do instituto do juiz das garantias no âmbito do direito brasileiro, especialmente em casos penais envolvendo violência doméstica sob o regime da Lei Maria da Penha, objetivando analisar a viabilidade de sua aplicação nas ações penais que envolvem violência doméstica, bem como suas particularidades. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo de pesquisa e estudo de informações, apreciando-se o surgimento das propostas em torno de sua criação no ordenamento jurídico pátrio, sua criação efetiva com o Pacote Anticrime e as discussões específicas acerca do funcionamento desse regime nas ações penais que compreendem a Lei Maria da Penha. A posteriori, fez-se uma análise acerca das peculiaridades que cercam as ações penais de violência doméstica, bem como da pertinência das ponderações sobre a atuação do juiz das garantias nessas ocorrências. Concluiu-se, por fim, pela incoerência da não aplicação do instituto aos casos de violência doméstica, em razão, principalmente, da necessidade de tratamento isonômico entre todos os envolvidos nas ações penais.

Palavras-chave: Juiz das garantias. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Devido processo legal substancial. Sistema Acusatório.

*Graduanda da décima fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3845667801312600>. E-mail: irynihelario@hotmail.com.



Abstract: This article aims to analyze and study the institute of the judge of guarantees in the scope of Brazilian law, especially in criminal cases involving domestic violence under the regime of the Maria da Penha Law aiming to analyze the feasibility of its application in criminal actions involving domestic violence, as well as its particularities. In order to do so, the deductive method of research and study of information was used, appreciating the emergence of proposals around its creation in the national legal system, its effective creation with the Anti-Crime Package and the specific discussions about the functioning of this regime in the criminal actions that comprise the Maria da Penha Law. From the latter, an analysis was made about the peculiarities that surround the criminal actions of domestic violence, as well as the relevance of the considerations on the performance of the judge of guarantees in the criminal actions.

Keywords: Judge of guarantees. Maria da Penha Law. Domestic violence. Due substantial legal process. Accusatory System.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação do chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), ao final do ano de 2019, gerou diversos debates acerca da circunstância política da sua implementação - afinal, as novidades trazidas pela Lei disputaram espaço na mídia com os desdobramentos da Operação Lava Jato, operação realizada pela Polícia Federal buscando apurar um esquema de propina e lavagem de dinheiro -, bem como da possível vertente ideológica de seus novos institutos jurídicos. Dentre estas mudanças, destaca-se o regresso da figura do juiz de garantias, já previamente considerada em nossa história legislativa, mas nunca efetivamente aplicada nos tribunais brasileiros (PEREIRA, 2020).

Responsável por uma solidificação das características do sistema penal acusatório no processo penal brasileiro, o juiz das garantias dividiu opiniões ao ser novamente mencionado nas dependências do Congresso Nacional, levantando questionamentos acerca de sua funcionalidade, constitucionalidade, bem como das capacidades orçamentárias do Judiciário Brasileiro de arcar com sua implementação. Além disso, outro ponto sensível acerca do instituto do Juiz das Garantias se refere diretamente ao tema de desenvolvimento desta pesquisa: sua serventia e aplicabilidade nos casos que contemplam a Lei Maria da Penha e a violência doméstica.

Dessa forma, o problema analisado nesta pesquisa refere-se a viabilidade da aplicação do juiz das garantias nas ações penais que envolvem violência doméstica ante às nuances do ordenamento jurídico atual e as peculiaridades deste tipo de ação penal, bem como sua adaptação à realidade do direito brasileiro.

Utilizando-se do método de pesquisa dedutivo, o trabalho tem como principal referencial o relator do Anteprojeto que inaugurou a ideia do juiz de garantias no Brasil, Eugênio Pacelli, e seus apontamentos gerais sobre processo penal.

O presente estudo se divide em quatro capítulos: o primeiro, destinado a recapitular a trajetória o juiz de garantias no ordenamento brasileiro; o segundo, ao seu turno, cuida do seu retorno às pautas do Supremo Tribunal Federal; o terceiro, por fim, trata dos objetivos perquiridos com a implementação do juiz das garantias; o quarto e último capítulo cuida da análise desta implementação nos casos da Lei nº11.340.

2. A IMPLEMENTAÇÃO DO JUIZ DE GARANTIAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE RETROSPECTIVA

Suscitando debates no Congresso Nacional desde o ano de 2009, o instituto do juiz das garantias ganhou seu espaço no âmbito jurídico brasileiro pela primeira vez durante a elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal (CPP).

A Comissão de Juristas, que foi criada ainda na presidência de Garibaldi Alves no Senado, era presidida pelo então ministro do STJ, Hamilton Carvalhido, e contava com o Procurador Geral da República, Eugênio Pacelli, como relator.

Ainda, era composta por Antonio Corrêa, juiz federal; Antônio Magalhães Gomes Filho, advogado e professor da Universidade de São Paulo (USP); Félix Valois Coelho Júnior, advogado e ex-secretário de Justiça do estado do Amazonas; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, advogado e professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Sandro Torres Avelar, delegado federal e presidente da Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal (ADPF) e Tito de Souza Amaral, promotor de justiça, além do consultor do Senado, Fabiano Silveira.

Cabe aqui salientar, antes de adentrar propriamente ao tema, que segundo o Infopen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, a realidade do sistema penal-carcerário no ano de 2009 era a de que, para cada 10 vagas disponíveis no sistema penitenciário brasileiro, existiam em média, 16 apenados.

Ainda, aproximadamente 40% destes encarcerados estavam presos provisoriamente (INFOPEN, 2009). Neste cenário, uma reforma de teor garantista do CPP se mostraria providencial não somente para evitar um aumento da superlotação dos presídios brasileiros, mas também para tratar-se com mais zelo a situação dos aprisionados que ainda aguardavam julgamento e as ações penais que ainda viriam a ocorrer.



Todavia, apesar do precário cenário brasileiro, das extensas sessões de debate realizadas à época e das diversas apreciações de propostas e documentos, desde então o Anteprojeto segue arquivado na Câmara dos Deputados, sem a entrada em vigor de suas novas sugestões.

Entretanto, em 2019, o então Ministério da Justiça aprovou o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), que se propunha a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal do Brasil.

Dentre as emendas propostas ao projeto na Câmara dos Deputados, surge novamente - por sugestão, inclusive, da oposição da gestão em vigor - a figura do juiz das garantias, que estabelece a instauração de um magistrado exclusivo para a fase do inquérito policial nas ações penais, buscando uma separação mais evidente entre as fases investigativas e processuais, com decorrente contenção do problemático aprisionamento cautelar no Brasil.

A propositura do conjunto de reformas evidentemente repercutiu de forma ampla nas esferas públicas, refletindo o caráter eminentemente político da Lei.

Ulteriormente, em janeiro de 2020, houve Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6298 MC/DF) interposta pela Associação Brasileira de Magistrados (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe).

Segundo as referidas Associações, a implementação do juiz somente no âmbito do primeiro grau ofenderia o princípio da igualdade, estabelecido no art. 5º, caput, da Constituição Federal (AJUFE, 2020); ainda, arguiram que a instituição de uma nova classe de magistrados acarretaria em vício formal do art. 93 da CF e ofenderia o princípio do juiz natural (AMB, 2020).

Em complementação ao já disposto na ADI, as autoras reiteraram que a Ação não critica a criação do juiz das garantias, somente impugna a forma adotada pelo legislador para a sua implementação, que, de acordo com sua interpretação, torna sem eficácia os modelos já instituídos, a exemplo do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), já que nos termos do § 4º do art. 24 da Constituição, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Com isso, o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), acolheu a ADI, sob o pretexto de que estas mudanças ensejariam alterações muito profundas e complexas no ordenamento jurídico, transpondo as questões e os limites do Poder Judiciário. Mais precisamente, nas palavras do Ministro Relator:

A criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do artigo 96 da Constituição (FUX, 2020, p. 19).

Ainda tecendo críticas e ressaltando entraves ao Juiz das Garantias, o Ministro afirmou que não haviam elucidações sobre como funcionaria a implementação nas comarcas com somente um magistrado, nos tribunais superiores e nos processos já em curso, por exemplo.

Nesta toada, argumentou que para além das mudanças estruturais de justiça, haveria uma questão orçamentária que estaria em desacordo com o Novo Regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional 95/2016, não sendo a novidade comportada pelos cofres públicos (FUX, 2020).

Assim, o instituto do juiz das garantias, em tramitação no Congresso Nacional desde 2009, seguiu sem ser aplicado nos Tribunais. Entretanto, a suspensão da prática não interrompeu as discussões acerca da funcionalidade desses juízes no cotidiano dos Tribunais brasileiros, sendo uma temática recorrente na rotina jurídica brasileira.

3. O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL DE 2020: REPERCUSSÕES

No que tange a aplicação do juiz das garantias aos delitos já tipificados no Código Penal, a novel redação do CPP declara que a atuação deste abrangerá “todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo” (CPP, Art. 3º-C) -, que anteriormente já prescindiam de inquérito policial e eram solucionadas sem a utilização da ação penal.

No caso das ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias, “a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente”, conforme art. 2º, CPP. Isto porque, “o fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento”, explicou o Ministro do Supremo, Dias Toffoli, em sua decisão liminar (ADI 6298, 2020, p. 39).

Já as investigações que estiverem em curso no momento da implementação terão o juiz da investigação considerado automaticamente como o das garantias deste caso. “Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação” (TOFFOLI, 2020, p. 39).



Entretanto, apesar do que se extrai da redação supracitada, sucederam discussões acerca da atuação do juiz das garantias em crimes de regime específico, a exemplo dos casos de violência doméstica e Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Neste sentido, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Procuradoria Geral da República (PGR) e o ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), se posicionaram contra a participação do juiz das garantias nestes processos.

As instituições defendem, respectivamente, que a não participação do mesmo magistrado na fase pré-processual e na fase processual traria prejuízos, pois postula que atuação judicial na fase inquisitória/investigativa “colaboraria para a prevenção de reincidência” naquele caso específico. Mais precisamente, nas palavras da Associação: “a legislação veda a iniciativa do juiz na fase de investigação, o que vai de encontro ao poder do magistrado de aplicar, inclusive *ex-officio*, medidas de urgência para garantia da proteção à ofendida dispostas na Lei Maria da Penha, como as estatuídas no art. 20 e seguintes do diploma” (AMB, 2019).

Já a PGR (2020) afirma que se o instituto seria aplicado a casos que exigiram juízes especializados - como os casos da Lei Maria da Penha - os juízes das garantias também deveriam ser especializados. Por fim, e no mesmo sentido, Toffoli acredita que por ter ritos próprios, as ações de violência doméstica não deveriam ser contempladas pelo juiz das garantias:

De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. (TOFFOLI, 2020, p. 32)

Todavia, apesar das importantes preocupações externadas, os argumentos desfavoráveis à atuação do juiz das garantias nos processos que envolvem a Lei Maria da Penha merecem uma análise mais profunda e sistêmica. Para tanto, porém, é imprescindível compreender a atribuição desse sujeito processual nas ações penais.

4. AS FUNÇÕES DOS JUÍZES DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Em um primeiro momento, faz-se necessário pontuar que o processo penal brasileiro se rege por um sistema combinatório de instituições e procedimentos acusatórios e inquisitórios. Todavia, é inegável a predominância dos princípios inquisitivos nas metodologias aplicadas, principalmente no fato de as competências do julgamento se concentrarem em uma só pessoa/órgão (PACCELI, 2020).

Assim, no atual sistema processual penal brasileiro, após a apresentação da denúncia ou queixa-crime (nos casos de ação penal privada), tem-se uma fase inquisitiva-investigativa - que ocorre em momento anterior ao da ação penal -, coordenada por autoridade policial, e uma fase processual, que se utiliza dos resultados investigativos, conduzida pelo magistrado responsável pela sentença, de cunho acusatório, “ou pelo menos, proposta como acusatória, pois comporta dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz” (KHALED JR., 2010, p. 294).

Entretanto, mesmo com a logística de comando dividida entre estas duas competências, havendo separação clara entre órgão acusador e órgão julgador, tem-se uma participação do juiz titular da ação penal durante a fase pré-processual por meio de decisões que auxiliam as medidas probatórias - no caso da Lei Maria da Penha, por exemplo, por expedição de medidas protetivas que passam a vigorar antes mesmo do fim das investigações e do início do julgamento.

No ordenamento brasileiro, essa participação integral de um mesmo magistrado nos dois momentos que compõem a ação penal se rege pelo princípio da identidade física do juiz, representado no CPP pelo § 2º do artigo 399, que declara que “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

O referido princípio foi adicionado ao CPP na sua reforma de 2008 (Lei 11.719), e se propunha a elevar a qualidade do julgamento, evitando que as provas - principalmente orais - fossem averiguadas por intermediários, concentrando as evidências processuais na figura de um mesmo magistrado.

Entretanto, essa concentração das provas na pessoa do juiz “se constitui numa técnica prévia de formação das provas, antes de ser um método de formação do convencimento do juiz” (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 263), posto que, com a possibilidade de manipulação da prova, o juiz pode, inconscientemente, permitir-se criar uma alegação falsa, que pode embasar as demais conclusões.

Ainda nesta lógica afirmam os autores:



a identidade física do juiz reforça o poder de gestão da prova em processos preponderantemente inquisitoriais, como o brasileiro, ao permitir uma linha de continuidade onde o magistrado → participa ativamente da investigação, ainda na fase do Inquérito Policial → recebe a denúncia ofertada pela parte acusadora → podendo formar sua convicção previamente → instruindo o processo no sentido de valorizar as provas que interessam para a confirmação de sua hipótese inicial → proferindo sentença conforme aquele entendimento. (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 264).

No entanto, como supramencionado, o juiz de instrução possui laboração ativa no que se refere à manipulação da prova processual

[...] permitindo-a, rejeitando-a ou mesmo diretamente determinando sua produção, o que possibilitaria a inversão da lógica indutiva que deveria presidir a formação do convencimento judicial (análise da prova → convencimento), para uma lógica dedutiva (convencimento → produção da prova que corrobora o convencimento), que Franco Cordero, na Itália, chamou de *'primato dell'ipotesi sui fatti'* e que condicionaria o processo mental de formação do convencimento do decisor submetido ao princípio inquisitivo. [sem grifo no original] (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 264)

Dessa forma, como pontuado por Pacelli (2020), a restrição das competências de julgamento à somente um órgão - e exclusivamente a uma personalidade deste órgão, posto o princípio supramencionado - possui um atributo inquisitorial, visto que o acesso às informações de investigação não conclusas tem capacidade de iniciar a formação de parecer prévio, reflexo prejudicial ao acusado, posto que nem todas as provas disponíveis ao investigador responsável pelo inquérito foram devidamente analisadas.

Também, apesar do esforço de separação formal dos momentos da ação penal entre as instituições, os amplos poderes conferidos ao magistrado durante todo o processo ainda aproximam a realidade do processo penal brasileiro da inquisitorialidade.

Neste sentido, imperiosos são os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

Para variar, a legislação brasileira ignora os mais elementares princípios do processo penal moderno. O juiz não é o senhor da persecução penal. Suas altíssimas e relevantes funções não são compatíveis com a defesa de interesses preferencialmente acusatórios. Julgamos inválidas todas as normas que permitem ao magistrado a decretação de quaisquer cautelares de ofício, se na fase de investigação. Nessa fase, de inquérito policial ou de outra espécie de investigação administrativa, o juiz sempre deverá atuar como juiz das garantias individuais, zelando pela correta aplicação da lei e da tutela dos interesses da administração da justiça. (PACELLI, 2020, p. 1095)

Cabe aqui pontuar que o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do juiz natural, afinal, o último consiste no juiz com competência prévia e jurisdição definida, ideia que abarca, sem prejuízos, a instituição do juiz de garantias.

Assim, ao final da produção probatória, este mesmo juiz que precedentemente proferia decisões colaborativas para com as investigações, assume o curso do processo e julga as constatações deste inquérito do qual, para além de já possuir conhecimento prévio dos atos investigativos, interveio por meio de decisões.

Destarte, apesar do comando policial na parte do inquérito, essa participação do juiz influencia na formação da *opinio delicti* de quem posteriormente julgará - em tese, de forma imparcial - os indícios do inquérito.

Desta forma, apesar da compreensão atribuída a Platão de que 'o juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça, mas para julgar segundo as leis', o legislador brasileiro atentou-se a possível formação de opinião prévia do magistrado e sugeriu, novamente, a figura do juiz das liberdades no ordenamento brasileiro.

Imperioso destacar que para além do juiz das garantias ser uma figura prévia nas discussões legislativas brasileiras, ele também já compunha os regimentos estrangeiros, preocupados em superar quadros internacionais de prevalência do princípio inquisitivo, conforme exposto por Eduardo Militão (2019) e Larissa Silva (2012).

Na Itália, o Código de Processo Penal possui *il giudice per le indagini preliminari*, para substituir juiz de instrução. Ao contrário do juiz de instrução, que tinha iniciativa probatória, o juiz das apurações preliminares italiano é um juiz de garantia da legalidade dos procedimentos que se tornem necessários em relação ao acusado.

Na França, desde o ano 2000, existe o "*Juge des libertés et de la détention*", que busca assegurar a legalidade das medidas de instrução preparatórias do processo penal e das medidas cautelares que compõem essa fase da investigação criminal.

Já em Portugal o juiz de instrução exerce todas as funções jurisdicionais de investigação, mas deixa de ter jurisdição sobre o caso quando o processo é remetido ao juiz que terá competência para julgá-lo.

Nos Estados Unidos a competência do júri para deliberar sobre as questões criminais - não apenas nos casos de homicídio - automaticamente separa as funções do juiz encarregado das audiências preliminares e as funções de julgamento reservadas ao júri.



No âmbito latino-americano, o Paraguai instituiu o *juez penal de garantías*, que não interfere diretamente na investigação, não possui iniciativa probatória, e, à luz dos ordenamentos europeus, controla os parâmetros legais da investigação. Já na província de Buenos Aires, Argentina, entabulou-se uma série de alterações processuais, dentre estas:

a) El establecimiento de un sistema procesal acusatorio en el que se diferencié claramente la función de acusar y de juzgar; b) la Investigación Penal Preparatoria (IPP) a cargo del ministerio Público, con el control del juez de garantías; c) un sistema de coerción procesal sobre el imputado basado en el riesgo procesal d) el procedimiento oral y público para todos los procesos; (PALMIERI, 2004, p.8).

Aqui, o juiz opera na fase de investigação e no recebimento/rejeição da acusação ou exame de pedido de arquivamento da investigação pelo Ministério Público. Frisa-se que estes não são os únicos países europeus e americanos que adotaram a ideia do juiz das garantias, mas ilustram com excelência o amplo escopo da figura.

Por conseguinte, se garantiriam as medidas judiciais antecedentes ao julgamento e se assegurariam que as informações concluídas do inquérito policial só seriam avaliadas pelo juiz no momento processual, sem a construção de um juízo de valor ao longo da investigação e possível infringência da imparcialidade no momento da sentença.

Melhor ilustrando essa divisão, Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Júnior (2009) elencaram de forma acurada as funções de um juiz de garantias, sendo estas: a) Controle da Legalidade do Flagrante e da Prisão Cautelar; b) Controle das investigações e violação da duração razoável; c) Garantir os direitos do investigado e conduzidos; d) Produzir antecipadamente provas; e) Analisar as cautelares probatórias; f) Homologar delação premiada e acordo de não persecução penal; g) Receber denúncia.

De acordo com o artigo 3º-B do CPP, o Juiz das Garantias “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”; ainda segundo o mesmo artigo, inciso XIV, também cabe ao juiz das garantias aceitar ou rejeitar as denúncias e queixas crimes, ficando ainda mais evidente as distinções na função de cada magistrado.

Neste sentido, ressalta-se o papel da descontinuidade entre a participação do magistrado no inquérito e na ação penal:

[...] parece certo afirmar que todo tomador de decisão é provido de uma racionalidade limitada, buscando, através de atalhos simplificadoros, tomar decisões a partir de informações complexas, em situações de incerteza (vieses cognitivos). Assim, mais importante que esperar, em casos concretos, que juízes se mantenham subjetivamente fiéis ao sistema de imparcialidade subjetiva prevista no ordenamento jurídico, é redefinir o procedimento de tal modo a criar barreiras objetivas, separando os momentos distintos da produção da prova e o do conhecimento da prova, o que teria efeitos de minimização das consequências de diversos vieses heurísticos aqui expostos. [sem grifo no original] (CASTRO; GHILARDI, 2020, pgs. 275-276).

Deste modo, com essa divisão entre magistrados, deixar-se-ia para trás o alegado sistema inquisitorial e seu atinente princípio de identidade física do juiz, instaurando-se o sistema acusatório, como ensinado pelo relator do Anteprojeto do CPP/2009, Eugênio Pacelli:

As principais características dos aludidos modelos processuais penais seriam as seguintes: a) no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação; b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a *notitia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento. [sem grifo no original] (PACELLI, 2009, p. 34).

Para além disso, é importante pontuar que o artigo 3º-D do CPP regula o funcionamento do instituto nas comarcas com apenas um magistrado, estabelecendo um sistema de rodízio de juízes. Ademais, a comunidade jurídica, interessada na aplicação do Instituto, vem contribuindo com ideias para um estabelecimento eficaz e menos dispendioso aos cofres públicos.

Neste sentido, afirmam Moraes da Rosa e Lopes Jr.:

Existem centenas de comarcas com apenas um juiz, mas com comarcas contíguas em que existem dois ou mais juízes, que poderiam atuar como juiz das garantias (inclusive online, inquérito eletrônico). Em outros casos, existem comarcas contíguas com apenas um juiz, onde também poderia haver uma distribuição cruzada (inclusive com atuação online). Em todos os casos, diante da ampla implementação dos processos e inquéritos eletrônicos, é possível criar centrais de inquéritos em comarcas maiores para atender as comarcas pequenas na mesma região. Enfim, com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o "onde", mas apenas o "quando", isto é, estar na mesma temporalidade (LOPES JÚNIOR, ROSA, 2019).

Desta forma, não merece prosperar o apontamento do Ministro, uma vez que existe regulamentação acerca do estabelecimento e funcionamento do Instituto nas comarcas de porte menor, para além das sugestões externas, imprescindíveis para uma realidade jurídica mais democrática.



Assim, conclui-se que a implementação da figura processual do juiz das garantias no Direito Processual Penal Brasileiro está intimamente ligada à uma reforma estrutural do princípio inquisitivo, ainda predominante nos dispositivos do CPP vigente, rumo à constituição de um procedimento preponderantemente acusatório, conforme a previsão constitucionalmente estabelecida pela adoção do princípio do devido processo legal substantivo.

5. O JUIZ DAS GARANTIAS E A LEI MARIA DA PENHA

Estabelecida a principal função do juiz das garantias, entendem-se as razões pelas quais não é concebível a possibilidade de se aplicar este regime de forma seletiva somente a alguns crimes.

Se a finalidade seria alcançar a imparcialidade objetiva para o julgamento processual penal, afirmar que em alguns casos o Instituto deveria ser aplicado e em outros casos não, seria concluir pelo avanço do princípio acusatório para alguns crimes e manutenção do princípio inquisitivo para outros ou, em outras palavras, criação de uma graduação de imparcialidade entre delitos escolhidos pelo legislador infra constitucional (ou, pior, pela jurisprudência), o que flertaria com um voluntarismo próprio ao direito penal do inimigo.

Ademais, extrai-se da redação de Carolina l'Armée de Medeiros e Marília Montenegro de Mello (2014) que o grande envolvimento emocional das partes e a decorrente carga emocional do processo tem grande potencial de formação de convencimento prévio por parte do órgão julgador, posto que as nuances dramáticas do processo não afetam somente o arranjo autor-vítima, mas todos os que venham a se envolver com a situação. Tal ideia é sustentada em texto que trata sobre as mudanças referentes à representação na ação penal ocorridas na Lei Maria da Penha, de onde extrai-se o seguinte trecho:

Afirma-se que a mesma motivação feminina foi observada ao longo de processos penais nos quais a mulher não tinha mais a possibilidade de retratar a representação criminal ou sequer teve a possibilidade de representar, quando se tratava de ação penal pública incondicionada. Nesses casos, observou-se que as mulheres se utilizavam de diversos artifícios para impedir a condenação dos seus agressores, tal que frequentemente modificavam seus depoimentos, atribuíam as lesões a acidentes e quedas e até mesmo assumiam ser responsáveis pela causação dos ferimentos (autolesões) [sem grifo no original] (MEDEIROS; MELLO, 2014, p.49).

Também segundo as autoras, em função da relação familiar entre os envolvidos e do não raro envolvimento de terceiros, a exemplo dos filhos do casal, os casos de violência doméstica possuem uma carga subjetiva muito grande, sendo essa pessoalização transmitida para os eventos do processo, influenciando diretamente no curso da ação penal, não sendo o direito penal estruturado o suficiente para neutralizar o impacto emocional do envolvimento de menores de idade, por exemplo (MEDEIROS; MELLO, 2014).

Com o conturbado deslinde dos processos que envolvem vínculos tão íntimos, não é crível que o magistrado que participa da fase inquisitorial não venha a formar uma opinião própria a favor de uma das partes, dado os inflamados eventos que conduzem a fase de investigações, e que esta opinião prévia não venha a influenciar sua sentença em juízo.

Para além disso, sabe-se também que existem estigmas sociais em torno dos envolvidos nos casos de violência doméstica. Estigma, por definição, é algo que delinea o indivíduo estigmatizado como aquele que possui uma identidade social com características diversas das que a sociedade avalia como positivas (GOF-FMAN, 1988). É uma rotulação social externa que passa a limitar aquele indivíduo socialmente, desconsiderando suas demais características e reduzindo o indivíduo àquele contexto ou situação, sendo inimaginável que o magistrado se esquive facilmente dessa limitação pessoal imputada ao investigado.

Neste sentido, o artigo “O estigma da violência sofrida por mulheres na relação com seus parceiros íntimos” apresenta como conclusão as seguintes constatações:

as entrevistadas vivem uma experiência estigmatizada devido à vergonha de serem consideradas, aos seus próprios olhos e aos dos outros, mulheres que sofrem violência de seus parceiros íntimos e, portanto, se encontrariam em uma situação de inferioridade e de desvantagem [...] a vivência do estigma é expressa em suas falas por meio dos seguintes subtemas: a vergonha da família e dos vizinhos; a ocultação do segredo; a visibilidade do estigma; e o “acobertamento ou encobrimento do estigma”. É possível perceber, nos depoimentos, o sofrimento de serem consideradas, publicamente, mulheres espancadas, além da necessidade de ocultação de tal experiência de violência (MOREIRA; BORIS; VEN NCIO, 2011, p. 6).

Sob o prisma do acusado, mesmo estando somente sob investigação ainda inconclusa, os estigmas supracitados se reproduzem de modo diametralmente oposto, sendo axiomático o rótulo atribuído, bem como o anseio social de punição imediata.



Mesmo porque “o Juiz, antes que um sujeito neutro ou imparcial, é um sujeito atribuidor de sentidos sobre os casos que conhece e julga, participando das relações entre as partes interessadas” (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 266).

Nestes casos, a observância dos princípios processuais como o direito ao contraditório e o princípio da inocência, para além do princípio da isonomia (neste caso, entre os réus de outras ações e das ações de Maria da Penha), passam a ocupar um papel secundário, cedendo espaço às impressões pessoais. Assim, a aplicação do juiz das garantias também nesses casos é “a eliminação do risco de que, ao presidir a investigação, o juiz desenvolva sentimentos positivos ou negativos em relação ao investigado, e percepções precipitadas ou incompletas sobre sua culpa ou inocência, que possam comprometer a imparcialidade do julgamento” (MELLO; MORI, 2020).

Ainda neste sentido:

Nessa esteira, destaca-se o estudo empírico realizado por Schunemann (2012), que, por meio da teoria da dissonância cognitiva, percebeu que o contato prévio do juiz com os autos do inquérito afeta a sua imparcialidade. Em outras palavras, a referida pesquisa demonstra que o contato do juiz com o inquérito (e suas características incriminatórias) faz com que o mesmo tenha uma inclinação predisposta à condenação, predisposição essa psicologicamente inconsciente. Para o autor, portanto, o prévio contato do juiz com os elementos produzidos no inquérito faz com que o mesmo persevere naquilo que foi descrito na inicial acusatória (efeito inércia ou perseverança), e refute as informações dissonantes, supervalorizando as informações consonantes (busca seletiva de informações) (MELLO; MORI, 2020).

Deste modo, percebe-se mais propício para o julgamento imparcial precaver que o conteúdo da sentença passa a delinear-se antes mesmo do fim das investigações, resguardando o juiz-decisor da exposição aos desdobramentos investigativos. Afinal, como afirmado por Castro e Ghilardi, a imparcialidade do magistrado, frente ao acusado no processo penal, se apresenta como um dos principais elementos de justiça em uma decisão (CASTRO; GHILARDI, 2020, p. 270).

Mas há que se considerar que também do ponto de vista da proteção da vítima e aplicação de medidas cautelares processuais penais, a implementação do juiz das garantias se mostra altamente conveniente. Não se pode confundir o juiz das garantias com um ator de “defesa” do investigado. Ao contrário, o juiz das garantias é um juiz garantidor de legalidade na fase investigativa, dos direitos e garantias fundamentais do acusado e da vítima.

É fácil acompanhar o raciocínio. Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual [...] A vinda do juiz das garantias ao cenário processual brasileiro joga a favor, pois, do princípio da imparcialidade. O juiz do processo não responderá pela legalidade ou qualidade dos elementos informativos colhidos na investigação. Como as suas impressões digitais não foram deixadas no inquérito, é razoável supor que estará em melhores condições de avaliar crítica e imparcialmente o trabalho desenvolvido naquela fase (SILVEIRA, 2009, P. 89).

Logo, a aplicação de medidas cautelares protetivas das vítimas por este ator jurídico seria altamente conveniente ao não contaminar o juiz da instrução com pré compreensões que devem permanecer adstritas à fase investigatória, evitando que o magistrado carregue consigo o compromisso pessoal dos atos praticados no momento da investigação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa concluiu que a não aplicação do juiz das garantias aos casos de Lei Maria da Penha não se mostra uma medida coerente para as pretensões do nosso ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, como já anteriormente mencionado, acatar essa não aplicação significaria afirmar, mesmo que indiretamente, que algumas ações penais merecem mais garantias de julgamento imparcial que outras, sendo esta colocação desproporcional aos parâmetros do devido e justo processo legal substancial.

Em um segundo momento, percebeu-se que a participação de dois magistrados durante o desenvolvimento do processo em nada interfere nas expedições de decisões prévias à sentença - aqui, com atenção especial às medidas protetivas, recorrentemente utilizadas nos casos de violência doméstica -, sendo a garantia destes instrumentos processuais a principal preocupação observada nas críticas das instituições mencionadas.

Por fim, restou demonstrado que em virtude de questões e estigmas sociais, bem como dos desdobramentos particulares que envolvem as ações penais de Lei Maria da Penha, os casos de violência doméstica tem grande potencial para formar julgamento prévio no íntimo do magistrado que auxilia nas decisões pré-processuais. Assim, por mérito do que já foi aqui demonstrado, conclui-se não ser adequado para com os envolvidos negligenciar o acesso a um recurso que pode vir a garantir uma sentença imparcial, para além da infringência aos princípios constitucionais e processuais já mencionados.



Importante pontuar que as ponderações acerca da especialização dos juízes de garantia que atuariam nos casos da Lei Maria da Penha, como considerado pela Procuradoria Geral da República, bem como as preocupações orçamentárias mencionadas pelo Ministro Fux, acima citadas, são bastante pertinentes e merecem um estudo pormenorizado, não devendo ser descartadas sem o aprofundamento adequado das questões.

Todavia, infere-se do presente artigo que os motivos apontados pelas instituições contra a atuação do juiz das garantias nas ações penais que envolvem a Lei Maria da Penha não se sustentam de forma consistente, não sendo cabível vetar o Instituto deste âmbito tão específico e sensível da seara jurídica brasileira por estas razões em específico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed. argumentada. Rio de Janeiro: Typographia Baptista de Souza, 1959. v. 1 e 2

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abril 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 abril 2021

BRASIL. *Decreto-Lei N° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 11 abril 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n° 95*, de 15 de dezembro de 2016. Brasília, DF.

BRASIL. Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019. *Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 11 abril 2021

BRASIL, *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. *Lei Maria da Penha*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 abril 2021

BRASIL. *Mensagem n° 726*, de 24 de Dezembro de 2019. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm. Acesso em: 11 abril de 2021

BRASIL. *Procuradoria-Geral da República*. OFÍCIO Nº 4/2020/PGR, de 9 de janeiro de 2020. Brasília, DF. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2020/01/CNJ_JuizGarantias.pdf. Acesso em: 11 abril 2021

BRASIL. *Senado Federal*. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298*. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário Oficial da União. Brasília, . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASILEIROS, Associação dos Magistrados. AMB: *implementação do juiz das garantias é inviável e causará prejuízos à aplicação da Lei Maria da Penha*. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/implementacao-do-juiz-das-garantias-e-inviavel-e-causara-prejuizos-aplicacao-da-lei-maria-da-penha/#:~:text=AMB%3A%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20do%20juiz%20das,da%20Lei%20Maria%20da%20Penha&text=Afirma%20tamb%C3%A9m%20que%20a%20norma,juiz%20na%20fase%20de%20investiga%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 26 abr. 2021.

CASTRO, Matheus Felipe de; GHILARDI, Daniel. *Precisamos falar sobre “identidade física” do juiz: modelos de imparcialidade objetiva no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 174. ano 28. p, 255-282, São Paulo: Ed, RT, dez, 2020.

GOFFMAN, E. (1988). *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada* (4ª ed.). Rio de Janeiro: LTC.

Infopen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. 2009. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/populacao-carceraria-dez-2009.pdf>. Acesso: 07 de agosto de 2021.

KHALED JR., Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?* Civitas - Revista de Ciências Sociais, vol. 10, núm. 2, mayo-agosto, 2010, pp. 293-308 Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul Porto Alegre, Brasil.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal*. Conjur. 27 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

MEDEIROS, Carolina Salazar L'armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *NÃO À RETRATAÇÃO? O LUGAR DA INTERVENÇÃO PENAL NO CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER*. Revista Brasileira de Sociologia do Direito: 2 SEÇÃO ESPECIAL: PESQUISAS SOCIOPENAIS, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 47-62, dez. 2014.



MELLO, Cecília; MORI, Célio Cintra. *Juiz das garantias trará estrita legalidade ao processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-03/opinio-juiz-garantias-trara-estrita-legalidade-processo-penal>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MILITÃO, Eduardo. *Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70*. 2019. Disponível em: <https://advogadodigitalbr.jusbrasil.com.br/noticias/798125244/como-funciona-o-juiz-de-garantias-pelo-mundo-modelo-nascido-nos-anos-70>. Acesso em: 01 maio 2021.

MOREIRA, Virginia; BORIS, Georges Daniel Janja Bloc; VEN NCIO, Nadja. O estigma da violência sofrida por mulheres na relação com seus parceiros íntimos. *Psicologia & Sociedade*, [S.L.], v. 23, n. 2, p. 398-406, ago. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-71822011000200021>.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed.; São Paulo: Editora Atlas, 2020.

PALMIERI, Gustavo. *Informe sobre el sistema de justicia penal en la provincia de Buenos Aires*. 2004. Disponível em http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/3246-informe-sobre-el-sistema-de-justicia-penal-en-la-provincia-de-buenos-aires- Acesso em: 11 mai. 2021.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *O JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL*. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78787/o-juiz-das-garantias-no-brasil#:~:text=Importante%20lembrar%20que%20o%20Projeto,dos%20direitos%20fundamentais%20do%20acusado..> Acesso em: 25 abr. 2021.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. *A CONSTRUÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL: A Superação da Tradição Inquisitória*. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-99QJAH/1/dissertacao_juiz_das_garantias.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O CÓDIGO, AS CAUTELARES E O JUIZ DAS GARANTIAS*. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194933/000871250.pdf?sequence=3>. Acesso em: 29 abr. 2021.



GENOCÍDIO INDÍGENA NO BRASIL E A PANDEMIA DE COVID-19: RELAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL

INDIGENOUS GENOCIDE IN BRAZIL AND THE COVID-19 PANDEMIC: RELATION TO INTERNATIONAL LAW

*Álvaro Huber de Souza**

*João Gabriel Mohr***

*Maria Carolina Thomaz Marquesoni Meij****

*Matheus Marquelez da Silva*****

*Tamyres Deus Reis******

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar o genocídio dos povos indígenas brasileiros através do conceito de genocídio do direito internacional. Para isso, o método empregado foi o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise de casos concretos. Partimos da premissa de que o Estado brasileiro perpetua políticas de extermínio indígena desde o século XVI, com o seguinte problema de pesquisa: como a pandemia de Covid-19 influenciou essas políticas genocidas? Usamos dispositivos normativos presentes no ordenamento jurídico brasileiro para conceituar genocídio, além da origem do termo pelo trabalho de Raphael Lemkin. Apresentamos importantes julgamentos internacionais sobre genocídio, como o holocausto e o genocídio armênio. Partindo de uma conceituação do genocídio indígena no Brasil, apresentamos casos relevantes que podem ou não ser estudados sob a ótica do genocídio: a epidemia de varíola no século XVI, os casos de tráfico de crianças indígenas no século XIX e os problemas suscitados após a criação do Serviço de Proteção aos Índios, no século XX. Atualmente, relacionamos também a pandemia de Covid-19 com o genocídio indígena. Por último, tratamos de possíveis ações que poderiam ser movidas no direito internacional em relação aos casos de genocídio indígena no Brasil.

Palavras-chave: Genocídio. Povos indígenas. Genocídio indígena. Direito internacional.

***Graduando da 5ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1109745121086836>. E-mail: alvaro.hub@gmail.com.

****Graduando da 4ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4610471040285969>. E-mail: mohr009gm@gmail.com.

*****Graduanda da 4ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3568034479160477>. E-mail: maria.marquesoni@gmail.com.

******Graduando da 4ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6719649020567570>. E-mail: matheus_marquelez@hotmail.com.

*******Graduanda da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.**
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6081103719542315>. E-mail: deusreistamy@gmail.com.



Abstract: The article's objective is analyzing the Brazilian indigenous peoples' genocide through the concept of genocide in international law. For this, we used the deductive method, through bibliographic research and real case studies. We start from the premise that the Brazilian State perpetuate indigenous extermination policies since the sixteenth century, with this research question: how did the Covid-19 pandemic influenced these genocide policies? We used normative provisions present in the Brazilian legal system do conceptualize genocide, in addition to the origin of the term in the work of Raphael Lemkin. We present important international judgments on genocide, such as the holocaust and the Armenian genocide. For the conceptualization of indigenous genocide in Brazil, we present relevant cases that may or may not be studied from the perspective of genocide: the smallpox epidemic in the 16th century, the cases of trafficking of indigenous children in the 19th century and the problems which rose after the creation of the Indian Protection Service, in the 20th century. Currently, we also link the Covid-19 pandemic with indigenous genocide. Finally, we deal with possible actions that could be taken in international law in relation to cases of indigenous genocide in Brazil.

Keywords: Genocide. Indigenous peoples. Indigenous genocide. International law.

1. INTRODUÇÃO

No dia 11 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento este que é considerado o de maior recepção política e expressão no século XX, e que leva três princípios chave, que seriam a liberdade, igualdade e fraternidade. A declaração deu uma nova dinâmica aos direitos, que, além da expressão nacional, incorporaram a expressão internacional, reconfigurando os valores jurídicos dos direitos.

Juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi ratificada, partindo da premissa de que é extremamente fundamental e indispensável assegurar o pluralismo das sociedades, deixando de lado a ideia de que exista uma superioridade de um grupo sobre os demais.

A convenção supracitada, logo em seu primeiro artigo, condena o crime de genocídio tanto para tempos de paz, quanto para tempos de guerra, sendo um crime contra o direito internacional, também reconhecendo que, em todos os marcos da história, o genocídio causou grandes perdas à humanidade (BRASIL, 1952).

Nossa Constituição Federal promulgada em 1988 reconhece e garante os direitos dos nativos, tal como o direito de manter e preservar sua cultura, costumes, língua, crenças e tradições. O direito sobre as suas terras originárias também foi re-

conhecido, utilizando o instrumento legal de demarcação das terras (BRASIL, 1988).

O genocídio dos grupos indígenas se relaciona com a ideia preconceituosa, racista e eurocêntrica de que os povos seriam como uma “raça inferior” ou indígenas “culturalmente atrasados”.

A história do genocídio na América tem seu início com a vinda do povo branco europeu ao território americano, território este que foi utilizado para execução de um genocídio dos inúmeros grupos nativos que aqui habitavam e que possuíam culturas, línguas e costumes diversos.

No presente trabalho iremos desenvolver reflexões acerca do genocídio indígena no contexto do direito internacional, tendo como objeto a realidade brasileira, a partir de situações históricas e atuais, fazendo um recorte temporal do período colonial brasileiro até a recente pandemia de Covid-19. Os povos indígenas continuam sofrendo ameaças em seus direitos constantemente. Mesmo com tantos dispositivos legais formalizados, nacionalmente e internacionalmente – como a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, há muito ratificada.

Fizemos uso do método dedutivo, com base em bibliografia especializada e estudos recentes sobre o tema, partindo da premissa de que o Estado brasileiro tem perpetuado políticas de extermínio e genocídio indígena desde a época da colonização, no século XVI. Com base nisso, procuramos nos ater ao seguinte problema de pesquisa: como essas políticas foram influenciadas pela pandemia de Covid-19?

Desta forma, iniciamos o artigo com a conceituação de “genocídio” como uma categoria concernente ao Direito Internacional. Passamos, então a um breve histórico do genocídio indígena no Brasil, da colonização aos dias atuais. Por último, traçamos uma comparação entre a categoria do genocídio e o contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil, com possíveis implicações no âmbito do Direito Internacional.

2. GENOCÍDIO DE ACORDO COM O DIREITO INTERNACIONAL

O termo “genocídio” foi cunhado pelo jurista polonês Raphael Lemkin, na sua obra *Axis rule in occupied Europe*, afirmando ser essa a palavra que denomina a destruição de uma nação ou de um grupo étnico, formada pelo grego antigo *genos* que significa raça, tribo e pelo latim *cide* referente a matar, utilizando-a, naquela época, para designar os crimes cometidos pelos nazistas:





Em geral, genocídio não significa necessariamente a destruição imediata de uma nação, a não ser quando consumada pela matança de todos os seus membros. Quer exprimir um plano coordenado de diferentes ações que convergem à destruição de alicerces essenciais da vida de grupos nacionais, com o objetivo de eliminar os próprios grupos. Os objetivos desse plano seriam a desintegração das instituições políticas e sociais, cultura, idioma, sentimentos nacionais, religião e a economia de grupos nacionais, bem como a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde, dignidade, e até mesmo das vidas dos indivíduos que pertencem a tal agrupamento. Genocídio é dirigido contra o grupo nacional como uma entidade e as ações envolvidas são dirigidas contra indivíduos, não na capacidade individual de cada um, mas como integrante de um grupo nacional. (LEMKIN, 1944, p. 79)

Não obstante, em 1938, a Oitava Conferência Internacional dos Estados Americanos já considerasse criminalizar a “perseguição por motivos raciais ou religiosos”, o caso que ensejou a criação do termo e a posterior tipificação da conduta de genocídio como crime, em âmbito internacional, foi a morte dos seis milhões de judeus e de outras minorias, durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) na Europa, a comando de Adolf Hitler e iniciada na Alemanha de regime nazista.

Durante o regime nazista, as motivações de extermínio se davam além daqueles que se opunham à dominação alemã. O objetivo principal era o de exterminar populações nativas inteiras a fim de conquistar territórios para que apenas pessoas de “sangue puro”, arianas, pudessem viver naquele ambiente. Feriu-se, portanto, amplamente a dignidade humana, os direitos humanos das milhões de vítimas que eram assassinadas e esvaziadas de seu conteúdo, “desumanizadas”:

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos [...]. (COMPARATO, 2008, p. 23-24)

Em decorrência da tragédia, criou-se o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1945, em que os Aliados entraram em debates e acordos sobre quais seriam as formas de responsabilização atribuídas aos alemães pela guerra e pelos abusos cometidos. Sendo assim, o Tribunal teve como função o julgamento dos crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes contra a paz, utilizando pela primeira vez, em um contexto jurídico, o termo genocídio na acusação contra dirigentes nazistas condenados por crimes contra a humanidade. Posto isso, evidencia-se que a Segunda Guerra Mundial se trata de um marco importan-

te para a criminalização internacional da prática desses crimes, influenciando no julgamento de genocídios posteriores e, na análise do que seria considerado como crime de genocídio.

Finalmente, à ótica do direito internacional, o genocídio foi reconhecido e sua definição adotada pela Convenção para a Prevenção e a repressão do crime de genocídio de 1948 e promulgada no Brasil através do Decreto 30.822, de 6 de maio de 1952:

As Partes Contratantes,

Considerando que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em sua Resolução 96 (1) de 11 de dezembro de 1945, declarou que o genocídio é um crime contra o Direito Internacional, contrário ao espírito e aos fins das Nações Unidas e que o mundo civilizado condena;

Reconhecendo que todos os méritos da história o genocídio causou grandes perdas à humanidade;

Convencidas de que, para libertar a humanidade de flagelo tão odioso, a cooperação internacional é necessária:

Convém no seguinte:

ARTIGO I

As Partes Contratantes confirmam que o genocídio quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.

ARTIGO II

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

(BRASIL, 1952)

Após a Segunda Guerra Mundial, outros eventos foram identificados da mesma forma, como o genocídio armênio que consistiu no massacre e na deportação forçada de cerca de um milhão e duzentos mil armênios que viviam sob o domínio do Império Otomano na Turquia entre 1915 e 1917, que viram suas condições piorarem e vieram a ser oprimidos com o declínio desse império.

O sultão Abdul Hamid II, conhecido como o “grande sangrador”, declarou que o extermínio dos armênios seria a única forma de resolver a “questão armênia, marcando seu reinado por uma islamização forçada, deportações e mortes. O genocídio iniciou em 1915 quando soldados e policiais armênios foram desarmados e reunidos para trabalharem na manutenção de estradas ou como carregadores,



levados depois a áreas distantes e executados. Depois, membros da elite intelectual armênia também foram presos e assassinados, marcando o início do genocídio armênio (SANTOS; OLIVEIRA; VECCHIO, 2019).

Apenas em 1984, no Tribunal Permanente dos Povos julgou a caracterização da ocorrência do genocídio armênio, responsabilizando o governo turco daquele período. Poucos foram os países que até hoje reconheceram o genocídio armeno como um genocídio, ainda que o Tribunal Permanente da ONU tenha publicado um veredito reconhecendo tal fato independentemente de haver ou não legislação anterior tipificando o genocídio (HINTLIAN, 2003).

Nesse veredito, afirma-se que o crime de genocídio pode ser reconhecido mesmo que em relação a fatos que antecederam a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, como nesse caso, tendo em vista que o massacre de um grupo étnico não pode ser tolerado legalmente, mesmo que ainda inexistentes leis escritas que o proibam, portanto, a Convenção possui natureza declaratória.

Ademais, outro caso de genocídio é o que ocorreu em Ruanda, que foi comandado pelos hutus extremistas em 1994 e resultou no massacre de mais de 800.000 integrantes dos grupos étnicos tutsis, twa e de hutus moderados. Tal caso iniciou-se como uma caçada humana política, na qual tutsis, twa e hutus moderados eram mortos por armas de fogo, facões, queimados ou dizimados por doenças, sede e fome, além de sofrerem violência sexual, especialmente as mulheres.

Por mais que os países que observavam tal conflito político declarassem que se tratava de uma guerra civil, as mortes foram consequências de planos organizados do próprio governo de Ruanda a fim de exterminar todos os tutsis, instigado por ódio racial e disseminação de boatos (PAULA, 2011). A resposta a tal genocídio foi a Criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, pelo Conselho de Segurança da ONU, em 1994, a fim de julgar os mentores e executores do massacre.

Em vista disso, analisando os casos supramencionados, podemos notar que a tipificação dos fatos como genocídio só aconteceu após o término dos massacres, isto porque, em grande medida, há a necessidade do afastamento temporal e espacial para que haja a melhor compreensão dos fatos históricos. Além do mais, o Tribunal de Nuremberg constituiu, a partir do princípio da responsabilidade individual em plano internacional, o marco do direito penal internacional na estrutura a responsabilização do genocídio.

3. CONCEITUAÇÃO HISTÓRICA DO GENOCÍDIO INDÍGENA

Para tratarmos do tema do genocídio dos povos indígenas devemos nos voltar para a história dessa população no país antes mesmo da existência do Brasil como Estado. Por se tratar dos povos originários do continente latino-americano, a trajetória histórica dos mais diversos povos que compõem a população indígena brasileira possui milhares de anos, tornando a tarefa de sumariá-la penosa e exaustiva.

Dessa forma, separamos aqui situações pontuais, ocorridas ao longo da história do Brasil, que julgamos que demonstram bem o que se pretende delinear neste artigo: que os povos indígenas do território brasileiro sofreram ataques sistematizados à sobrevivência de suas populações desde a chegada dos colonizadores europeus, em 1500.

Dividimos, portanto, este tópico em três diferentes seções, cada qual tratando de um momento diferente da história de nosso país. O primeiro volta a atenção para o período colonial; o segundo, para o período imperial e, por último, para o período republicano, mais especificamente entre as décadas de 1960 e 1980. Fizemos uso de bibliografia especializada para nos aprofundarmos no estudo de cada período e traçarmos o contexto necessário para a produção do presente artigo.

3.1 BRASIL COLONIAL

A colonização das terras que posteriormente comporiam o território brasileiro se iniciou no ano de 1500, com a chegada dos navegantes portugueses no continente americano. Povoado, até então, exclusivamente pelos povos autóctones, esta região foi palco, posteriormente, da aniquilação de grande parte de seus membros por conta da colonização.

Durante o período colonial, antes da Independência em relação a Portugal, ocorrida somente em 1822, os povos nativos do Brasil passaram por inúmeros episódios que ceifaram grande parte de seus indivíduos, o que muitas vezes é tratado pela bibliografia especializada como possíveis casos de genocídio contra essas populações. Trataremos aqui, para o período colonial, dos casos de doenças contagiosas que atingiram em especial os povos indígenas.

Uma das principais doenças contagiosas existentes no Brasil entre os séculos XV e XVI foi a varíola, também conhecida como *peste das bexigas*. Estima-se que ao menos 30 mil nativos morreram somente na região da Bahia, epicentro da doença (VAINFAS, 2021).



Outras doenças, junto da varíola, arrasaram diversas regiões do Brasil, causando epidemias localizadas de gripes, malárias e pleurites no Brasil quinhentista. Muitas dessas doenças foram trazidas pelos europeus que se instalaram no novo continente, dizimando povos que nunca haviam entrado em contato com tais enfermidades.

No entanto, a epidemia mais letal ocorrida no país foi a da varíola. Há controvérsias no que diz respeito à origem da doença, porém uma das teses mais consolidadas é a de que a doença foi trazida pelos portugueses, que, já tendo entrado em contato com a doença previamente, estavam em larga escala imunizados contra ela (VAINFAS, 2021). A partir dos primeiros surtos na Bahia durante a década de 1560a doença rapidamente se espalhou para todo o litoral brasileiro, atingindo principalmente as comunidades indígenas.

Apesar das largas baixas entre os povos nativos, é complicado atribuímos aos casos de alastramento de doenças como verdadeiros genocídios postos em prática. Até onde se sabe, não houve interesse da coroa ibérica em perpetuar a dizimação de tais povos, apesar do interesse econômico de diminuir a quantidade de indígenas em favor da importação de africanos como mão-de-obra escrava. Assim, a morte em massa dos indígenas provavelmente se deu por mera ação biológica da doença, sem uso político por parte dos governantes.

3.2 BRASIL IMPERIAL

É fato que pouca coisa mudou na realidade brasileira entre seu período colonial e após a Independência de Portugal, em 1822. Em especial as relações entre os povos indígenas e o Estado, que permaneceram conturbadas e marcadas pela falta de proteção estatal aos indígenas.

A autora Vânia Maria Losada Moreira (2020) aplica o conceito de genocídio ao tratar da história indígena brasileira, por conta de sua destruição e apagamento na própria literatura indianista. Ela afirma que “A importância da literatura romântica e, em particular, de sua vertente indianista no processo de conformação do Estado imperial e da cultura nacional, ao longo do Oitocentos, é hoje parte do senso comum, aceito por historiadores e críticos literários” (MOREIRA, 2020, p. 403).

Sua pesquisa trata, especificamente, de casos de crianças dos povos jê, habitantes da região entre as províncias de Minas Gerais, Espírito Santo e Bahia, sequestradas no século XIX para serem vendidas no tráfico de pessoas. A autora



utiliza a categoria de genocídio a partir do trabalho de Lemkin para analisar o tráfico dessas crianças não como um caso pontual da colonização daquela região geográfica, mas sim como um exemplo da guerra travada contra os povos indígenas. Segundo ela:

o tráfico de crianças não representa uma mera “fatalidade” secundária da guerra de conquista então em curso, e menos ainda fatos isolados. [...] as crianças indígenas estiveram no centro das relações interétnicas da zona tampão, tanto na guerra de conquista quanto na diplomacia para a construção da paz. E tanto a guerra quanto a paz eram faces diversas de processos mais amplos de conquista territorial, consolidação do Estado nacional e política de criação e gestão de mão de obra. (MOREIRA, 220, p. 398)

Moreira, portanto, faz uma análise das disputas existentes entre os povos indígenas e os europeus com base em conceitos étnicos, de apagamento cultural e com base na própria ideia de genocídio dessas populações. Ao adentrar na questão literária, ela afirma que o indianismo, que serviu de base para a formação do Estado nacional brasileiro, também foi empregado de forma a apagar qualquer menção à dizimação indígena.

O indianismo oitocentista recalcou as violências que estavam sendo praticadas contra os jês, ao mesmo tempo em que violou a história dos tupis. Em razão disso, [...] o indianismo funciona como um discurso legitimador do genocídio [...]. De fato, não se mata, não se escraviza, não se trafica crianças ou se esvazia aldeamentos de catequese recém-inaugurados para captar trabalhadores de maneira ampla e sistemática sem recorrer a uma instância narrativa justificadora. (MOREIRA, 2020, p. 403)

Fica evidente que o período imperial foi marcado por uma ação estatal muito mais contundente contra os povos indígenas que nos períodos anteriores da história do Brasil, por isso, a categoria genocídio faz maior sentido neste contexto do que no anterior. Ainda assim, as práticas oitocentistas diferem em muito das práticas perpetuadas posteriormente pelo tratamento que o Estado brasileiro conferiu às populações nativas do Brasil.

3.3 O SERVIÇO DE PROTEÇÃO AOS ÍNDIOS (SPI) E O RELATÓRIO FIGUEIREDO

O regime republicano no Brasil é longo e passou por diversas fases diferentes em toda sua história. Aqui buscaremos tratar em específico do período da década de 1960, em que o órgão público destinado à proteção dos povos indígenas foi amplamente acusado da prática de assimilação desses mesmos povos.



A ditadura militar perpetuou algumas das mais problemáticas políticas indigenistas da história do Brasil, vindas de um contexto anterior tão problemático quanto. Nesse contexto, no início da década de 1960, foram instauradas duas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) em 1962 e em 1963 para investigar o Sistema de Proteção aos Índios (SPI).

O SPI havia sido criado no início do século XX com a justificativa de proteger os indígenas, transferindo para o Estado a prerrogativa de criar e executar políticas públicas indigenistas pela primeira vez. Das duas CPIs surgiu o Relatório Figueiredo, documento de 68 páginas redigido pelo então procurador federal Jader Figueiredo Correa em que ele acusava mais de 130 pessoas de crimes contra as populações indígenas. Os crimes variavam de práticas de escravidão, tortura, espancamentos, crimes biológicos (como contágio de etnias por doenças transmissíveis), venda de crianças, entre outros (PALMQUIST, 2018).

Este documento gerou uma reação internacional de repúdio às políticas indigenistas praticadas no Brasil que culminou no desmonte do SPI, já durante o regime militar. Após a sua dissolução, foi criada a Fundação Nacional do Índio, porém as denúncias internacionais se mantiveram. Após a instauração de processo no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa, concluiu-se não se tratar de genocídio, mas sim de crimes comuns (PALMQUIST, 2018).

O Relatório Figueiredo desapareceu em 1969, durante o regime militar, evento explicado na época como sendo por conta de um incêndio. Parte do documento, no entanto, ressurgiu em 2013. Não há indícios de condenação de qualquer uma das pessoas denunciadas no relatório.

4. A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E O GENOCÍDIO INDÍGENA

Além dos casos já mencionados de genocídio, como os ocorridos na Alemanha nazista, na Armênia e em Ruanda, este trabalho se destina a analisar um caso muito mais recente, decorrente da crise sanitária global causada pela pandemia de Covid-19, haja vista a nova pandemia do coronavírus, responsável por um enorme número de mortes e infectados (ênfatisa-se os povos indígenas, um dos grupos mais vulneráveis), que padecem perante a doença e demais dificuldades ocasionadas pelo cenário caótico que assola o mundo.

Nesse passo, desenvolve-se um intenso debate sobre a dualidade aparente entre economia e saúde. Por um lado, há o grupo de pessoas que defendem as



medidas de isolamento social, visando controlar a disseminação, e em contrapartida, os que questionam tais medidas, tendo em vista a preocupação com o contexto econômico; exemplifica-se esse ponto, com os ideários do atual presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro.

Dentre algumas das falas atribuídas à situação de calamidade sanitária que vivemos pelo chefe de Estado brasileiro, destaca-se: ser “superdimensionado”, ao afirmar que a imprensa exagerou sobre sua gravidade; “gripezinha”, ao comparar o novo vírus com um resfriado, afirmando que caso adoecesse, não sofreria, pois possui “histórico de atleta”; “vamos todos morrer um dia”, disse ele, após se posicionar contra as medidas de isolamento social; “e daí?”, quando questionado sobre um dos recordes diários de mortes registrados; “[...] Mas é a vida”; entre outras que se perpetuam até o dia atual da redação deste estudo (BBC, 2020).

Para mais, ao tratar da prevenção, Bolsonaro insiste que a melhor vacina contra o vírus seria contraí-lo (G1, 2021), diante disso tudo, percebe-se a defesa do ideário da imunidade de rebanho. Esta percepção é positiva, se aplicada corretamente, com a vacinação em massa, por outro lado, deixar que as pessoas se infectem e enfrentem o vírus sozinhas é lamentável, uma vez que sistema de saúde nenhum no mundo comportaria tantos infectados, isso é claro, sem considerar as inúmeras variantes que surgem em decorrência da proliferação do vírus.

Nessa linha, pode-se salientar que um dos grupos mais vulnerabilizados frente à pandemia são os povos indígenas, haja vista as dificuldades que encontram nas possibilidades de obtenção de informações relativas ao vírus, a precarização dos meios básicos de saúde e higiene, bem como percalços no âmbito de gestão face à desagregação de dados, que dificulta o reconhecimento das regiões e dos povos mais afetados (ELLER, 2020).

Do exposto, pode-se interpretar os fatos a partir dos conceitos de biopolítica, de Foucault, e de Necropolítica, de Achille Mbembe, para uma melhor sistematização dos conteúdos. Resumidamente, o tipo de direito que emerge na sociedade disciplinar, para Foucault (2009), seria o direito como norma, que visa orientar comportamentos. Dentro desse modelo, tem-se o que o autor denomina de biopolítica.

Essa terminologia diz respeito não só a um controle individualizado, mas também a um controle da população como um todo, com conhecimentos biológicos/científicos, que forneceriam dados essenciais para os governantes, uma vez que permitiriam uma gestão menos precária (FOUCAULT, 2009).



Na prática, o que se identifica é o contrário, a utilização desses dados, senão a sua ocultação, para seguir uma política não como meios garantidores de facilidade, em fundamento da vida, mas da morte, de modo passivo de “deixar morrer”, ao escolher em quais setores investir e quais não, ao ordenar que as pessoas retornem à atividade laboral e, principalmente, ao escolher a disseminação em massa do vírus como principal forma de combate, retaliando a vacinação.

Na linha do conceito foucaultiano de biopoder, tem-se o conceito de Necropolítica, de Achille Mbembe, que em seu ensaio o define:

A expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder. (MBEMBE, 2016, p. 123)

As atitudes empreendidas pelo Poder Executivo Federal claramente poderiam ser lidas pela óptica da necropolítica. Há indícios de que a presidência da república agiu deliberadamente ao estimular a infecção da população buscando atingir a “imunidade de rebanho” (G1, 2021).

Nesse ponto, chega-se ao cerne da questão: como a gestão atual constituiu um genocídio ao povo indígena (para além do genocídio indígena já perpetrado por séculos)? Cumpre primeiramente contextualizar que, em decorrência da pandemia, fora criada a Lei 14.021/2021, como Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nas áreas indígenas. O dispositivo almejava prevenir o contágio e disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas (BRASIL, 2020).

O texto original determinava a oferta de alguns serviços à comunidade indígena com urgência, de forma gratuita. Todavia, o Presidente da República vetou, dos serviços previstos, o acesso universal à água potável, a oferta emergencial de leitos hospitalares e de unidade de terapia intensiva, a distribuição gratuita de materiais de higiene e a aquisição de ventiladores e máquinas de oxigenação sanguíneas, medidas essenciais para preservação da vida nas comunidades indígenas (AGÊNCIA SENADO, 2020). Além disso, ele ainda vetou, na mesma lei, um dispositivo que previa um orçamento emergencial para os estados, Distrito Federal e municípios garantirem a sobrevivência dos indígenas na pandemia.

Outrossim, ainda apontando para o genocídio, existem dados concretos, em um estudo conduzido pelo epidemiologista Pedro Hallal, citado na CPI da Covid, segundo o qual o risco de os indígenas contraírem coronavírus era cinco vezes maior do que os não-indígenas (CAMPOS, 2021).

Documentos do Ministério da Saúde revelaram ainda que foram distribuídos, desde o início da crise, mais de 100 mil comprimidos de cloroquina. Na CPI, o ex-ministro da Saúde Eduardo Pazuello disse que a substância foi distribuída por conta da eficácia contra malária. Além disso, o líder indígena Dário Kopenawa Yanomami deixou claro que a distribuição dos comprimidos foi feita sem o aval dos moradores das aldeias (SOUZA; FERREIRA, 2021).

Tudo isso, sem mencionar a disseminação de notícias falsas quanto aos supostos efeitos colaterais dos imunizantes, que atuou como desincentivo à vacinação para vários grupos de indígenas. A União, que deveria proteger esses grupos, fez o contrário, por meio dos órgãos de saúde, dificultou a construção de barreiras sanitárias, como mencionado, forçando os próprios indígenas a se refugiarem como podiam.

Tudo isso resultou não só na denúncia do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH), em janeiro de 2021, mas também do Chefe de Estado perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), tendo em vista suas políticas para indígenas – leia-se a falta delas (RFI, 2021).

A denúncia do presidente foi protocolada pela Comissão de Defesa dos Direitos Humanos Dom Paulo Evaristo Arns e pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos. Na demanda, essas instituições pediam a investigação das ações da atual gestão pelo TPI no que tange às possíveis ameaças à sobrevivência indígena.

5. RESOLUÇÃO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Questões desse porte podem ser levadas ao âmbito internacional, como ocorreu com a denúncia do presidente ao Tribunal Penal Internacional (TPI), em Haia (países baixos), por crimes contra a humanidade e genocídio (RFI, 2021). Depreendem-se da denúncia afirmações de que Bolsonaro agiu com menosprezo, desrespeito e negacionismo (LE MONDE, 2021), bem como a pretensão de urgência nas apurações, para que uma parcela da população possa ainda se salvar dos efeitos devastadores da atual gestão.

Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2011), no protocolo processual do TPI, constam fases como aceitação, exames preliminares, investigações, fase de pré-julgamento, fase de teste, fase de apelação e execução da sentença, levando, em alguns casos, dez anos para que um indivíduo seja imputado, em processo que busca individualizar o que é ato de Estado e o que é ato de um



agente, na esfera individual, para a responsabilização de cada um.

Em uma questão mais contudística, pode-se mencionar a Responsabilidade internacional, todavia, ela só cabe em casos de denúncia contra um Estado, com a presença de elementos como ato ilícito, imputabilidade e dano – somente Estados podem pleitear ou ser denunciados neste caso (MAZZUOLI, 2020).

Em ocorrência mais recente, salienta-se a sentença do Tribunal Permanente dos Povos (TPP), que condena Bolsonaro por crimes cometidos durante a pandemia de Covid-19. Faz-se importante destacar que o tribunal não condena o Chefe de Estado brasileiro por genocídio, o que não significaria uma absolvição. Na prática, o que ocorreu foi uma constatação do tribunal de que há a necessidade de mais investigações (TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS, 2022).

Ainda nesse sentido, houve uma recomendação do TPP ao TPI, para que uma análise mais aprofundada pudesse ser feita quanto ao tema, atuando como um tribunal de opinião. Apesar de tudo, o tribunal reconheceu que não se trata de uma série de atos omissos, mas sim deliberados, condutas dolosas direcionadas. Nessa perspectiva, evidencia-se um trecho da sentença do TPP:

Contrariando a posição unânime de cientistas de todo o mundo e as recomendações da Organização Mundial da Saúde, Bolsonaro não só fez com que a população brasileira não adotasse as medidas de distanciamento, isolamento, proteção e vacinação destinadas a limitar a infecção, como várias vezes criou vários obstáculos a elas, frustrando as tentativas de seu próprio governo de estabelecer políticas de alguma forma destinadas a proteger a população do vírus. Como resultado dessa conduta, calcula-se - com base na comparação entre o número de óbitos no Brasil e o número de óbitos em outros países que adotaram as políticas anti-covid-19 recomendadas por todos os cientistas - que morreram no Brasil cerca de 100.000 pessoas a mais do que teriam falecido em decorrência de uma política mais responsável. (TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS, 2022, p. 16).

Em casos de sentenças formuladas por tribunais desse tipo (conhecidos e de muitas décadas), o que ocorre é um constrangimento para os gestores (se é que podem ser assim chamados) que contribuem com tais condutas danosas, bem como um fomento para eventuais decisões futuras que possam ser tomadas por tribunais de maior peso, como é o caso do TPI.

Cabe salientar que crimes contra a humanidade não prescrevem. Em especial para o tribunal supracitado, casos como o de genocídio podem abrir margem para prisão perpétua (a pena máxima, no geral, é de 30 anos, mas em casos extremos, o Tribunal pode impor uma pena de prisão perpétua – é o caso do ex-líder militar sérvio da Bósnia, Mladić, condenado definitivamente em segunda instância e preso desde



2011 na unidade de detenção da ONU, em Haia, na Holanda) (UNITED NATIONS, 2021).

Frente a todo esse debate, pode-se questionar: quais os critérios adotados pelo Tribunal Penal Internacional para que uma pessoa seja condenada pelo crime de genocídio? Cumpre primeiramente explicitar que os casos chegam ao Tribunal através de uma solicitação de investigação feita por qualquer Estado parte do Estatuto de Roma ao gabinete do procurador. O Tribunal segue o princípio da complementaridade, ou seja, atua apenas em casos em que as jurisdições locais falham na guarda dos direitos humanos (DENYS, 2015).

Para além, um Estado que não seja membro também pode aceitar a jurisdição do TPI frente à crimes cometidos em seu território, ou por um de seus nacionais, solicitando ao que se realize uma investigação, além é claro, do próprio Conselho de Segurança das Nações Unidas, que também pode submeter uma situação ao Tribunal (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2020).

Por iniciativa própria, o procurador pode ele mesmo abrir um inquérito, desde que a promotoria receba informações confiáveis (como a já mencionada sentença, e recomendação de investigação do TPP ao TPI). Após uma situação ser encaminhada ao TPI para investigação, o procurador determina, se o Tribunal é competente em relação aos crimes alegados, com prévia análise das informações disponíveis, e se os atos foram cometidos após 1º de julho de 2002, data em que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional entrou em vigor – no caso brasileiro, em 1º de setembro de 2002 (BRASIL, 2002).

Em continuidade, notifica-se os Estados parte e outros Estados que possam ter jurisdição no que toca à intenção de iniciar uma investigação. Nessa linha, a investigação ocorre através da análise, pelo gabinete do procurador, de provas advindas de fontes confiáveis de forma objetiva, independente e imparcial (o tempo para reunir provas é irrestrito). Com uma quantidade suficiente de provas, o procurador solicita aos juízes de uma câmara de instrução que emitam intimações para comparecer ou mandados de prisão (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2020).

Encontram-se os Estados na posição de fazer cumprir os mandados emitidos por uma câmara do TPI. Note-se: aqueles têm a obrigação legal de cooperar. Assim, ressalta-se que o Tribunal não tem uma força policial própria, mas conta com a cooperação dos Estados (jurisdicionalmente competentes), essencial para a prisão e entrega de suspeitos. Uma vez que a pessoa é presa e ocorre a emissão da ordem de entrega, ela é entregue ao Tribunal e mantida no Centro de Detenção em Haia, na Holanda – os sujeitos condenados não cumprem sua sentença neste



centro, haja vista que a instalação não foi projetada para prisões de longo prazo, assim, as pessoas condenadas são transferidas para uma prisão de um Estado designado pelo Tribunal (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2020).

No Estado tupiniquim, o caso de genocídio perpetrado por Bolsonaro, em especial contra os indígenas, enquadra-se perfeitamente na definição deste crime formulada pelo Estatuto de Roma e, conseqüentemente, pelo TPI:

De acordo com o Estatuto de Roma, “genocídio” significa qualquer um dos seguintes atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso:

- matar membros do grupo;
- causar sérios danos físico ou moral aos membros do grupo;
- deliberadamente infligir no grupo condições de vida calculadas para causar sua destruição física no todo ou em parte;
- impor medidas com o objetivo de prevenir nascimentos dentro o grupo;
- forçosamente transferir crianças do grupo para outro grupo. (INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2020, p. 23, tradução nossa)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar tamanhas entranhas consolidadas em séculos de manutenção de uma estrutura mundial que não só privilegia cores e etnias, mas também deixa de fornecer ferramentas básicas para a sobrevivência digna das minorias, como o caso histórico dos indígenas no Brasil, é notório que, até os dias hodiernos, essa estrutura extrapola os limites do direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nesse segmento, o presente trabalho ratifica a importância do respeito aos princípios consolidados em um dos mais significativos documentos internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), e reafirmados pela Constituição Cidadã brasileira. Isso acarreta ampla aceitação e defesa do pluralismo social, para que não haja ideologia alguma de superioridade de um grupo sobre os demais.

Esses conceitos possuem relação direta, servindo de base para o tema do presente artigo, pois, segundo o conceito de genocídio de Raphael Lemkin, é indubitável que esse ato vem de encontro a todos os preceitos anteriormente defendidos.

Partindo para um panorama mundial, a história internacional demonstra que a prática não foi incomum no século passado. Desde a perseguição racial e religiosa nazista à segregação do sultão Abdul Hamid II, ambos crimes genocidas que



desumanizaram milhões de pessoas. Por esses acontecimentos terem ocorrido antes da DUDH, que criada para afastar definitivamente as barbaridades cometidas na sua década de publicação, era de se esperar que não haveria mais preocupação com essa grave problemática. Entretanto, como é notório pelo massacre de Ruanda de 1994 e a recente questão indígena no Brasil, a preocupação ainda é necessária.

Logo, voltando ao âmbito nacional, é evidente que a problemática da aniquilação de povos indígenas no Brasil tem suas raízes ainda no período colonial, quando ocorreu um genocídio principalmente biológico. Nesse contexto, os portugueses, acostumados a viver em cidades urbanizadas, em contraponto com as florestas aqui existentes, adentravam a colônia sem responsabilidade alguma, trazendo consigo diversas patologias para as quais a população aqui existente não possuía resistência alguma, o que acarretava a morte rápida dessas pessoas.

É importante ressaltar a demora para que no nosso país houvesse algum interesse, ou se consolidasse medidas de proteção aos povos indígenas. Não obstante a demora, os primeiros projetos com esse fim – SPI e Relatório Figueiredo – sofreram graves distorções, o último chegando até a desaparecer nas mãos das autoridades nacionais da época, relutante trajetória que resultou na criação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

A pandemia do novo coronavírus, que teve seu início em 2020, apresentou grande risco para a população em geral, todavia, risco de cerca de cinco vezes mais para a população indígena. Neste segmento, a prevenção e informação a respeito da doença deveria ser priorizada e redobrada para os grupos indígenas do território nacional. Contudo, tal situação não pareceu relevante para o nosso atual Chefe do Executivo, que chegou a minimizar os efeitos do vírus e desencorajar a vacinação em massa, sem estar calcado em argumentos científicos para tal. Assim, foi defendido pelo presente texto a caracterização de uma grave ameaça à sobrevivência indígena no Brasil durante a pandemia da Covid-19.

Ressaltamos ainda que, assim como os prévios acontecimentos que feriram gravemente os direitos fundamentais foram assim caracterizados apenas certo tempo após sua consolidação, enfrentamos certa dificuldade em encontrar literatura relativa aos efeitos nocivos da gestão atual às comunidades indígena quanto à pandemia, razão pela qual foi feito uso também de fontes jornalísticas.

Por fim, não podemos afirmar categoricamente que as políticas defendidas pelo governo Bolsonaro durante a pandemia de Covid-19 no Brasil foram atitudes



genocidas, pela falta de alguma condenação definitiva. No entanto fica claro, com o número de evidências, investigações e denúncias no âmbito do direito penal internacional, que o Estado brasileiro agiu no sentido de instrumentalizar o contágio da doença como forma de potencializar o longo genocídio indígena em curso no país, que já data de séculos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Bolsonaro sanciona com vetos lei para proteger indígenas durante pandemia. Agência Senado. 08 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/08/bolsonaro-sanciona-com-vetos-lei-para-proteger-indigenas-durante-pandemia>. Acesso em: 18 fev. 2022.

BBC. Relembre frases de Bolsonaro sobre a covid-19. BBC News Brasil. São Paulo. 7 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>. Acesso em: 31 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 4388, de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em: 1 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.021, de 7 de julho de 2020. Institui o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14021.htm. Acesso em: 2 mar. 2022.

CAMPOS, Matheus. Projeto EPICOID-19 BR: maior estudo epidemiológico sobre a covid-19 no Brasil chega à fase final. UNIFESP. 22 jan. 2021. Disponível em: <https://www.unifesp.br/reitoria/dci/releases/item/4986-projeto-epicoid-19-br-maior-estudo-epidemiologico-sobre-a-covid-19-no-brasil-chega-a-fase-final>. Acesso em: 20 fev. 2022.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. O genocídio e a sua punição pelos tribunais internacionais. Revista de informação legislativa: v. 45, n. 178, p. 91-103, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176525>. Acesso em: 1 mar. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DENYS, Debora Vasti da Silva do Bomfim. O princípio da complementaridade e o tribunal penal internacional: reflexos no Brasil. 2015. 227 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, UniCEUB, Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11999>. Acesso em: 28 set. 2022.

ELLER, Johanns. Covid-19: falta de transparência dificulta monitoramento da pandemia em povos indígenas, aponta estudo. O GLOBO. 22 set. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/covid-19-falta-de-transparencia-dificulta-monitoramento-da-pandemia-em-povos-indigenas-aponta-estudo-24653975>. Acesso em: 15 fev. 2022.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 2009

G1. Bolsonaro, a imunidade de rebanho e o caso Covaxin. G1. Rio de Janeiro. 24 jun. 2021. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/politica/cpi-da-covid/2021/bolsonaro-cpi-da-covid-imunidade-de-rebanho-caso-covaxin/>. Acesso em: 1 mar. 2022.

HINTLIAN, George. El genocidio armenio. Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales, Madrid, n. 10, p. 65-94, 2003. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=767136>. Acesso em: 26 set. 2022.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Understanding the International Criminal Court. The Hague: ICC, 2020. 69 p. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/understanding-the-icc.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

LARA, Mariana Alves; KAHWAGE, Yasmin. A abrangência do conceito de genocídio à luz do direito internacional. Facnopar, 2015. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670112430029.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2022.

LE MONDE. Au Brésil, des indigènes demandent à la CPI d'ouvrir une enquête contre Jair Bolsonaro pour « génocide ». Le Monde. 10 ago. 2021. Disponível em: https://www.lemonde.fr/international/article/2021/08/10/bresil-des-indigenes-demandent-a-la-cpi-d-ouvrir-une-enquete-sur-bolsonaro-pour-genocide_6091027_3210.html. Acesso em: 1 mar. 2022.

LEMKIN, Raphael. Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Arte & Ensaios, Rio de Janeiro, n. 32, p. 122-151, dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>. Acesso em: 1 mar. 2022.



MOREIRA, Vânia Maria Losada. Kruk, Kuruk, Kuruca: genocídio e tráfico de crianças no Brasil imperial. *História Unisinos*, São Leopoldo, v. 24, n. 3, p. 390-404, 28 set. 2020. UNISINOS. <http://dx.doi.org/10.4013/hist.2020.243.05>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PALMQUIST, Helena. Questões sobre genocídio e etnocídio indígena: a persistência da destruição. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Universidade Federal do Pará. Belém, 154 p. 2018.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. São Paulo, 2011.

RFI. Indígenas denunciam Bolsonaro por 'crime contra a humanidade e genocídio' no Tribunal Penal Internacional de Haia. G1. 09 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/amazonia/noticia/2021/08/09/indigenas-denunciam-bolsonaro-por-crime-contra-a-humanidade-e-genocidio-no-tribunal-penal-internacional-de-haia.ghtml>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SANTOS, Marco Aurelio Moura dos; OLIVEIRA, Erico Lima de; VECCHIO, Victor Antonio del. O genocídio Armênio no direito internacional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 113, p. 587-606, 8 abr. 2019. Universidade de São Paulo, Agência USP de Gestão da Informação Acadêmica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v113i0p587-606>.

SOUZA, André de. FERREIRA, Paula. Saúde diz à CPI que enviou 100 mil comprimidos de cloroquina para Covid-19 entre indígenas. O GLOBO, 19 jun. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/saude-diz-cpi-que-enviou-100-mil-comprimidos-de-cloroquina-para-covid-19-entre-indigenas-25069029>. Acesso em: 12 mar. 2022.

TRIBUNAL PERMANENTE DOS POVOS. 50ª Sessão Sobre Pandemia e Autoritarismo. Permanent Peoples' Tribunal. Roma, 2022. Disponível em: http://permanentpeopletribunal.org/wp-content/uploads/2022/09/TPP-Senten%C3%A7a-Bolsonaro_PORT_anexos.pdf. Acesso em: 28 set. 2022.

UNITED NATIONS. UN court upholds Ratko Mladić convictions and life sentence. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2021/06/1093582>. Acesso em: 28 set. 2022.

VAINFAS, Ronaldo. A peste das bexigas no Brasil colonial: tragédia histórica ou genocídio? *Brathair - Revista de Estudos Celtas e Germânicos*, v. 20, n. 2, 23 abr. 2021. <https://doi.org/10.18817/brathair.v20i2.2551>.

VEREDITO em o Crime do Silêncio: Genocídio Armênio. Trad. Sossi Amiralian. São Paulo, 2011.



OS IMPACTOS DO ROL TAXATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO DIREITO BRASILEIRO

THE IMPACTS OF THE TAX ROLL OF THE NATIONAL SUPPLEMENTARY HEALTH AGENCY ON BRAZILIAN LAW

Ana Carla Alves da Silva*

Maria Eduarda Lins da Silva**

Resumo: A presente pesquisa visa analisar os impactos da decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no que tange a declaração de taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Desse modo, preliminarmente, fez-se uma explanação sobre o acesso à saúde no Brasil, evidenciando a importância e a distinção entre saúde suplementar e complementar, bem como seu marco inicial. Por conseguinte, com base nos dispositivos legais, apresentou-se a regulamentação dos planos de saúde em âmbito nacional, e o papel crucial da ANS. Ademais, fez-se a análise da Lei que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Posteriormente, foi exposta a decisão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a fundamentação de tal entendimento, e o controle de constitucionalidade que paira sobre o mesmo. Trata-se de uma pesquisa exploratória, bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa. Nesse ínterim, o objetivo desse trabalho é fomentar as consequências trazidas pela taxatividade do rol de procedimentos e medicamentos da ANS, elucidando os prejuízos causados aos consumidores dos planos de saúde.

Palavras-chave: Judicialização. Rol da ANS. Saúde e Direito.

*Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3896581497775690>. E-mail: anacarlaalves0205@gmail.com.

** Graduanda do 5º período do curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4704945611883444>. E-mail: mariaeduardalinsilva@gmail.com



Abstract: The present research aims to analyze the impacts of the decision of the Special Court of the Superior Court of Justice, regarding the declaration of exhaustiveness of the role of the National Agency of Supplementary Health. Thus, preliminarily, an explanation was made about access to health in Brazil, highlighting the importance and distinction between supplementary and complementary health, as well as its initial landmark. Therefore, based on the legal provisions, the regulation of health plans at the national level was presented, and the crucial role of the ANS. In addition, the Law that provides for private health care plans and insurance was analyzed. Subsequently, the decision of the Second Session of the Superior Court of Justice, the reasoning of such understanding, and the control of constitutionality that hovers over it were exposed. This is an exploratory, bibliographic and documentary research, with a qualitative approach. In the meantime, the objective of this work is to promote the consequences brought about by the exhaustive list of procedures and medicines of the ANS, elucidating the damage caused to consumers of health plans.

Keywords: Judicialization. ANS roll. Health and Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho surge das consequências trazidas pela decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema da limitação taxativa do rol da Agência Nacional de Saúde, e de como tal entendimento é danoso para os que usufruem de planos de saúde suplementar.

Tendo em vista de que o Rol serve de referência para os planos de saúde contratados desde 1º de Janeiro de 1999, regulado pela Lei nº 9656/1998, observar-se-á que a decisão do Superior Tribunal de Justiça pela taxatividade do mesmo, tornou-o limitado e insuficiente para satisfazer as necessidades daqueles que o usufruem.

No que tange a metodologia, a pesquisa tem como base a pesquisa exploratória, buscando informações sobre a conjectura e investigando suas variáveis. No tocante aos procedimentos, o presente trabalho baseia-se na pesquisa bibliográfica e documental, pois, por meio de leis, artigos científicos e entendimentos jurisprudenciais, argumenta-se sobre a problematização do rol taxativo da ANS. Por último, destaca-se que a pesquisa possui abordagem qualitativa, relacionando as dinâmicas entre o objeto de pesquisa e a realidade social.

O trabalho, em seu primeiro meado, objetiva explicitar os conceitos, a origem, e a fundamentação legal da judicialização da saúde no Estado brasileiro. Também far-se-á necessário explanar sobre as diferenças entre a saúde suplementar e complementar, e quais são suas funções no ecossistema da saúde brasileira. Isto posto, ressalta-se a importância da assistência integral de cada setor, para que haja

uma uniformização do acesso digno à saúde no Brasil.

Para finalizar a primeira metade do trabalho, faz-se uma análise da Lei que versa sobre os seguros e os planos privados de assistência à saúde, evidenciando sua relevância, e destacando o art. 35-F desta mesma Lei, que impõe a obrigação da assistência privada plena aos que contratam o serviço.

Assim sendo, a parte final do trabalho trata da exposição do parecer do Superior Tribunal de Justiça no que tange à taxatividade do rol de procedimentos e medicamentos da Agência Nacional de Saúde, argumentando, com base em situações concretas e na legislação vigente, como tal entendimento é prejudicial e proporciona um retrocesso aos direitos já adquiridos.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A ATRIBUIÇÃO DA ANS

Inicialmente, é substancial destacar que o setor de saúde brasileiro é composto por um sistema público, e por um sistema privado intitulado de saúde suplementar, onde o primeiro é financiado pelo Estado por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), e o último corresponde a um contrato de direito privado, celebrado entre as operadoras de planos de saúde e o consumidor, e também possui intervenção do Estado, tendo em vista que ele é o regulador dos mercados, por meio da ANS. (BORGES; LEÃO, 2020). Nesse sentido, observar-se-á que os dois sistemas supramencionados atuam paralelamente, objetivando uma vasta assistência no âmbito da saúde nacional, e, conseqüentemente, a melhor qualidade de vida da população.

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi a primeira a elevar os direitos sociais à condição de direitos e garantias fundamentais. O art. 6º da Magna Carta contemplou a saúde no rol de direitos sociais, garantindo, desse modo, o status de direito fundamental, bem como a sua realização concreta, por meio do Estado. Além disso, expressamente, em seu art. 196, pontua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e que precisa ser garantida por meio de políticas sociais e econômica que visem à redução do risco de doença, e agravos, tal qual o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988). Assim sendo, foi instituído o SUS, que passou a oferecer a todos os brasileiros acesso integral, universal e gratuito a serviços de saúde.

Nesse sentido, Rezende (2022) destaca que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem consentido no entendimento de que, no que tange ao direito à saúde,





os entes da federação possuem responsabilidade solidária, com base no art. 198 da atual Constituição Federal.

Outrossim, o texto constitucional, em seu art. 199 permite que as ações e serviços de assistência à saúde sejam, de modo complementar, prestados pela iniciativa privada (BRASIL, 1988). Desse modo, é necessário estabelecer a diferença entre serviços de saúde complementar e suplementar. De acordo com Nascimento et al. (2013), o sistema complementar consiste numa associação do SUS à empresa privada, objetivando suprir as necessidades do Sistema Único de Saúde. Portanto, quando se firma o contrato entre a empresa privada e o SUS, ela passa a dirigir os princípios básicos deste último. Para Alves et al (2022), a saúde suplementar representa as ações e serviços de saúde que são prestados de forma independente, sem vínculo com o SUS. Assim sendo, o paciente possuirá uma relação de empresa e consumidor, e terá acesso aos planos de saúde, conforme previsto nas Leis nº 9.961/2000 e 9.656/1998.

Explicam Cirico, Resner, Rached (2019) que o sistema de saúde suplementar se classifica em diferentes modalidades de atuação, como, por exemplo, medicinas de grupo, seguradoras especializadas em saúde, cooperativas médicas, autogestões, cooperativas odontológicas, administradoras de benefício, entre outras.

De acordo com Rezende (2022), o Estado permanece com o papel de concretizar e regular esse preceito fundamental, ainda que na esfera privada. Ao Poder Legislativo cabe a criação de leis que permitam um acesso igualitário ao SUS, bem como assegurem o equilíbrio das relações privadas entre operadoras e beneficiários de planos de saúde. Já o Poder Executivo, através da atuação de autarquias especiais, possui a incumbência de fiscalizar o setor. E, por fim, o Poder Judiciário é responsável por garantir a legalidade da atuação dos personagens envolvidos nas relações jurídicas.

Registros mostram que a partir da década de 1940 começaram a surgir planos de saúde de natureza privada no Brasil (PIETROBON; PRADO; CAETANO, 2008). Como exemplo, tem-se a caixa de assistência criada pelo Banco do Brasil, em 1944, com a finalidade de subsidiar a saúde dos seus funcionários, sendo considerado o primeiro plano de saúde privado no Brasil, simultaneamente, no mesmo período, surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões, que representavam os trabalhadores urbanos e compravam as prestações de serviços de saúde (CIRICO; RESNER; RACHED, 2019).

De acordo com Leão e Borges (2020), a Agência Nacional de Saúde (ANS) surgiu em 2000, com a Lei nº 9.961, e é considerada uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, pela qual o Estado pode fazer o acompanhamento das empresas fornecedoras de planos de saúde. Na prática, pode-se dizer que a ANS atua mais regulamentando do que regulando o setor de saúde suplementar. Ressalta-se a referida Agência possui uma divisão interna em 5 áreas, que são: Diretoria de Normas e Habilitação dos produtos (Dipro); Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (Diope); Diretoria de Gestão (Diges); Diretoria de Fiscalização; Diretoria de Desenvolvimento Setorial (Dides). Dessas 5 áreas expostas, destaca-se a Dipro, pois ela é a responsável pela revisão do Rol de Procedimentos regulamentados (MACHADO, 2022).

A Agência Nacional de Saúde, como foi supracitado, é oriunda da Lei nº 9.961, que está em vigor desde o ano 2000. Ela tem como finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, a regulação das operadoras setoriais, e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Além disso, cabe suscitar que a ANS está vinculada ao Ministério da Saúde, subordinada às diretrizes do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), desse modo, sua atuação é controlada por meio de um contrato de gestão, feito com o Ministério e autorizado pela CONSU. Por fim, é válido acrescentar que a direção desse órgão é feita por uma diretoria colegiada, formada por cinco diretores, e que a competência da ANS está contida no art. 4º da Lei nº 9.961/2000. (REGO et al, 2019).

Ademais, a referida Agência é encarregada de elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, atualizando a cada dois anos. Esse Rol, até então exemplificativo, desde o ano de 2019 – onde ocorreram divergências jurisprudenciais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – passou a ser considerado como taxativo, ocasionando muitos impactos para a sociedade e para o direito. (MACHADO, 2022).

A Diretoria Colegiada da ANS aprovou, em 24 de fevereiro de 2021, a Resolução Normativa nº 465/2021, atualizando o Rol de procedimentos e Eventos em saúde pelos dois anos seguintes. Com isso, 69 novos exames e tratamentos passaram a fazer parte da lista obrigatória dos planos de saúde, sendo 50 relativos a medicamentos e 19 referentes a procedimentos como terapias, cirurgias e exames. Contudo, essa atualização não foi satisfatória para cobrir as necessidades daqueles que usufruem dos planos de saúde, pois, de acordo com os dados fornecidos pela ANS, do mês de Janeiro até Abril de 2022 houveram um total de 71.433 reclamações,



um aumento de 44,19% em relação ao mesmo período de 2021. Desse total de reclamações, 78,57% correspondem a insatisfação com a cobertura fornecida pelos planos de saúde, possuindo total relação com os procedimentos e medicamentos previstos no rol da Agência. (ANS, 2022).

Desse modo, faz-se necessário observar as garantias expressas na Lei nº 9.656/98, para que se possa compreender se esses déficits no que tange à cobertura de procedimentos e medicamentos, por parte dos planos privados, estão em conformidade com o direito.

3. ANÁLISE SOBRE A LEI Nº 9.656/1998

Com o surgimento dos planos de saúde privados, urgiu-se a necessidade de uma legislação para regular tais convênios. Nesse contexto, em Junho de 1998 foi sancionada a Lei nº 9.656, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

É assegurado pela Lei em questão que:

Art. 1º (...)

I - a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga, integral ou parcialmente, às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor (BRASIL, 1998).

De acordo com a lei instituidora, caberá a ela promover a defesa do interesse público da assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, incluindo as suas relações com prestadores e consumidores, corroborando para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil.

Além disso, em 2001, por meio da Medida Provisória nº 2.177-44, foi incluído no art. 35-F da Lei supracitada, pontuando que a assistência a que alude o art. 1º desta Lei “compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes” (BRASIL, 1998). Desse modo, subentende-se



que as pessoas beneficiárias da saúde privada devem ser amparadas, com base no plano de saúde contratado, à todas necessidades existentes. Assim sendo, decisões que versem sobre a restrição dessas necessidades, estariam em contrário ao dispositivo legal.

Ademais, é fundamental suscitar que a Lei supratranscrita é responsável por fornecer uma melhor flexibilidade e também por trazer maiores possibilidades de escolhas e garantias para o consumidor. Outrossim, foi por meio dela que se definiu uma política de reembolso mais clara, bem como uma política de reajuste, que permite deixar o preço proporcional à faixa etária. É de relevo ensejar que, de acordo com a súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, as disposições do código consumerista aplicam-se de maneira subsidiária aos contratos entre usuários e operadoras (BRASIL, 2018).

Outrossim, os contratos dessa natureza têm a finalidade de garantir a assistência à saúde por meio de prestações continuadas de serviços ou custos assistenciais por prazo indeterminado. Ainda com base na legislação aludida, a pessoa que utiliza o plano de saúde tem obrigação de declarar antecipadamente se já tem alguma doença, seja preexistente ou congênita.

A Lei dos Planos de Saúde estabelece algumas coberturas essenciais, chamadas de rol mínimo de cobertura, ou rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS. Esse rol, supratranscrito no tópico anterior, reúne os tratamentos, consultas, exames, terapias e procedimentos que as operadoras devem, de maneira obrigatória, fornecer aos seus contratantes.

Nesse ínterim, um elevado número de demandas judiciais relacionadas ao referido rol deu maior visibilidade ao tema, pois é de grande relevância para as seguradoras, bem como para os segurados.

4. O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.889.704 - SP (2020/0207060-5) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA TAXATIVIDADE DO ROL CONSTANTE NA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 465, DE 24.02.2021

É notória a consolidação da saúde suplementar convivendo paralelamente com o SUS dentro do Brasil. Em 2004, foi publicada a Resolução Normativa (RN) nº 82 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por meio da qual, pela primeira vez desde a criação da Agência e da Lei dos Planos de Saúde, foi estabelecido o rol de



procedimentos mínimos cujo fornecimento é obrigatório pelas operadoras (BRASIL, 2004). A RN nº 82 foi revogada, estando atualmente em vigor a RN nº 465 de 2021. Nesta última resolução, em seu art. 2º, deixa claro que para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde (BRASIL, 2021).

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser taxativo, em regra, o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde (ANS), não estando as operadoras de saúde obrigadas a cobrir tratamentos não previstos na lista (BRASIL, 2022). Isso implica dizer que ao taxar o rol de procedimentos em saúde, os planos não serão obrigados a promover o pagamento ou custear o tratamento da doença que não estiver prevista nos dispositivos legais.

A Lei 9.656/98 discorre no Art. 16, VI, que nos contratos de planos de saúde é obrigatório constar com clareza os eventos cobertos e excluídos pela seguradora. Ao contrário do Estado que deve prestar assistência irrestrita para todo e qualquer procedimento, a OPS – Operadora de Planos de Saúde poderá cobrir ou excluir determinados eventos, oferecendo ao consumidor com condições previamente estabelecidas as coberturas conforme os produtos que dispõe no Mercado, cobrando a parte o que a mesma não cobrir (SOUSA, 2021).

De acordo com Quagliato (2020), o direito à vida é o primeiro elemento que é objeto de tutela com maior importância e tratado logo no caput do artigo 5º, da Constituição Federal/88 e que isso se deve ao fato de que a vida é a base estrutural de toda ordem jurídica, já que, sem ela, os direitos não podem existir e nem ser exercidos.

E, para além disso, Quagliato (2020) afirma que a prestação de serviços de assistência à saúde é oferecida, no mercado, aos consumidores, por meio de um contrato de adesão, padronizado, em que todas as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor. Existem jurisprudências dentro dos dispositivos legais do STJ que falam sobre os contratos dos planos de saúde, a súmula 608, por exemplo, diz que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades autogestão, conforme decidiu a 2ª Seção do STJ, aprovada em 11/04/2018, publicado no diário de justiça eletrônico em 17/04/2018 (BRASIL, 2018). O interessante sobre esse tipo de contrato, é que o consumidor irá pagar por um seguro que lhe trará a garantia de atendimento e

acesso a saúde de qualidade, no momento em que mais precisar. Mas como ironia, mesmo pagando, não haverá segurança de que o plano cobrirá os gastos com o infortúnio da doença.

Sobre o tema, Canotilho (1998), pontua que o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados e por isso, é prioritário, tendo em vista que o mesmo é condição essencial para que todos os outros direitos fundamentais existam. Krell (2013) afirma que a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. E, por isso, era esperado pelo Estado, que houvesse uma forma de regulamentar a atuação da iniciativa privada, através da Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada através da Lei nº 9.961 para regular o setor de saúde suplementar e evitar sobrecarregamento do SUS, já que o mesmo não comportaria o atendimento de todos os cidadãos de forma eficiente e com a qualidade desejada.

Ainda sobre o julgamento do embargo de divergência em Recurso especial nº1.889.704 - SP (2020/0207060-5) do STJ (BRASIL, 2022), nesta mesma seção, houve a definição das seguintes teses:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (I) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (II) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (III) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (IV) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS (BRASIL, 2022).

Portanto, é de extrema importância analisar as exceções ao rol taxativo da lista de procedimentos da ANS paralelamente ao controle de constitucionalidade, onde o direito à saúde e a proteção à vida é interesse supremo da Constituição Fe-



deral de 1988, após a decisão do STJ que inabilita o acesso dos consumidores dos planos de saúde a um rol mitigado, que lhes beneficia e que traz o direito de tratar sua enfermidade de acordo com a lei indo ao encontro de julgados que são a favor da taxatividade mitigada.

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O DIREITO À SAÚDE, A PROTEÇÃO À VIDA E DECISÕES QUE MUDAM O DESTINO DE UM ENFERMO

O STJ, quando proferiu a decisão sobre o rol taxativo da ANS, elencou várias exceções que foram descritas no capítulo anterior. Para este capítulo iremos analisar a exceção nº 2, em que assegura que a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol (BRASIL, 2022).

Para tanto, é importante expor a causa em que a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte (DPE/RN) foi parte autora, que conseguiu na justiça o bloqueio de recursos para custear integralmente o tratamento e procedimento médico a uma paciente atendida por plano de saúde. A empresa havia negado a liberação mesmo após a realização de outros três procedimentos cirúrgicos sem sucesso para solução do problema, que ao longo do tratamento indicou cirurgias alternativas indicadas pelo médico, tendo sido realizadas duas em 2018 e uma terceira em 2020, todas sem a colocação da prótese customizada.

Na decisão proferida, pontua:

A autora tem parecer médico com indicação para o tratamento, além disso, traz nota de que o procedimento pretendido consta no Rol da ANS, conforme se depreende da informação constante no Id 69767795 - Pág. 12, não sendo cabível a operadora determinar qual o melhor tratamento a ser implementado para a melhora no quadro de saúde da demandante (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, 2022).

Araújo (2022), discorre que o direito à saúde possui uma proteção tanto constitucional quanto convencional, devendo receber especial atenção da sociedade e do Poder Público, envolvendo o poder Legislativo, Judiciário e Executivo, visando a eficácia total dos direitos fundamentais. Sendo imprescindível que, para qualquer decisão acerca desse tema, inclusive na instância dos Tribunais Superiores, se faça um duplo controle dos atos normativos, para que se adequem tanto às determinações da Constituição Federal quanto dos Tratados Internacionais. Por isso,

é de extrema importância discorrer sobre como a decisão do STJ irá beneficiar as empresas que fornecem os planos de saúde, que preferem recorrer das decisões desfavoráveis, dificultando o acesso do paciente ao tratamento adequado.

Observa-se, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em especial no art. 51, inc. IV e § 1º desse mesmo artigo, que qualquer restrição imposta num contrato deve ser anulada se estabelecer obrigações abusivas, colocando o consumidor em excessiva desvantagem, sendo incompatível com a boa-fé, ofendendo os princípios fundamentais do sistema jurídico, restringindo direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, uma vez que deve-se preservar o direito à saúde, que é o mais necessário de todos.

Reis (1997), admite que a relação que se forma entre o fornecedor e o consumidor não serve somente às vantagens de quem está oferecendo os serviços, mas também às doenças elencadas no contrato que resultou de um prévio encontro entre os dois. A existência da enfermidade é o pilar para a criação do contrato, cuja troca de valores está relacionada à cobertura do tratamento de eventual perturbação à saúde. As operadoras desse ramo, são pessoas de direito privado, que empreendem no ramo suplementar do acesso à saúde, e o lucro, sem dúvida alguma, será uma consequência assegurada pelo sistema econômico, no entanto, as expectativas do consumidor precisam ser respeitadas e levadas em consideração.

Nos contratos ofertados pelos planos de saúde após a decisão do STJ em 2022, pelo rol taxativo da ANS, fica evidente a necessidade de anulação da decisão, uma vez que qualquer condição restritiva implicaria em se suprimir procedimentos que podem ser os mais adequados ao controle da enfermidade e até para salvar uma vida, desvirtuando-se o próprio objetivo do contrato de prestação de serviço de saúde.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (BRASIL, 1990).



Ademais, vale destacar a decisão que obrigou a operadora Unimed a fornecer tratamento para uma criança diagnosticada com transtorno do espectro autista na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Sergipe. Na decisão, destaca-se que os serviços prestados dizem respeito à saúde e à vida, bens superiores que devem ser resguardados e o documento elaborado pela ANS é norma de proteção ao consumidor com a qual se pretende resguardar o mínimo de cobertura aos usuários dos planos privados de assistência à saúde. Não se trata, portanto, de rol taxativo. (TJ-SE, 2022).

Araújo (2022) sinala que, devido à dimensão objetiva e à eficácia diagonal dos direitos fundamentais, esses direitos devem ser respeitados também nas relações entre particulares, onde sempre haverá uma parte mais vulnerável que a outra. Devendo o direito à saúde ser protegido e observado também nas relações consumeristas. É interessante mencionar que esse entendimento é exarado na súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. Sobre o assunto, Neto (2022) discorre que a decisão do STJ serve apenas para proteger econômica e financeiramente as empresas de planos de saúde.

Foi sancionada a Lei 14.454/2022 que derruba o chamado "rol taxativo" para a cobertura dos planos de saúde e diante desta novidade legislativa, as operadoras de assistência à saúde poderão ser obrigadas a oferecer cobertura de exames ou tratamentos que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, desde que para o tratamento do usuário exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (BRASIL, 2022).

Por conseguinte, já que os contratos estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se, dentre outras, a regra prevista no art. 47, discorrendo que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (BRASIL, 1990). E com a novidade trazida com a Lei 14.454/22, o paciente não precisa enquadrar-se em todas as hipóteses elencadas na referida lei, basta encaixar-se em uma das condicionantes, já pontuadas no parágrafo anterior.

Destarte, por haver uma complexa e múltipla causalidade de circunstâncias que envolvem o âmbito da saúde no ser humano, é impossível haver uma previsão para todas as doenças e seus tratamentos, procedimentos, exames, medicamen-

tos e cirurgias que são imprescindíveis para a cura ou melhora da qualidade de vida de alguém.

Desse modo, conclui-se que o rol taxativo é um desrespeito aos princípios da segurança jurídica, com relação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, no qual prevê que os avanços já conquistados na melhoria da situação de vulneráveis, adquiridas ao longo dos anos, não podem retroagir a fim de derrogar a proteção antes adquirida, para no caso em questão, aos consumidores dos planos de saúde. E, também, desrespeito à dignidade da pessoa humana e da própria função social que deve orientar as relações contratuais. Percebe-se um retrocesso social diante da decisão do STJ quando se compara com normas constitucionais relacionadas ao direito à saúde.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, esse estudo teve como objetivo analisar as possíveis consequências do rol taxativo da Agência Nacional de Saúde relacionado aos procedimentos necessários para o tratamento de enfermos, estabelecendo diferenças entre o serviço de saúde complementar e suplementar, destacando que a ANS é encarregada de elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que possuía até meados de 2021, um rol com taxatividade mitigada, e em 2022, passou a ser somente taxativo, de acordo com a decisão do STJ.

A possibilidade de haver uma inconstitucionalidade advinda desta decisão, trouxe indagações e questionamentos que precisavam ser expostos. Como o desrespeito aos princípios da segurança jurídica, indo ao encontro do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, a dignidade humana e o direito à saúde, como normas supremas da Constituição Federal de 1988.

Diante do que foi exposto, nota-se que, conseqüentemente, além de pagar a mensalidade, o indivíduo também irá efetuar o pagamento das despesas com o custeio de procedimentos que não estiverem contemplados neste rol. O consumidor pagará por anos para ter um seguro de saúde e, caso venha adoecer e a doença não tiver no rol da ANS, ele terá três alternativas: entrar judicialmente para provar que sua doença se encaixa nas opções de exceção ao rol taxativo, o paciente falecer esperando uma resposta judicial para conseguir o tratamento através do plano, ou na pior das hipóteses, falecer na fila de espera do sus.

O reconhecimento da problemática, no caso do rol taxativo da ANS, permite



entender como as empresas seguradoras dos planos de saúde saem ganhando com a decisão. Recorrendo às ações impetradas por pacientes debilitados, visando o lucro até quando o paciente tem o direito de receber o tratamento que está previsto em lei.

Além disso, a perpetuação de divergências nas decisões das turmas colegiadas contribui para a insegurança jurídica, o que ocasiona sérias consequências econômicas. Desse modo, urge-se a uniformização de tais decisões.

Por fim, uma possibilidade que traria maior segurança para consumidor e às operadoras de planos de saúde, no que se refere a segurança financeira, seria haver a possibilidade de o cliente poder decidir entre dois contratos. Um que teria o rol taxativo, e conseqüentemente limitaria o acesso a certos procedimentos e que teria um custo menor, e outro contrato que demandaria um custo maior para o consumidor, mas que lhe traria um rol maior e mais flexível quanto aos procedimentos. Outra possibilidade que está sendo discutida no STJ, e que protege os beneficiários dos planos de saúde privados contra aumentos excessivos é a de um rol taxativo mitigado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sandra Mara Campos et al. Saúde como direito e o subsistema de saúde suplementar. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 11, n. 1, p. 08-09, 2022. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/908>. Acesso em: 18 jul. 2022

ARAÚJO, Amábile da Costa . Um ensaio sobre o direito à saúde e a taxatividade do rol da ANS para planos de saúde. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6928, 20 jun. 2022 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98681>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BORGES, Sabrina; LEÃO, Simone. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR ATRAVÉS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, v. 6, n. 1, p. 122-142, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/6572/pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. *Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução normativa – RN Nº 82 DE 29 DE SETEMBRO DE 2004*. Estabelece o Rol de Procedimentos que constitui a referência básica para cobertura assistencial nos planos privados de assistência a saúde, contratados a partir de 01 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/55689-estabelece-o-rol-de-procedimentos-que-constitui-a-referencia-busca-para-cobertura-assistencial-nos-planos-privados-de-assistencia-a-saude-contratados-a-partir-de-01-de-janeiro-de-1999.html>. Acesso em: 10 de JUL DE 2022.

BRASIL. *Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução normativa – RN Nº 465 DE 24 DE FEVEREIRO DE 2021.* Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa – RN n.º 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa – RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa – RN n.º 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDAzMw==>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. *Embargo de Divergência em Resp Nº 1.889.704 - SP (2020/0207060-5).* STJ. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160387383®istro_numero=202002070605&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasil, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *LEI Nº 14.454, DE 21 DE SETEMBRO DE 2022.* Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasil, 2022. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.454-de-21-de-setembro-de-2022-431275000>. Acesso em: 6 out. 2022.

BRASIL. *Rol da ANS é taxativo, com possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos na lista.* 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08062022-Rol-da-ANS-e-taxativo-com-possibilidades-de-cobertura-de-procedimentos-nao-previstos-na-lista.aspx#:~:text=Em%20julgamento%20finalizado%20nesta%20quarta-feira%20%288%29%2C%20a%20Segunda,obrigadas%20a%20cobrirem%20tratamentos%20n%C3%A3o%20previstos%20na%20lista>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. *SÚMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.* 2018. Disponível em: <https://modeloinicial.com.br/lei/129814/sumula-608-stj/num-608#:~:text=S%C3%BAmula%20608%20do%20STJ%20Aplica-se%20o%20C%C3%B3digo%20de,os%20administrados%20por%20entidades%20de%20autogest%C3%A3o.%20S%C3%BAmula%20608>. Acesso em: 10 jul. 2022.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *El derecho constitucional como un compromiso permanentemente renovado*. Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, n. 10, 7-61, 1998.

CIRICO, Priscila Freitas; RESNER, Andrea Aparecida Ribeiro; RACHED, Chennyfer Dobbins Abi. Os impactos da judicialização na saúde suplementar. *Revista Gestão em Foco, Amparo*, v. 11, n. 5, p. 56-71, 2019.

Dados consolidados da Saúde Suplementar. *Agência Nacional de Saúde*, 2022. Disponível em: http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados_Consolidados_da_Sa%C3%bade_Suplementar/. Acesso em: 18 jul. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Após três cirurgias sem resultado, plano de saúde é obrigado a custear tratamento ortognático de paciente. *Revista Defensoria Pública do RN*, 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/noticia/apos-tres-cirurgias-sem-resultado-plano-de-saude-e-obrigado-custear-tratamento-ortognatico>. Acesso em: 13 jul. 2022.

KRELL, Olga Jubert Gouveia; BARBOSA, Ana Gabriela Soares: CASADO FILHO, Petrucio Lopes (Org.). *Sociologia do Direito: Pluralismo Jurídico, Direito Alternativo e Administração da Justiça: das bases teóricas aos problemas práticos*. Maceió. Verbo Jurídico, 2013.

MACHADO, Ana Luisa Araujo. Os impactos da declaração de taxatividade do rol da ans pelo STJ no ecossistema da saúde suplementar. *Caderno Virtual*, v. 1, n. 53, 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/6386/2612>. Acesso em: 10 Jul. 2022.

NASCIMENTO, Rafaela Pereira et al. SISTEMA DE SAÚDE COMPLEMENTAR. *ANAIS DO FÓRUM DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DO UNIFUNEC*, v. 4, n. 4, 2013.

PIETROBON, Louise; PRADO, Martha Lenise do; CAETANO, João Carlos. Saúde suplementar no Brasil: o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 18, p. 767-783, 2008.

QUAGLIATO, Pedro Barasnevicus. Judicialização da saúde suplementar no Brasil: a intervenção e a regulamentação do Estado e do Poder Judiciário no funcionamento dos planos de saúde. *Revista Jus Navigandi*, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79232/judicializacao-da-saude-suplementar-no-brasil/3>. Acesso em: 12 jul. 2022.

REGO, Monique Marinho et al. *A importância da Agência Nacional de Saúde (ANS), no âmbito da regulação da saúde suplementar*. *Pesquisa & educação a distância*, América do Norte, 0. 2019. Disponível em: <http://www.revista.universo.edu.br/index>.

REIS, Nelson Santiago. *O consumidor e os seguros ou planos de saúde.: Anotações acerca dos contratos; cláusulas e práticas abusivas*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2, n. 22, 28 dez. 1997. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/698>. Acesso em: 6 out. 2022.



REZENDE, Francisco Matheus Cavalcante. *Procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS): rol taxativo ou exemplificativo?*. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/49064>. Acesso em: 8 Set. 2022.

SOUSA, Thiago Santos Alves. A judicialização na saúde suplementar e a teoria do ressarcimento oposto. *Revista Jus Navigandi*, 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91817/a-judicializacao-na-saude-suplementar-e-a-teoria-do-ressarcimento-oposto>. Acesso em: 10 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. DECISÃO OU DESPACHO N° 202200720203. Órgão Julgador: 1ª C MARA CÍVEL. Procedência: 2ª Vara Cível de Estância. Distribuído Em: 28/06/2022. *Revista Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tj.pdf>. Data de acesso: 18 jul. 2022.



LEI DE DROGAS: CRÍTICA À CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PRÓPRIO A PARTIR DE UMA DOGMÁTICA CRIMINOLOGICAMENTE ORIENTADA

DRUGS LAW: CRITICISM OF NARCOTICS SELF-USE CRIMINALISATION FROM A CRIMINOLOGICALLY ORIENTED DOGMATIC

Thales Gonçalves de Assis*
Pedro Vitor da Silva Oliveira**

Resumo: O presente trabalho denunciará elementos constantes no art. 28, da Lei 11.343/06, que o tornam incompatível com um Estado Democrático de Direito, cujo princípio norteador é a dignidade da pessoa humana. Para além disso, esclareceremos de que forma essa incoerência, ao fim e ao cabo, se coaduna com o caráter seletivo da atual política criminal de guerra às drogas. Em um primeiro momento, a análise incidirá sobre a questão do bem jurídico pressuposto do dispositivo, para, então, finalizarmos a exposição debruçando-nos sobre os critérios legislativos de diferenciação entre portes para consumo e para venda de drogas. O método empregado será o dogmático, auxiliado pelo referencial teórico da criminologia crítica. As técnicas utilizadas em prol do objetivo delimitado pelo trabalho consistem em estudo bibliográfico e análise de julgados e de dados empíricos. Conclui-se, por fim, pela mais que necessária revogação do art. 28, caput, da Lei 11.343, e, em segunda instância, pela supressão de alguns elementos presentes em seu §2º, bem como, por outro lado, pela conservação de outros, sob pena de se incorrer em uma piora exponencial da atual situação já problemática.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Porte para consumo. Criminologia. Direito Penal.

*Graduando da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4035796567207566>. E-mail: thalesgd.a@yahoo.com.

**Graduando da 6ª fase do curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2972337964538426>. E-mail: pedrovitor309@gmail.com.

Abstract: This paper will denounce elements contained in Art. 28 of Law 11.343/06, which make it incompatible with a Democratic State of Law, whose guiding principle is the dignity of the human person. Furthermore, we will clarify how this incoherence, in the end, is consistent with the selective nature of the current criminal policy of the war on drugs. At first, the analysis will focus on the issue of the juridical good assumption of the device, so that we can finalize the exhibition by focusing on the legislative criteria of differentiation between carrying drugs for consumption or selling. The method employed will be dogmatic, aided by the theoretical framework of critical criminology. The techniques used for the objective delimited by the work consist of bibliographic study and analysis of judgments and empirical data. Finally, it is concluded by the more than necessary repeal of Art. 28, caput, of Law 11,343, and, second instance, by the suppression of some elements present in its §2, as well as, on the other hand, by the conservation of others, otherwise it will incur an exponential worsening of the current already problematic situation.

Keywords: Drugs law. Carrying for self-use. Criminology. Penal Law.

1. INTRODUÇÃO

A política de guerra às drogas moldou a forma com a qual a sociedade brasileira se manifesta. Conseguiu, de forma muito bem sucedida, criar a figura de um inimigo interno que comove massas em seu prejuízo. A seletividade desempenhada pela criminalização secundária das agências penais, conforme se desvelará no presente trabalho, estigmatiza como narcotraficante o homem não branco e destituído de poder. A conjugação de elementos de classe e de raça são fundamentais para a incidência seletiva do Sistema Penal. Para o criminólogo brasileiro Augusto Thompson, isso se dá em razão de 4 elementos:

A visibilidade da infração; a adequação do autor ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia prevalente; a incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; e a vulnerabilidade à violência (THOMPSON, 1998, p. 60 apud D'ELIA FILHO, 2011, p. 18).

Além disso, a semântica de guerra às drogas obteve sucesso em seu objetivo de “satanizar” as substâncias entorpecentes (BATISTA, 1990, p. 62), conceito esse que, muito em virtude dos traços religiosos e morais que permeiam nosso corpo social, enraizou-se com certa profundidade e facilidade. Como demonstração de que a expressão “Guerra” não é uma simples metáfora, intensificou-se o processo de militarização dos setores de Segurança Pública, direcionando-os, inclusive



em sua forma operacional, ao combate belicoso do inimigo criado, computando o número de baixas como índice de eficácia do trabalho policial¹.

Consequentemente, projetou-se uma ruptura dentro das camadas que formam a base da estratificação social. Ocorre que a figura do traficante (delinquente), do policial e da vítima são oriundas das mesmas comunidades, originariamente com o mesmo poder econômico e político (ZAFFARONI, 2021, p.91). Por constituírem fileiras diametralmente opostas nessa guerra, há um impedimento à coalizão que torna difícil, senão impossível, a compreensão do “Estado de coisas inconstitucionais” sob o qual o aparato governamental opera em combate a esse narcotráfico (KARAM, 1996, p. 84). A violência institucional se legitima a partir do sentimento de aversão provocado dentro da própria comunidade alvo de violências promovidas por agências governamentais.

É dentro desse contexto caótico, persistente em nosso país há décadas, que se faz necessária a discussão de temas atinentes à legislação que sustenta esse Estado de exceção, seletivamente vigente nas comunidades mais pobres, como será feito no presente trabalho. Pretendemos explorar, ainda que não exaustivamente, as incongruências presentes na criminalização do porte para consumo de drogas, sem deixar de lado, é claro, a abordagem dos critérios que delimitam a responsabilidade do usuário e do “traficante”. É fundamental tratar de ambas as questões em uníssono, tendo em vista que a simples revogação do art. 28, *caput*, da Lei 11.343 não seria suficiente para impedir a manutenção do status quo, o qual se configura por uma seletividade estigmatizante do homem negro, pobre e favelado como traficante de tóxicos, fazendo-se necessária, portanto, a análise das ferramentas legislativas que condicionam as decisões seletivas de autoridades judiciais.

Nesse sentido, nosso trabalho consistirá em desconstruir as principais contradições constantes no art. 28, da Lei 11.343/06, que o tornam incompatível com o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, dividir-se-á em duas partes: a primeira, na qual iremos abordar a questão do bem jurídico, dissecaremos o tema sob um viés estritamente dogmático para, em um segundo plano, a partir da utilização teórica da criminologia crítica, orientarmos nossa análise sobre os critérios legais de diferenciação entre porte para consumo e para o tráfico.

¹ No último ano, a sociedade carioca testemunhou a operação policial mais letal da história da cidade do Rio de Janeiro, realizada no Jacarezinho, na qual, pelo menos, 29 pessoas foram mortas. Esse modus operandi bélico aparentemente está em vias de se intensificar, como é de se atestar pelas últimas operações policiais do Rio e quem, por óbvio, perde, é a própria população (HAIDAR; GIMENEZ; FERNANDES; PEIXOTO; COELHO, 2021).

A metodologia empregada será a dogmática, influenciada pelo repertório teórico da criminologia crítica e auxiliada pelas técnicas de estudo bibliográfico e análise de julgados e de dados empíricos. Ao final da produção, concluímos pela revogação do art. 28, *caput*, em virtude da ausência de lesividade da conduta e, principalmente, em concordância com o princípio da alteridade; bem como pela modificação estrutural dos critérios legislativos constantes do art. 28, §2º, em prol da maior segurança jurídica no momento da criminalização secundária.

2. A INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL

O primeiro apontamento a ser realizado é acerca do bem jurídico tutelado pelo art. 28 da referida lei, deste modo, é necessário efetuarmos uma análise sobre o conceito de bem jurídico. Entende-se por bem jurídico os interesses humanos que carecem de proteção do direito, sobretudo, do direito penal. Desta maneira, Winfried Hassemer (2011, p. 20) assegura que os bens jurídicos devem ser solidamente descritos, ou seja, não podendo se utilizar de expressões vagas que não determinam de forma concreta o que será objeto de proteção do direito penal. Com isso, compreende-se que a proteção à coletividade ou instituições, só devem ir até o momento que essa proteção tenha como objeto o ser humano. Nesse sentido, o autor fundamenta o conceito da teoria pessoal do bem jurídico, a qual o direito penal só deve tutelar lesões a direitos de outrem, ou seja, só deve haver punição quando ocorrer lesões a terceiros. Ainda sobre os bens jurídicos, o autor Luigi Ferrajoli, em *Direito e Razão*, apresenta critérios para legitimar proibições que tenham como objetivo tutelar bens jurídicos, assim, alude o autor:

O primeiro e mais elementar critério é o de justificar as proibições somente quando se dirigem a impedir ataques concretos a bens fundamentais de tipo individual ou social e, em todo caso, externos ao mesmo direito, entendendo por ataque não somente a dano causado, senão, também - por ser inerente à finalidade preventiva do direito penal -, o perigo causado (FERRAJOLI, 2002, p. 378).

Podemos concluir que, para que determinada conduta seja criminalizada ou objeto de proibição da norma penal, ainda que esta seja desmoralizante, e imoral, é necessário que gere um dano concreto e efetivo.

Ainda neste sentido, o Roxin entende por bem jurídico “Os dados e as finalidades necessárias para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização dos seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal base-



ado nessas finalidades” (2011, p. 186). O autor retoma o conceito de Hassemer, uma vez que entende que os bens jurídicos universais só devem ter relevância penal se eles servirem aos interesses dos seres humanos, deste modo, conclui-se que se tratando de interesse coletivo, é necessário se averiguar um grau de lesividade individual (2011). Não deve ser admitido que o responsável pelo processo de criminalização primária se utilize da abrangência dos bens jurídicos coletivos para incriminar determinadas condutas, não podendo o bem jurídico ser genérico e abstrato.

No mesmo diapasão, observando o conhecimento produzido pela doutrina brasileira, Cezar Roberto Bitencourt, renomado doutrinador brasileiro entende como bem jurídico:

Um interesse humano concreto, necessitado de proteção pelo Direito Penal. Isto é, como bens do homem, imprescindíveis para sua sobrevivência em sociedade, como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade. Sob essa perspectiva, os bens jurídicos coletivos (por exemplo, a paz pública ou a saúde pública) somente serão admitidos como objeto de proteção pelo Direito penal, na medida em que possam ser funcionais ao indivíduo (BITTENCOURT, 2022, p.52).

A partir dos argumentos apresentados, podemos concluir e entender bem jurídico penal como bens que dizem respeito à existência dos indivíduos que são considerados de extrema relevância para vida livre e pacífica em sociedade e, por isso, recebem a proteção do direito penal. Acerca do objeto de análise deste trabalho, de acordo com a imensa maioria dos juristas brasileiros e tribunais, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343 é a saúde pública, que no âmbito penal deve ser compreendida como a soma das saúdes pessoais de cada indivíduo. Neste sentido, leciona Luís Greco (2004) “a soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pelo elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível”. Com isso, podemos concluir que a suposta lesão à saúde de diversos indivíduos não constitui por si uma lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 28 da referida lei. Além disso, é importante tomarmos como parâmetro, que, para que determinada conduta seja tomada como lesiva, a mesma deve gerar mudanças na realidade, o que não ocorre na criminalização da conduta descrita no artigo em questão, uma vez que, ao consumir a substância proibida, o indivíduo não modifica a realidade de um terceiro, ou seja, não lhe causa um dano direito.

Diante do exposto, faz-se necessário, para criminalizar determinada conduta, a caracterização de uma lesão a um bem jurídico solidamente descrito e concreto, tampouco devem ser considerados bens jurídicos, os objetos que apresentam conceitos gerais e abertos, por essa razão, que há tanta discordância a respeito

dos bens jurídicos saúde pública e paz pública, pois são vagos e até metafísicos. Ainda, há que se levar em consideração que, questões morais não devem ser objeto de norma penal, ainda que tais práticas possam ser consideradas imorais, não há justificativa para que as tornem uma conduta criminalizada. Por exemplo, mesmo que parcela da sociedade considere imoral a prática de incesto, não se pode criminalizar tal conduta, uma vez que não existe lesão a um bem jurídico concreto, portanto, havendo mútuo consentimento das partes, não se pode falar em lesão a terceiros. Ainda, segundo Roxin (2018, p.21) “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal”, desde que não violem liberdades, direitos e segurança de outrem, ou seja, não lesam um bem jurídico.

Apresentado um viés crítico acerca da ideia formal da teoria do bem jurídico, faz-se necessário um olhar sobre o aspecto material da teoria do bem jurídico. Apesar da análise crítica adotada pelos autores referenciados, ainda assim o bem jurídico é utilizado de modo a conferir legitimidade para o poder estatal. Segundo Baratta,

“Define-se o direito penal como sendo um instrumento que tutela interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal” (BARATTA, 199, p 10).

Assim, constata-se que o direito penal continua reproduzindo e colocando em ação o discurso relegitimador do sistema penal.

Neste sentido, vale retrocedermos a criminalização primária pois é nesse momento que ocorre o ato de seleção do bem jurídico que será objeto de “tutela” do Direito penal e, esse processo tem ocorrido para favorecer interesses do status quo que invariavelmente é seletivo, ou seja, nem sempre irá manifestar os interesses que sejam direcionados a satisfação de direitos da sociedade; ainda que o processo de escolha do bem jurídico verifique todos os critérios supracitados, ainda assim, podem estar a serviço dos interesses de uma sociedade neoliberal que se curva aos desejos do capital. Assim, a seletividade penal presente no nosso sistema justiça, não permite que essa proteção de bem jurídicos ocorra de forma idônea e isonômica, uma vez que a sociedade tem suas especificidades, que vai de identidade gênero, raça, classe social a idade, o que se apresenta desta forma é um sistema que tutela apenas alguns setores da sociedade.

Deste modo, podemos dizer que a teoria do bem jurídico ainda que tenha como função a limitação do *lus puniendi* estado, acaba funcionando como legitimadora da punição estatal, deixando perceptível a incapacidade estrutural do sistema penal de



cumprir uma das suas funções declaradas. Desta forma, é imprescindível uma teoria materialista para que se possa observar a incidência concreta das funções do bem jurídico-penal na sociedade. Nesta linha, versa Raúl Zaffaroni (2009, p.108) “ um derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales.” Portanto, é necessário que a teoria do bem jurídico se revista do realismo marginal para que possa de forma concreta e isonômica uma sociedade estratificada realizar sua dita função delimitadora do frear o devaneio punitivista do Estado. Assim, para que haja lesão ao bem jurídico, é necessário que ocorra uma sensível alteração da realidade de modo a gerar um perigo concreto de lesão ou uma lesão ao bem protegido, ou seja, uma conduta que atende ao postulado do princípio da lesividade (TAVARES, 2020).

Utilizando-se do direito comparado, é importante retomar um conceito desenvolvido pelo filósofo e economista britânico, John Stuart Mill, qual seja: *Harm principle*. Para este, o Estado só possui legitimidade para interferir aplicando punições em ações humanas, apenas em situações que essas condutas causem danos a outros, assim, ações que gerem prejuízos a si próprio, não deve ser objeto de proibição estatal (SIMESTER, A P; HIRSCH, 2011, p.35). Apesar de desenvolvido por Stuart Mill, o responsável pela sistematização do *Harm principle* foi Joel Feinberg, que entende que o referido princípio legitima duas interferências do estado nas condutas do cidadão, quando busca prevenir ofensa (*Offense principle*) e danos (*harm to others principle*) a outros. Este princípio possui duas finalidades básicas, de limitador e delimitador dos ius puniendi estatal, visto que, *Offense principle* e *harm to others principle* (FEINBERG, 1984, p. 245) representam base fundamental para que tal conduta seja criminalizada, gerando desta maneira uma proteção às liberdades individuais e às manifestações de autonomia dos indivíduos, e servindo como ferramenta política-criminal, uma vez que, ao delimitar os danos e ofensas, possibilita ao legislador, observando os princípios constitucionais, atuar na criação de normas que respeite o respectivo princípio.

Ademais, na conjuntura do *Harm principle* entende-se que quando o ofendido ou lesado consente com o dano, há uma exclusão da tipicidade. Deste modo, se o titular do bem jurídico for capaz de reconhecer os danos ao bem jurídico e os aceitar, não há motivos para aplicação de uma sanção penal, desta maneira, ainda que se faça um esforço grandioso para enxergar um bem jurídico concreto no art. 28, caput, da Lei 11.343 estar-se-ia diante de necessária exclusão da tipicidade, uma vez que ao consumir drogas, logicamente, o agente consente com tal prática.

Além disso, cabe uma breve análise do princípio da secularização do direito. Com advento do iluminismo e das descobertas científicas, junto ao desenvolvimento do empirismo, neste momento o ser humano passa a ser o centro do mundo, com isso, ocorre uma cisão entre os dogmas da religião (igreja) e a moral, e, nesse sentido, o conhecimento científico (empírico) ganha espaço. Dessa forma, Luigi Ferrajoli, entende que o princípio da secularização, apresenta uma clara separação entre moral e direito, desta forma, depreende-se que inexiste uma conexão entre direito e moral, ou seja, caminham diametralmente em lados opostos, versa o autor:

O direito, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico-divino, natural ou racional -, ainda de valores éticos-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. (FERRAJOLI, 2002, p.175).

Portanto, constata-se que não é função do direito, sobretudo do direito penal, reproduzir elementos da moral, ou seja, um discurso ético moralizante, deve se ater tão somente à proteção de bens jurídicos.

Neste sentido, o princípio da secularização representa o rompimento entre a moral representada pela igreja e a forma de produção científica. Deste modo, para Salo de Carvalho, o Estado, "não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros" (2001, p. 1-9). Entende-se, desta maneira, que o Estado não deve interferir na livre manifestação de vontade dos jurisdicionados, com isso, não há que se punir e julgar a esfera do pensamento. Nesta Linha, Luigi Ferrajoli (2002) entende que a moral não tem lugar no direito, porém, apenas no que concerne aos atos de consciência pessoal. Logo, não pode o direito penal punir condutas consideradas imorais, pelo fato que nem todo ato imoral é um ilícito, da mesma forma que o simples fato de uma conduta ser moral, não assegura que é lícita. Ainda que tal conduta do agente seja considerada imoral, pecaminosa, escandalosa ou deplorável, não incidindo na vida de terceiros, ou seja, sendo esta conduta, uma conduta interna, que diz respeito apenas à vida privada do agente, o direito penal não deve intervir.

Ainda nesta perspectiva acerca dos problemas dogmáticos do artigo em questão, é importante nos atermos a um princípio de extrema relevância para o Estado democrático brasileiro, e, principalmente, para o direito penal: o princípio da lesividade, segundo o qual para que se tipifique um crime, em sentido material, é necessário que haja, no mínimo, um perigo concreto, efetivo e real de ofensa ou



lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Ainda nessa linha, observando este princípio, o judiciário não pode culminar e aplicar penas em condutas que geram lesões irrelevantes aos bens jurídicos. Este princípio tem como objetivo, limitar a atuação do legislador no processo de criminalização primária, e a do poder judiciário na criminalização secundária, com isso, a finalidade é limitar que direitos constitucionalmente garantidos, sejam tolhidos a fim de gerar uma maior criminalização. Desta forma, Cezar Roberto Bitencourt, destaca que “a intervenção estatal, em termos de repressão penal, só se justifica se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2015, p. 71).

O artigo objeto desta análise, é entendido pela corrente majoritária do direito penal brasileiro, como crime de perigo abstrato, ou seja, crime que não exige a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste, em iminente perigo. Neste sentido, o autor já citado, entende por inconstitucional os crimes de perigo abstrato, pois para este, só há infração penal quando há efetivo e concreto perigo a um bem jurídico (BITENCOURT, 2022, p.71). É importante salientar que, tal princípio possui dupla função no direito penal brasileiro, uma é a já explicitada, que é a função de limitador do direito penal, ou seja, destinado ao intérprete da norma penal, a outra, é a limitadora do *ius puniendi* estatal, que nas palavras de Luiz Flávio Gomes: “É a função que pretende ter natureza material e significa constatar *ex post factum* a concreta lesão ou de um perigo concreto de lesão a um bem jurídico” (GOMES, 2002, p. 99). Desta maneira, a norma penal emana um limite entre o lícito e o ilícito, como isso o legislador só deve criminalizar conduta que se enquadre no ilícito, é essa só terá relevância ilícita quando gerar, segundo Juarez Tavares (2020, p. 114) ao menos uma modificação no bem jurídico, gerando com isso uma lesão efetiva ou sua colocação em perigo.

2.1 A INCIDÊNCIA DO ART. 28 NA VIDA PRIVADA DO INDIVÍDUO

Ademais, em análise ao sistema jurídico penal brasileiro, verifica-se que não há punição à autolesão, existe, sim, punição para quem incentiva e instiga a autolesão, vide o artigo 122, do código penal: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”. Percebe-se que a punição não é para quem pratica a automutilação, mas sim para quem a incita. Nesse sentido, a proteção de bens jurídicos tem por objetivo a proteção de direitos de outros cidadãos, e não de si próprio. Desta maneira, se existe a ideia de que algumas substâncias consideradas ilícitas causam lesão ao indivíduo, e

por isso sua criminalização, estar-se-ia diante do paternalismo estatal, ou seja, o Estado pai que intervém nas livres escolhas do cidadão, de modo a tutelar seus próprios interesses. Em decisão de extrema importância sobre o tema, a 5ª Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, decidiu:

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSENCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UN NIME)

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho.

PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE. (POR MAIORIA)

- O porte ilegal de arma de fogo é crime formal e de perigo coletivo. A lei do porte de arma criminalizou dezessete condutas, inclusive a de fabricar arma, não deixando a mesma de ser crime por estar desmuniada (voto vencedor).

- Trata-se de delito de perigo abstrato, onde o bem jurídico tutelado não é nitidamente definido (fatores que geram arbitrariedades e estigmatizações antidemocráticas). O potencial ofensivo da arma é elemento basilar do tipo, daí parte a obrigatoriedade da realização de perícia.

- Revólver desmuniado tem o potencial de lesividade equiparado a qualquer outro objeto que se carregue consigo (voto vencido). (TJRS, 5ª Câmara Criminal, ApCr 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003). (Grifamos).

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, assegura 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”, de forma bem explícita, garante o direito à vida privada ao cidadão brasileiro. O princípio da autonomia, resguarda ao indivíduo o direito à autodeterminação, ou seja, que este tome decisões acerca da sua própria vida, seja relacionado às relações sociais, a saúde etc, desta forma, o cidadão tem direito a livres



escolhas, desde que estas não afetem terceiros. De acordo com filósofo americano, Michael Sandel, para Immanuel Kant, (1785, apud SANDEL, 2020, p. 141) para agir livremente o indivíduo deve agir com autonomia, ou seja, agir de acordo com a lei que impõe a si próprio, e não de acordo com convenções sociais. Com isso, podemos concluir que, ao decidir portar determinada droga para consumo, o indivíduo age livremente, de modo que, para respeitar o previsto no artº 5, inciso X, o Estado não deveria intervir no seu exercício de autonomia enquanto cidadão. Ainda, corroborando com tais afirmações, e retornando a ideia de autolesão, cabe mencionar brevemente, o princípio da alteridade, segundo o qual o direito só deve impor sanções em condutas que firam direitos de terceiros. Neste sentido, de acordo com Salo de Carvalho:

O espaço de liberdade individual faculta preservar e desenvolver formas de realização em todas as esferas do íntimo (planos sexual, familiar, intelectual entre outras). Neste sentido, a criminalização de opções pessoais revela tendência marcadamente moralizadora no direito penal, cujos fundamentos não guardam harmonia com os preceitos constitucionais, sendo amplamente desqualificados pela cadeia principiológica que sustenta os direitos e as garantias individuais (CARVALHO, 2016. 8ª ed. p. 402 e 403).

O já mencionado filósofo, John Stuart Mill no que diz respeito à liberdade, entende que o indivíduo deve ser livre para ter as condutas que lhe seja pertinente, desde que não interfira ou cause danos a outrem. Para o autor, a independência do cidadão “é por direito, absoluta. No que diz respeito a si mesmo, ao próprio corpo e à própria mente, o indivíduo é soberano” (MILL, 1859, p. 26). Com isso, deve-se entender que o Estado não deve interferir na vida privada, ou seja, na liberdade individual do cidadão. Desta maneira, quando o jurisdicionado opta por consumir determinada droga, não gerando danos a terceiros, não deve o Estado intervir.

Diante do exposto até aqui, há um entendimento no sentido de que não existe fundamentação jurídica que sustente a criminalização e penalização do porte de drogas para consumo pessoal, mas ainda que persista essa inconstitucionalidade, deve o legislador e o judiciário brasileiro rememorar um princípio basilar do direito penal, conhecido como princípio da intervenção mínima, o qual limita o poder incriminador do Estado, pois entende que, para a criminalização de uma conduta, esta deve ser um meio necessário para a proteção de bens jurídicos, e para que ocorra essa criminalização, deve observar se outras áreas do direito não são capazes de efetivar a proteção a determinado bem jurídico. Assim, segundo Cezar Roberto Bitencourt “se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não



recomendável” (BITENCOURT, 2015 p. 62). Deste modo, se o direito administrativo, civil ou qualquer ramo do direito for capaz de restabelecer a ordem jurídica, devem ser estas as áreas aplicadas em *prima ratio*. Sabe-se que o direito penal é norteado, também, pelo princípio da *ultima ratio*, ou seja, só deve ser aplicado quando comprovada sua necessidade, desta forma, preconizava Maurach “na seleção dos recursos próprios do Estado, o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, encontra-se em último lugar e entra somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (MAURACH, 1962, p. 31). Logo, regular condutas não é função apenas do direito penal, em razão disso que o direito penal tem um caráter subsidiário, e de acordo com Bittencourt

Indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para este fim (BITENCOURT, 2015, p. 55).

Desta maneira, antes que houvesse a criminalização da conduta prevista no art. 28, e com isso a incidência do direito penal, haveria de ter se observado a proteção do suposto bem jurídico tutelado nesse tipo penal por outros ramos do direito, assim, não o fazendo, o legislador brasileiro não utilizou o direito penal da maneira correta, observando seus princípios, mas sim, adotou-o como *prima ratio*, e não como única *ratio*.

2.2 A INSIGNIFICÂNCIA DA CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO EM ANÁLISE

Destarte, conforme dito anteriormente, ainda que se mantenha a criminalização do artigo em estudo, deve o magistrado, na sua aplicação se ater ao princípio da insignificância. Com isso, nos cabe fazer uma breve análise deste princípio, desta forma, é importante ressaltar que este é uma excludente da tipicidade, com isso, afasta a incidência da norma penal em condutas que representem uma baixa lesão ao bem jurídico tutelado. Para analisar este princípio, é necessário retomar ao conceito de tipicidade; tipo é um modelo abrangente que descreve as condutas proibidas pelo legislador, ou seja, é a descrição concreta da conduta proibida. Em uma análise moderna acerca da tipicidade, é imperioso observar a tipicidade formal e a tipicidade material. A tipicidade formal é a subsunção da conduta a norma penal, deste modo, a ação realizada pelo agente deve representar o dispositivo penal, já a tipicidade material, tem como fundamento a teoria dos bens jurídicos, apresentada anteriormente, pois entende que para esta possa ser verificada, há necessidade de que ocorra lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal. Portanto, pode-se



entender que, ainda que uma conduta esteja subsumida ao tipo penal, mas não gere lesão concreta ou perigo de lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma, não há configuração do tipo de injusto, assim, não havendo perigo de lesão ou lesão ao bem jurídico, não se configura a tipicidade. Desta forma, ausente a tipicidade material ou formal, não haverá a prática de um delito, para que este se caracterize é indispensável o resultado naturalístico e nexos de causalidade diretamente conectados com a ação do agente.

3. SOBRE OS CRITÉRIOS DO ART. 28, §2º, DA LEI 11.343

3.1 DROGAS, AMÉRICA LATINA E SELETIVIDADE

A criminalização do consumo e do comércio de substâncias entorpecentes não é algo novo na história do Brasil, redações legais nesse sentido já constavam nas Ordenações Filipinas, em épocas de Império (CARVALHO, 2011, p. 54). Na intenção de evitar eventuais desvios do objetivo traçado pelo presente trabalho, nos ateremos a uma breve exposição do cenário mais recente, dentro do qual o discurso médico-jurídico contra as Drogas ascendeu. Ainda, é fundamental destacar o caráter sintético que pretendemos impor nessa parte do trabalho, sem a intenção de delinear o progresso histórico como algo invariável. Sua principal função é estabelecer o contexto que deu origem à atual política de drogas e seu caráter seletivo.

Em um primeiro momento, até a década de 50, podemos compreender o uso de substâncias entorpecentes como quase restrito às camadas marginais das sociedades – aqui, incluímos a estadunidense e latino americana como um todo. Em virtude disso, o discurso ético-jurídico consolidou-se na perspectiva sobre a questão das Drogas. Tanto o consumidor quanto o comerciante eram vistos como depravados, indivíduos subversivos e destituídos de moral. À Droga, em si, eram associadas inúmeras qualidades pejorativas de cunho moral e, principalmente, criminoso. Chega a influir, inclusive, no conceito de periculosidade atribuído aos indivíduos (OLMO, 1990, p. 30).

Já na década de 60, momento de intensa truculência na América Latina – revolução cubana e surgimento das guerrilhas -, assim como de irrompimento de ditaduras brutais no continente. No contexto estadunidense, as Drogas já não se restringem mais aos guetos urbanos, popularizaram-se entre as classes médias e altas, bem como dentro dos movimentos políticos de resistência e de contracultura (OLMO, 1990, p. 33-34). Dessa forma, sendo a Droga instrumentalizada como ferramenta política pelo movimento hippie nos EUA, ela passou a ser identificada



no país como espécie de inimigo interno, tão merecedora de repressão quanto os movimentos aos quais a instrumentalizam (OLMO, 1990, p. 36).

Em virtude da popularização das substâncias entorpecentes, um novo discurso médico-sanitário passa a ganhar evidência dentro do campo político. Agora, tornou-se interessante distinguir o tratamento estatal para consumidores e comerciantes. Ao consumidor, configurou-se um status de dependente, doente, alguém que precisava de acompanhamento médico; enquanto que, para o comerciante, reservou-se todo o estigma desmoralizante contido no antigo modelo ético-jurídico. A figura estigmatizada é a mesma: as camadas mais vulneráveis da sociedade, às quais o consumo de drogas era imediatamente associado. Dessa forma, o discurso médico-jurídico não enfrentou muita resistência, muito em virtude da sua capacidade de lidar de forma distinta com os diferentes atores envolvidos na questão, a depender, é claro, da sua origem social (OLMO, 1990, p. 34).

Na América Latina, as Drogas – também associadas aos movimentos políticos de resistência – começavam a configurar uma ameaça aos olhos das ideologias de segurança nacional empregadas pelos governos ditatoriais, despertando seu interesse em uma repressão mais rigorosa do que aquela empregada até o momento. Em virtude disso, já nos anos 70, movimentos de Lei e Ordem, responsáveis por qualificar a Droga como novo inimigo interno, são implementados no Brasil (BATISTA, 2003, p. 88).

Nesse ínterim, a década de 70 é marcada pela problemática atinente à heroína em território estadunidense. A droga começou a alavancar graves problemas sociais, de saúde e criminais. Proveniente da Ásia, seu principal exportador, popularizou-se ainda mais entre os setores militares que retornavam da guerra do Vietnã (OLMO, 1990, p. 39). O aumento dos índices de criminalidade – muito em razão dos casos de dependência química – colocou em xeque a política de Segurança Pública dos EUA e, por consequência, fez com que Richard Nixon empregasse a nova política de Lei e Ordem. Estava declarada uma nova guerra, em um novo fronte: contra o inimigo externo, exportador das substâncias entorpecentes responsáveis por corromper o público interno (OLMO, 1990, p. 40).

A partir de inúmeras movimentações políticas internacionais dos EUA a fim de difundir esse novo discurso entre países aliados, os países latino-americanas, quase que simultaneamente, introjetaram, na forma de Lei, a ideologia de Lei em Ordem – no Brasil, isto se verifica com a promulgação da lei nº 5.726/71 (OLMO, 1990, p. 44). Essa rápida inserção da questão das Drogas no cotidiano Latino-Americano deveu-se muito em razão do pânico alavancado pelas grandes mídias,



responsáveis por, de forma análoga ao que ocorrera nos EUA, associar essas substâncias à criminalidade em crescimento.

A cocaína, ainda na década de 80, é incorporada à questão das Drogas, movimentando ainda mais o mercado ilícito com a circulação de valores astronômicos. Nos EUA, o discurso de Lei e Ordem chega ao seu auge, corroborando para a política de Guerra às Drogas. Na América Latina, por seu turno, embora a ideologia de Segurança Nacional esteja em contínuo descrédito, tem-se ascensão a ideologia de Defesa Social – dentro da qual o medo é elemento crucial, recorrentemente estimulado por aparelhos midiáticos. Ambas, em uníssono, formam a política criminal atinente à questão das drogas que vigora até os dias de hoje. O conceito de inimigo interno deslocou-se da criminalidade política para a criminalidade comum (D'ELIA FILHO, 2007, p. 103). Para o delegado Orlando Zaccone,

A atuação do poder punitivo na questão das drogas ilícitas revela historicamente o controle social sobre as classes perigosas através da associação entre determinadas drogas e grupos sociais. Chineses e ópio; irlandeses e álcool; mexicanos e maconha; colombianos e cocaína; chegamos, com o fenômeno da globalização, à associação das drogas aos miseráveis (...) (D'ELIA FILHO, 2017, p. 129).

Portanto, evidencia-se a natural tendência seletiva do Poder punitivo: incidir-se sobre o indivíduo conforme seu grau de vulnerabilidade (ZAFFARONI, 1996, p. 57). Na América Latina, o vulnerável marginalizado, cujo aderência do estigma é extremamente elevado, sempre foi o não branco destituído de poder. No Brasil, contexto do nosso trabalho, pensar no inimigo interno, na figura sobre a qual o Poder Punitivo se debruça com maior rigor e, portanto, exerce sua faceta seletiva, envolve, invariavelmente, pensar no negro, pobre e morador de favela.

3.2 SOBRE O ART. 28, §2º, DA LEI 11.343

O dispositivo em questão condiciona a classificação da conduta à análise de elementos internos (circunstâncias sociais e pessoais, conduta e antecedentes) e externos (natureza da substância, quantidade apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação) para discernir entre o porte para consumo e o porte para a venda. A razão da imprescindibilidade dessa previsão reside justamente nas “descrições de condutas empíricas idênticas nos tipos dos arts. 28 e 33” (CARVALHO, 2016, p. 314). Preliminarmente, já é possível atestar o demasiado grau de subjetividade atribuído a certos conceitos, como, por exemplo, as “circunstâncias pessoais e sociais”. É indubitável que a figura estigmatizada no inconsciente po-

pular influirá na aferição do magistrado acerca de qual indivíduo será selecionado como traficante, e qual, como usuário.

Em vista disso, destacar-se-á a violação de um dos mais relevantes princípios constitucionais do Direito Penal, senão o mais valioso: o princípio da presunção de inocência, o qual inviabiliza a responsabilização penal do indivíduo com base apenas em critérios objetivos. Conforme Juarez Tavares, o princípio da presunção de inocência

Incide tanto na etapa cognitiva de interpretação, **quando serão analisados os elementos do delito em face de sua definição legal**, quanto na fase de justificação ou decisão, na qual se promove o assentamento definitivo da relação entre proibição ou determinação e permissão. (TAVARES, 2020, p. 96). (Grifamos).

Nesse sentido, identificamos uma grave falha presente no art. 28, §2º da Lei 11.343: os critérios objetivos de interpretação da norma criminalizante elencados pelo legislador substituem muitas vezes a demonstração do dolo do agente, ou, ainda pior, acabam por inverter o ônus da prova para a defesa do acusado. Essa permissibilidade atribuída pelo artigo representa uma violação grave do princípio da presunção de inocência, como já mencionado.

Atestar a natureza da droga, sua quantidade apreendida, o local e as condições da ação, assim como as circunstâncias sociais, pessoais e os antecedentes do agente deveriam servir apenas como fatores de indiciamento (CARVALHO, 2016, p. 320). Na prática, ocorre que a simples atestação desses elementos é suficiente para ensejar uma responsabilização do acusado não por consumo, mas por tráfico, o que, em realidade, alteraria a responsabilidade penal do art. 28º para a do art. 33º, cujas penas não só são mantidas, como são extremamente agravadas.

Em outras palavras, a apreensão da substância com o indivíduo que tenha circunstâncias pessoais e sociais desfavoráveis, Antecedentes criminais e esteja em local de grande atividade varejista de drogas, por exemplo, converte o ônus da prova do Estado, que deveria provar o elemento subjetivo do agente em traficar, para a defesa do acusado, que deve provar seu dolo em não traficar, ou seja, que a substância apreendida é pra uso próprio.

Ainda nesse contexto, em conformidade com Maria Lúcia Karam, em certas ocasiões, a simples averiguação do status de desemprego ou de subemprego do proprietário das substâncias apreendidas já é suficiente para qualificar sua conduta como tráfico (KARAM, 1991, p. 58). É dito, de outras formas, que o indivíduo, por ser pobre, não pode deter tais substâncias para recreação própria, mas



apenas para comercializá-las e gozar dos lucros oriundos da prática criminosa.

O que se verifica em doutrina e jurisprudências é que a incerteza acerca da condição do agente como consumidor torna-se suficiente para configurar a responsabilização pelo art. 33, na dúvida, prevalece a ideia de “defesa da sociedade” – *in dubio pro societate*. Então, o Art. 28, §2º é utilizado de forma a violar um dos principais valores inerentes à questão da presunção da inocência: o *in dubio pro reo* (CARVALHO, 2016, p. 324).

Assim, ainda que com um suporte probatório carente de profundidade, consistente apenas em elementos objetivos, sem abordar necessariamente a subjetividade do agente, pelo menos de forma apropriada, o acusado pode ter sua conduta de consumo descaracterizada para o tráfico. De acordo com relatório atinente às sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade do Rio de Janeiro, divulgado pela Defensoria Pública do estado (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018, p. 87), os antecedentes do agente são utilizados como fundamento em quase 65% das sentenças condenatórias pelo art. 33, caput, precedendo apenas a quantidade de substância (82,49%) e pelas condições em que se desenvolveu a ação (95,86%). Assim, a carência probatória por parte da acusação muitas vezes é compensada pelo simples histórico do agente, que, dentro do contexto em análise, será, aos olhos do sistema penal, rotulado como traficante, não mais como usuário.

Afasta-se, por conseguinte, a possibilidade do indivíduo de gozar de direitos e garantias processuais, como, por exemplo, a transação penal (Art. 28, I, II e III, Lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (Art. 89, Lei 9.099/95) e a possibilidade de se responder ao processo em liberdade. É importante destacar nesse ponto a perversidade legislativa na elaboração da Lei 11.343 que, mesmo “despenalizando” o porte para consumo, elevou a pena mínima do porte para a venda de 3 – como constava na antiga Lei de Drogas (6.368/76) – para 5 anos, o que inviabiliza, em tese, o início do cumprimento da pena em regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. Além disso, é claro, também há a equiparação do tráfico com crimes hediondos, no sentido de torná-los insuscetíveis de fiança, graça, anistia e indulto.

Ademais, essa “substituição de etiquetas penais” possibilita ao órgão jurisprudencial decretar a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal) do acusado, o que não ocorreria se a sua conduta fosse devidamente enquadrada como porte para consumo. Essa estratégia de política penal acaba por corroborar com a alarmante quantidade de presos provisórios no país: em torno de 41,5% da população

carcerária não possui uma sentença condenatória em seu desfavor (BARBIÉRI, 2019).

Dessa forma, há muito em risco no que tange à diferenciação por parte do magistrado acerca de ambas as condutas – porte para consumo e para venda –, não sendo possível, nesse sentido, preservar os critérios delimitadores na forma em que se encontram no texto do art. 28, §2º. Dessa forma, local, circunstâncias sociais e pessoais do agente, assim como seus antecedentes, são elementos extremamente abstratos e subjetivos que abrem margem para decisões arbitrárias e permeadas por preconceitos e irregularidades, flertando, inclusive, com uma espécie de direito penal do autor, e não do fato.

Diante do exposto, torna-se flagrante a violação ao princípio da legalidade, além do postulado da taxatividade (TAVARES, 2020, p. 71), que é completamente dilapidado pelo §2º e sua subjetividade atribuída ao magistrado. Pode-se atestar, por outro lado, a atuação *contra legem* dos juízes. Dito isso, sob o respaldo de sua subjetividade e do texto legal do dispositivo em análise, aplicadores do direito podem penalizar condutas que evidentemente não se enquadram na figura típica do art. 33, *caput*, da Lei 11.343 por falta de elementos probabilísticos – hipótese na qual, como já mencionado, a dúvida deveria, pelo menos, ensejar em prevalência dos interesses do réu – como se tráfico fossem. Um bom exemplo dessa insegurança, a partir da apreensão de uma quantia irrisória de substância irrisória consigo, pode ser exemplificada a seguir

“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. **6,61G DE MACONHA**. BUSCAS PESSOAL E DOMICILIAR. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NA BUSCA E APREENSÃO. CONCRETOS FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO. DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. 1. Houve justificativa e motivação para a revista pessoal do paciente, já que, no momento em que estava prestes a realizar a venda de entorpecentes a um usuário, ao avistar a viatura da Polícia Militar, o réu tentou fugir do local, momento em que foi alcançado e revistado, e foram apreendidas **duas porções** de maconha e certa quantia em dinheiro. Na frente da residência, foram encontradas duas pessoas que disseram ter ido ao local para comprar drogas, portanto, houve fundada suspeita para a busca pessoal e domiciliar. 2. Inviável a desclassificação do delito, por demandar o reexame fático-probatórios dos autos. 3. Razão assiste à defesa quando afirma que o fato de terem duas pessoas na frente da casa para comprar as drogas, não pode ser motivo para reduzir a fração de redução da pena para 1/3. De fato, deverá a pena ser reduzida na fração máxima de 2/3 já que o paciente é primário e a quantidade de drogas não se mostra excessiva.



4. Agravo regimental provido em parte, para reconsiderar a decisão agravada e conceder a ordem de habeas corpus, a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução” (AgRg no HC 693434-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ de 10/05/2022). (Grifamos).

Percebe-se que a ínfima quantidade de droga apreendida conciliada com provas testemunhais são suficientes para determinar a traficância sob a perspectiva de certos magistrados. Há uma dilapidação completa da presunção de inocência, a dúvida acerca da traficância deveria determinar uma decisão favorável ao acusado, e não o contrário. Por sorte, ainda restam bons exemplos do correto entendimento e aplicação dos princípios constitucionais

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante das circunstâncias fáticas, a forma como foi apreendida a droga não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, além de não afastar a circunstância de ter sido apreendida quantidade não relevante.

2. Quanto ao material encontrado na posse no acusado, que afirmou ser usado na sua profissão de tatuador, também não restou categoricamente comprovado que fosse usado para o tráfico e não para a sua profissão. **A quantidade de droga apreendida não é expressiva, tratando-se de 11g de cocaína e 9g de maconha o que caracteriza mais o consumo do que a traficância.**

3. Considerando a apreensão de **quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente**, afigura-se mais razoável, **considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado.**

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 701456-SC, Rel. Ministro Olindo Menezes, DJ de 29/03/2022). (Grifamos).

Dessa forma, a manutenção do texto legal do art. 28, §2º da Lei 11.343 determina uma insegurança jurídica em demasia que influi na conservação de um sistema punitivo essencialmente seletivo e discriminador. A imprevisibilidade de critérios mais objetivos permite que o juiz pondere sobre a condição do acusado de forma a seguir suas diretrizes subjetivas permeadas por preconceitos estigmatizantes, além de toda a problemática já elencada acerca dos critérios objetivos externos e internos. Os mecanismos de criminalização secundária implacavelmente selecionam a clientela dos dispositivos em conformidade com os estigmas estabelecidos (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Tendo em vista a atuação das agências estatais como responsáveis por atribuir filtros às condutas criminalizadas pelo texto normativo, depreende-se que a subjetividade inerente ao parágrafo em análise contribui e muito para que juristas prossigam à responsabilização das camadas mais pobres da sociedade pelo tráfico de drogas (art. 33) e não pelo porte para uso próprio (art. 28, caput). É de se destacar que a qualidade desse filtro, pelo menos em nossa região, é determinado por séculos de escravidão em nossa sociedade com critérios raciais e pelo atual regime socioeconômico, que precisa, de alguma forma, lidar com as camadas de excedentes periféricos que não se adequam ao sistema.

O “saber” instituído pela colônia culminou nos anos positivistas de influência das obras de Cesare Lombroso em nossa sociedade que, de forma muito conveniente para os interesses oligárquicos de nosso corpo social, etiquetou o criminoso de forma esteticamente condizente com os corpos negros e pobres. Em virtude da forte aderência do rótulo, como bem comentado por Orlando Zaccone, à figura do traficante popularmente imaginada, há um rosto pré-estabelecido, de cor e condição social bem definidos (D’ELIA FILHO, 2011).

Em outras palavras, para Alessandro Baratta, a criminalidade

Não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a **seleção de indivíduos estigmatizados** entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é (...) um “**bem negativo**”, distribuído desigualmente conforme a **hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos**. (BARATTA, 2011, p. 161). (grifamos).

Assim, em virtude dessa consciência colonial de grandes proporções, é comum observar a seletividade sendo exercida a partir de manifestações extremamente desproporcionais. Os critérios subjetivos do art. 28, §2º são examinados com maior recrudescimento por parte de autoridades judiciais quando o réu consiste em indivíduo pobre, de maior vulnerabilidade diante do sistema, negro e marginalizado do que em relação aqueles pertencentes de classes mais altas na sociedade².

² A autoridade judicial atua com maior receio ao decidir sobre a responsabilidade de acusados de níveis sociais mais altos, receio esse que não se encontra quando a apreciação é feita sobre os pobres periféricos. Há receio em se comprometer a reputação e vida profissional dos agentes melhor beneficiados economicamente - empresários, estudantes universitários, etc. Notoriamente o mesmo receio não aflige o magistrado quando diante daqueles corpos que já tem o estigma de criminoso, não haverá prejuízo da atual situação do acusado,



Nas palavras de Howard Becker, “o mesmo comportamento (...) pode ser uma infração quando cometido por uma pessoa, mas não quando cometido por outra (...)” (BECKER, 1977, p. 64). A rotulação estigmatizante possui essa funcionalidade negativo, quando um indivíduo oriundo de estratos superiores e médios – portanto, não rotulado – comete o ato tipificado, ele pode assim não ser reconhecido pela sociedade e pelo magistrado. Por incompatibilidade entre agente e rótulo, não se associa sua imagem ao fato. A professora Maria Lúcia Karam, em seu turno, denuncia o maior zelo empregado por magistrados ao sentenciar réus por tráfico ou não

Os juízes costumam experimentar um sentimento de incômodo, uma maior preocupação em aplicar a pena, preocupação que não se manifesta quando se trata de indivíduos dos estratos inferiores, aos quais a pena é aplicada sem hesitações, pois menos comprometedora para seu status social, já baixo. Isto explica um número significativo de absolvições de consumidores de drogas por “política criminal”, que já foram muito comuns, na prática da Justiça Criminal no Brasil, servindo para livrar réus pertencentes aos estratos superiores e médios, de boa aparência, bem empregados ou estudantes universitários, como também explica o fato de que tais absolvições, não obstante sua notória impropriedade técnica, nunca provocaram os mesmos questionamentos suscitados pela tese, universalmente aplicável, da inadmissibilidade da punição da posse de drogas para uso pessoal, seja pela inafetação do bem jurídico protegido (a saúde pública), seja por sua contrariedade com um ordenamento jurídico garantidos da não intervenção do Direito em condutas que não afetem terceiros (KARAM, 1993, p. 60)

A conservação desse dispositivo na forma em que se encontra permite o crescente número de presos pelo crime de tráfico de drogas em nosso país – mais de 200 mil homens e mulheres, em sua imensa maioria negros, conforme dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do ano de 2021 (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2021) - com notórios traços de discriminação e desigualdade no tratamento ofertado pelo sistema penal, manifestações evidentemente inconstitucionais, por infligirem os princípios da igualdade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.

Impressionante é o crescimento percentual do número de presos por crimes atinentes às drogas (CRUZ, 2016), de 15%, em 2006 – ano da promulgação da Lei 11.343³ –, para 29% - equivalente a quase 204 mil detentos – em 2021. Houve, nes-

em caso de condenação por tráfico. (KARAM, 1991, p. 60). Esse fator desmente qualquer discurso falacioso no sentido de imputar às drogas a qualidade de objeto dessa política de guerra, a verdadeira intenção do poder punitivo é controlar determinadas camadas sociais (BATISTA, 2003, p. 134), facilmente etiquetadas como traficantes e perigosas, sendo, a partir disso, improvidas de direitos.

3 Descartou-se uma oportunidade única de se alterar a política genocida, disfarçada de política criminal, adotada pelo Brasil de forma acrítica ainda nos anos 70. (BATISTA, 2019).

se sentido, um aumento de 228% no número de presos pela Lei de drogas. Dessa forma, a diferenciação entre consumo e venda de substâncias entorpecentes não serviu para diminuir a interferência penal, como pretendiam, pelo menos em tese, os elaboradores do novo conjunto normativo. Pelo contrário, a diferenciação da conduta típica de consumidor apenas serve, em grande maioria, aos interesses daqueles indivíduos originários das classes sociais menos vulneráveis, enquanto que, para os não brancos e destituídos de poder, subsiste a repressão seletiva do poder punitivo.

Além disso, a utilização oportunista dessa permissão legislativa para condenar um mero consumidor por tráfico e, conseqüentemente, colocá-lo em contato com o sistema penitenciário é suficiente para estigmatizá-lo ainda mais diante da sociedade. Nesse sentido, ainda que o indivíduo não fosse dedicado à “carreira criminosa”, sua inserção no sistema penitenciário tem potencial em demasia para garantir sua regressão ao sistema, inclusive, pelo mesmo delito, uma vez que, como mencionado anteriormente, os antecedentes do agente exercem certo protagonismo para a sentença que discernirá entre responsabilização por consumo ou por tráfico.

Como bem exposto pelo ex-ministro da Suprema Corte Argentina, “a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar” (ZAFFARONI, 2001, p. 135). Tendo em vista as péssimas condições penitenciárias em nosso país – superlotação carcerária de 160% (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019) - o indivíduo é submerso em um contexto dominado por facções criminosas, sem uma alimentação decente e muito menos uma segurança garantida pelos policiais penais – não só apenas em virtude, claro, da superlotação, mas também por essa aversão incrustada. É evidente que diante deste cenário de selvageria, para sobreviver, o indivíduo é condicionado à imersão na vida do crime. O Sistema penal, dessa forma, tem na atual Lei de drogas seu principal instrumento de controle, produção e reprodução da sua “clientela”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, como mencionado anteriormente, defendemos a revogação do art. 28, caput, da Lei de drogas, tendo em vista sua contrariedade a diversos princípios fundamentais do direito penal, especialmente o princípio do bem jurídico e da lesividade, uma vez que a conduta prevista na referida norma penal não representa



uma lesão ao bem jurídico de terceiro e, menos ainda, da coletividade⁴. Mesmo que houvesse qualquer lesão, estaríamos diante de um caso de autolesão.

Por outro lado, ainda que se entenda que não há condições de realizar a descriminalização em questão, é necessária uma mudança objetiva na lei de drogas vigente em solo brasileiro, sobretudo no artigo e parágrafos objetos desta análise. Apesar de terem sido massivamente criticados, é necessário se utilizar de critérios objetivos, como os adotados pelo art. 28, §2º, da Lei 11.343 para realizar a distinção entre o usuário de drogas e o varejista de drogas. Contudo, é extremamente importante que esses termos sejam adotados como limitadores do poder punitivo, e não como simples legitimadores do poder punitivo, forma sob a qual são utilizados hodiernamente. Neste sentido, é fundamental a exclusão de alguns critérios previstos no art. 28, §2º, quais sejam: o local, as circunstâncias sociais e pessoais, sob pena de sobrepujar o direito penal do autor, visto que a punição se fundamenta em razão das condições pessoais do agente.

Desse modo, em um país no qual historicamente se criminaliza a pobreza, em que o Estado busca constantemente controlá-la através do poder exercido pela polícia, podemos observar nos índices do sistema carcerário nacional que desses guetos que saem os clientes do direito penal, sobretudo no que diz respeito à lei de drogas. Ainda, se faz necessária a inclusão de um critério quantitativo no que diz respeito à distinção entre consumidor e traficante de drogas, ou seja, a adoção de um referencial para nortear a magistrado no momento da sentença e, até mesmo, agente de segurança pública que, em um primeiro momento, é o responsável pela prisão do indivíduo, suprimindo, com isso, a discricionariedade na interpretação do tipo penal por parte dos agentes. A utilização deste método é extremamente valioso para que se mitigue a seletividade punitiva sob critérios subjetivos. Nesse sentido, por fim, a mudança legislativa que se propõe à lei 11. 343 tem como objetivo único a limitação da seletividade penal e da violência física que recai sobre os mesmo indivíduos – pobres, negros e periféricos –, que, dentro da conjuntura intrínseca à história brasileira, é o inimigo declarado do Estado, tendo em vista sua rotulação como perigosos, responsáveis pelos riscos que maculam a sociedade, e, por isso, indignos de terem seus direitos fundamentais respeitados. Desta maneira, é imperioso que ocorra uma mudança no art. 28, caput e §2º, da Lei 11.343, a fim

4 Hipótese a qual já está em tramitação no Supremo Tribunal Federal, infelizmente, paralisado há anos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. RE 635659 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700)



de impedir a manutenção da principal ferramenta produtiva de clientela do sistema penal atualmente.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Pena: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª edição. Rio de Janeiro, 2011.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*. G1, Brasília. 17 de jul. de 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 02 de jul. de 2022.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro, Revan: 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Ainda uma vez, drogas*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 10, n. 319, p. 3-4, jun. 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts 1º a 120º*. 21ª edição - São Paulo: SaraivaJur, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral - arts 1º a 120º*. 28ª edição - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 de ago. de 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5726.htm#:~:text=L5726&text=LEI%20n%205.726%2C%20DE%2029%20DE%20OUTUBRO%20DE%201971.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20medidas%20preventivas%20e,ps%C3%ADquica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

BRASIL. *Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.



BRASIL. *Lei. Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 de ago. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida. RE 635659 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p.01 e 09.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Sistema prisional em números*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 03 de jul. de 2022.

Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. In: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; CAICEDO TAPIA, Danilo (ed.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 99-121. (Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad) Disponível em: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/118641-opac>. Acesso em: 30/09/2022

CRUZ, Elaine Patricia. *Após quase dez anos, Lei de Drogas aumentou número de pessoas encarceradas*. Agência Brasil, São Paulo, 20 de set. de 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: 10 de ago. de 2022.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento nacional de informações penitenciários*. Disponível em <<https://app.powerbi.com/>>

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

GRECO, Luís. "Princípios da ofensividade" e crimes de perigo abstratos - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 115, jul-ago. 2004.

H Aidar, Diego; Gimenez, Elza; Fernandes, Filipe; Peixoto, Guilherme e Coelho, Henrique. *Operação no Jacarezinho deixa 28 mortos, provoca intenso tiroteio e tem fuga de bandidos*. Rio de Janeiro, 06 de maio de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/05/06/tiroteio-deixa-feridos-no-jacarezinho.ghtml>. Acesso em: 12 de ago. de 2022.

Hassemmer, Winfried. Greco, Luís. Tórtima, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação Estatal de Incriminar*. 2ª ed. Lumen Juris, 2016.

Karam, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Rio de Janeiro: Luam Ed., 1991.

Karam, Maria Lúcia. *Esquerda punitiva*. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79–92, jan/jun. 1996.

Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962.

Mill, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

Olmo, Rosa del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990.

Rio Grande do Sul. TJRS, 5ª Câmara Criminal, ApCr 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003. No mesmo sentido: "(...) II. Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta 'trazer consigo'). Art. 16 da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição (art. 386, iii, do CPP (...))" (TJRS, 6ª Câmara Criminal, ApCr 70010579944, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 03.03.05). "I. Porte de substância entorpecente para uso próprio (conduta 'guardar'). cannabis sativa apreendida na residência do acusado. Art. 16 da Lei 6.368/76. Violação dos princípios da dignidade, humanidade e ofensividade. Absolvição mantida (art. 386, III, do CPP)" (TJRS, 6ª Câmara Criminal, ApCr 70008952129, Rel. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 12.08.04).

Roxin, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*/Claus Roxin; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli - 2. ed. 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

Sandel, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?*. tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Maximo. – 31ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Simester, A P; Hirsch, Andreas von. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization*. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011.

Tavarez, Juarez. *Crime, crença e realidade*. Rio de Janeiro, Da Vinci Livros, 2021.



TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Primeiro volume. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui*. Rio de Janeiro, Da Vinci Livros, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. In: Discursos sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996, p. 45-67

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2001.

LEGALIDADE NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA ADIMPLENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA: ANÁLISE À LUZ DA INTEGRIDADE FÍSICA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

*LEGALITY IN DISREGARDING THE LEGAL PERSONALITY OF
THE BUSINESS COMPANY FOR IMPLEMENTING ALIMONY:
ANALYSIS IN THE LIGHT OF PHYSICAL INTEGRITY AND THE
BEST INTEREST OF THE CHILD*

*José Henrique de Oliveira Couto**

Resumo: Destaca-se que vivemos em uma era a que o Código Civil é interpretado sob égide dos valores advindos da personalidade do indivíduo, sendo tal premissa derivada do processo de horizontalização do Direito Privado. Com isso, pelo simples fato de a pessoa existir, seu valor, universal e intrínseco, deverá ser observado na sociedade. Assim sendo, em um contexto em que a tábua axiomática é humanizada, torna-se inadmissível que uma pessoa jurídica seja utilizada para finalidades ilícitas, como para blindagem patrimonial diante de um dever de prestar alimentos. Partindo daí, o objetivo deste trabalho é demonstrar que é legal desconsiderar a personalidade jurídica do empresário para pagamento de pensão alimentícia, em respeito ao melhor interesse da criança e a preservação de sua integridade física. Usa o método dedutivo para ter o resultado de que é lícita tal desconsideração de personalidade jurídica para a criança receber alimentos e ter a integridade física e o melhor interesse preservados, observado a empresa ser usada de modo ilícito (confusão patrimonial pelo genitor). Ademais, para a construção deste conhecimento ontológico serão utilizados doutrinas, artigos científicos e legislações.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Melhor interesse da criança. Integridade física. Sociedade empresária.

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Membro da “Comunidade Internacional de Estudo em Direito Digital”. Foi membro da Revista Dizer. Autor das doutrinas “Resumo de teoria geral do direito empresarial, empresa e empresário” e “Do contrato liberal ao contrato eletrônico existencial e a tutela da pessoa humana: análise à luz da clickwrap”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2056227833414245>. E-mail: henrique_jose2000@hotmail.com.



Abstract: It is noteworthy that we live in an era in which the Civil Code is interpreted under the aegis of values arising from the personality of the individual, and this premise is derived from the process of horizontalization of Private Law. Thus, by the simple fact that the person exists, his or her universal and intrinsic value must be observed in society. Therefore, in a context in which the axiomatic table is humanized, it becomes inadmissible for a legal entity to be used for illicit purposes, such as for patrimonial shielding in the face of a duty to provide food. From there, the objective of this work is to demonstrate that it is legal to disregard the legal personality of the entrepreneur for payment of alimony, in respect of the best interest of the child and the preservation of his physical integrity. It uses the deductive method to have the result that such disregard of legal personality is lawful for the child to receive alimony and have the physical integrity and best interest preserved, provided the company is used illegally (patrimonial confusion by the parent). Furthermore, for the construction of this ontological knowledge, doctrines, scientific articles and legislation will be used.

Keywords: Disregard of legal personality. Best interest of the child. Physical integrity. Business company.

1. INTRODUÇÃO

O genitor é responsável por um combo de deveres perante o filho, inclusive o de pagar alimentos. Porém, ingressando na realidade, se tem que o genitor não apenas torna-se omissor com o adimplemento do débito alimentar, mas também começa a dilapidar seu patrimônio econômico para se esquivar de tal ônus. Uma das formas que os genitores usam para ocultarem suas propriedades é investindo dinheiro ou bens em sociedades empresárias, ou seja, eles, para não adimplirem os débitos alimentares, investem seus bens econômicos em sociedades empresárias. Trata-se de ato ilícito, em virtude de ser uma fraude contra o credor.

É neste contexto que a desconsideração da personalidade jurídica se torna legal, afinal a sociedade empresária não poderá ser utilizada para práticas de atos ilícitos, sob pena de ter sua capacidade de adquirir direitos e deveres suspensa. Assim, se o genitor alocar seu patrimônio econômico numa sociedade empresária para não adimplir o débito alimentar, há possibilidade de haver desconsideração da personalidade jurídica da mesma, com a finalidade de se alcançar quantias suficientes para pagamento de débitos alimentares.

O patrimônio autônomo da sociedade empresária deve ser atingido para pagamento de débitos alimentares, desde que tal instituição econômica tenha sido utilizada como um instrumento para prática do seguinte ilícito: dilapidação do patrimônio para omissão na quitação de dívidas alimentares. E isto deve ocorrer para proteção da criança, que é aquela que tem até doze anos de idade incompletos.

É que à criança deve ser reservada uma suprema proteção, com a finalidade de seu desenvolvimento ser satisfatório, livre de embaraços comprometedores aos âmbitos de integridades físicas.

Em uma ordem em que a tábua axiomática sacramenta que a criança é centro de gravitação, se tem que o genitor, ao praticar tal ilícito contra o credor (filho), assistirá a sociedade empresária ter suspensa a personalidade jurídica, com a finalidade de se alcançar o patrimônio autônomo para adimplemento dos débitos alimentares. Trata-se de medida que sacramenta o melhor interesse da criança, que consiste em privilegiar seu direito à uma alimentação saudável e rica em nutrientes. Às crianças devem ser destinados alimentos pelos genitores, principalmente para desenvolvimentos personalíssimos saudáveis, com as faculdades de integridades físicas preservadas e livres de lesões.

O filho, sobre situação fática de criança, deve ter respeitado seu melhor interesse, de tal forma que deve receber alimentos do genitor para satisfação de suas necessidades orgânicas, especialmente para evitar lesões em seu organismo. Assim, para que a integridade física se reste livre de lesões e ameaças, o pupilo terá que receber alimentos do genitor, afinal estes lhe auxiliaram no desenvolvimento corporal esquivado de interferências violentas.

Por todo o exposto, o objetivo geral do presente trabalho será demonstrar que é lícita a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para adimplemento de pensão alimentícia quando o genitor usar tal pessoa jurídica para ocultar o patrimônio, afinal o pupilo tem um melhor interesse e o direito ao desenvolvimento com as integridades físicas preservadas.

Por sua vez, os objetivos específicos são: a) analisar, com precisão cirúrgica, o que é personalidade jurídica duma sociedade empresária; b) revelar a importância do alimento no âmbito de tutela da salubridade corporal da criança; c) demonstrar a importância da horizontalização do direito civil para concretização da proteção à criança, no sentido de esta ter direito de receber alimentos do genitor.

Tais objetivos advêm pelo trabalho partir da seguinte problemática: usando o genitor da sociedade empresária para confundir patrimônio, ocultando os bens pessoais, pode a pessoa jurídica ter a personalidade jurídica afastada para adimplemento dos débitos alimentares, em uma análise à luz do melhor interesse da criança e de sua integridade física?.



Aliás, para melhor compreensão desta temática apresentada, o presente trabalho adotará o método de abordagem hipotético dedutivo, com fortes investigações doutrinárias e normativas.

2. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E PERSONALIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS: BREVE SÍNTESE À LUZ DA TEORIA DA EMPRESA

O alemão Friedrich August Von Hayek sacramentou que, na era paleolítica, já existiam indivíduos que realizavam trocas voluntárias, ou seja, antes mesmo da formação de toda a complexidade e estrutura neural o ser praticava uma relação comercial (2017, p. 30-90). Faziam isto, principalmente, para garantirem a sobrevivência com a permuta de objetos comestíveis e usáveis (HOPPE, 2017, p. 27-45). Em breve retrato histórico, com a evolução humana, surgiram novas linhas de transações econômicas, nesta trilha: I) começou-se com trocas voluntárias para manutenção da vida; II) foram surgindo regulações empresariais para tutela da boa-fé nos pactos jurídicos (JUDITH, 2015, p. 49), inclusive na Babilônia, com o código de Hamurabi, os vínculos jurídicos de transporte e empréstimo foram regulados (FÜHRER, 2004, p. 13); III) na idade média, período do direito mercantil conhecido como subjetivo, surgiram guildas para controle de comércio (COMETTI, 2020, p. 32), o que resultou não apenas na escassez de comerciantes matriculados em corporações para exercício de comércio, como também no impulso do direito comercial moderno (MIRAGEM, 2004, p. 10); IV) inauguração da teoria da empresa, que sacramenta que empresário exerce atividade econômica com frequência, organização e profissionalismo (RAMOS, 2020, p. 25-30).

Até mesmo o Código Realense adota tal teoria da empresa, afinal alavanca que empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002). Não basta apenas comprar e vender para ser considerado empresário, sendo preciso que o agente exerça atividade econômica (finalidade lucrativa), de modo organizado (utilizando capital, insumo, mão de obra e tecnologia) e profissional (há habitualidade), para produção ou circulação de bens ou serviços no mercado (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2011, p. 01-07).

Para Fábio Coelho, empresário é um gênero, do qual derivam as seguintes espécies: a) Empresário individual, enquanto pessoa física; b) Empresa individual de responsabilidade limitada; c) Pessoas jurídicas, enquanto sociedades empresárias (2011, p. 38-39). Por todo o exposto, chega-se em uma linha aonde o entendimento,

no Brasil, é o de que são sociedades empresárias: a) sociedade em nome coletivo; b) sociedade em comandita simples; c) sociedade limitada; d) sociedade limitada unipessoal; e) sociedade anônima; f) sociedade em comandita por ações.

Antes de prosseguir, gize-se que a Lei nº 14.195/2021 teve uma importante função no campo societário, haja vista que substituiu a EIRELI (Empresa individual de responsabilidade limitada) em sociedade limitada unipessoal, independente do consentimento do proprietário das quotas, conforme aponta a doutrina (COUTO, 2022, p. 117-120).

Importante ter esta noção, porque dá para se firmar que um sócio não é empresário, mas sim um mero sujeito que tem um rol de capital investido numa pessoa jurídica, observado a possibilidade de integralização do capital com prestação de serviços. Assim, é a sociedade mercantil que é considerada empresária, não seus sócios. Enquanto efeito dominó, se tem que não é o sócio que tem personalidade jurídica, mas sim a sociedade a qual está com seu capital investido. Em termos concretos, é a sociedade empresária que tem capacidade para adquirir direitos e deveres no mundo ontológico, é a sociedade empresária que tem capacidade de fato e de gozo, podendo não apenas sofrer obrigações, mas contrair direitos no campo dos fatos.

A personalidade jurídica da sociedade empresária, segundo artigo 45 do Código Civil, inicia “com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”; e o artigo 975 contribui ao sacramentar que “a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos” (BRASIL, 2002). Neste sentido, a doutrina, com forte escolta da lei, defende que o registro do ato constitutivo, que é uma obrigação de todo empresário, é um ato substancial para que a sociedade empresária adquira personalidade jurídica, tendo possibilidade de contrair direitos e deveres (CUNHA; FONTES; MAIRINK, 2019, p. 38). É ato solene.

Assim sendo, se conclui que o rol de sociedades empresárias (em nome coletivo, em comandita simples, a limitada, a limitada unipessoal, a anônima e em comandita por ações) adquire personalidade jurídica quando do registro do ato constitutivo, em regra.



3. ALIMENTO DA CRIANÇA E CONCRETIZAÇÃO DA SALUBRIDADE CORPORAL

Desde quando há o nascimento do ser humano, automaticamente uma série de necessidades e desejos o mesmo passa a ter. Ao nascer, o ser se insere numa realidade de dependência, porque se precisa de tutela suprema para que suas necessidades biológicas e seus desejos estejam saciáveis.

Em concepção tradicional e conservadora, à criança, desde o nascimento, se reserva uma pensão alimentícia, de intuito meramente comestível. Trata-se de uma concepção ortodoxa, que sacramenta que o alimento é um direito da criança, direito este de receber daquele que tem poder familiar um conjunto de bens consumíveis (SANTOS, 2009, p. 51).

Em concepção mais avançada, Dayane Alves e Fabiana Junqueira defendem que o alimento “é tudo aquilo que é essencial para a sobrevivência do ser humano” (ALVES; NEVES, 2009, p. 03). De todo modo, isso não significa que o alimento comestível está afastado da pensão alimentícia à criança, mas tem enfoque que a alimentação é apenas um elemento.

Como bem pontua Tatiana Squeff, “o alimento é uma peça fundamental para o correto funcionamento do organismo humano”, incluindo aí o da criança (2021, p. 553). Trata-se o alimento de um direito da criança para concretização do bem estar do seu organismo, seja no âmbito micro (células e tecidos) ou macro (órgãos, sistemas e organismo). Em termos concretos, este alimento é o principal agente para concretização da salubridade corporal da criança, a garantindo o livre e o desembaraço desenvolvimento com o bem estar físico tutelado. Neste sentido, Tatiana Squeff pontua:

é notória a necessidade de um consumo mínimo de alimentos por dia, a fim de que os processos fisiológicos e metabólicos do corpo humano possam ser realizados em equilíbrio, de acordo com as necessidades vitais de cada ser humano. Trata-se da visão biológica do alimento (SQUEFF, 2021, p. 554).

O alimento, portanto, é extremamente fundamental para a criança ter sua faculdade biológica livre de restrições ou ameaças, ou seja, a nutrição da criança é condição essencial para que seu corpo esteja com a integridade reservada e livre de lesões ou supostas ameaças. Não é à toa que Thais Borges Cesar ensina que é pelo alimento que diversificadas operações orgânicas acontecem na criança, “como respiração, circulação, trabalho físico, temperatura, concentração de gradientes, síntese e degradação de compostos essenciais” (2013, p. 102).

Neste sentido, bem pontua Rosenvald e Cristiano Chaves: “é possível entender-se por alimentos o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas”, incluindo aí o ser de até 12 anos, “sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual” (2016, p. 706). O alimento, portanto, é uma condição suspensiva para a criança, porque é o nutriente advindo daquele que balizará a manutenção e a proteção física do conjunto de estruturas corporais do menor.

Sacramenta Madaleno que, “em sua essência, os alimentos sempre tiveram e seguem projetando o único e inarredável propósito de assegurar a subsistência daquela pessoa que não tem condições de sobreviver por seus próprios meios” (2005, p. 234), ou seja, é fundamental que a pessoa, incluindo aí a criança, consiga sobreviver, e, assim, “o critério alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção” (MADALENO, 2018, p. 905). Este entendimento também é seguido por Pereira, porquanto defende que o alimento serve como ferramenta de auxílio material da criança, a qual não possui aptidão técnica para manter sua subsistência (2005, p. 12).

O alimento, portanto, é uma exigência natural da criança para garantia e concretização da sua própria subsistência enquanto pessoa. Rosenvald e Cristiano Chaves até ponderam que os alimentos “podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa”, esteja ela na fase de criança ou não (2018, p. 706).

Assim sendo, à criança se reserva o alimento para que sua esfera subjetiva esteja munida com nutrientes necessários para o regular desenvolvimento de seus sistemas corporais, livres de lesões ou ameaças. O alimentando, em fase de criança, precisa abastecer sua estrutura digestiva para que seu corpo, em um efeito automático, consiga produzir as substâncias necessárias para a manutenção do regular desempenho orgânico. Daí porque Aline Kirch e Lívia Copatti idealizam que quanto mais tardar a alimentação da criança, mais danos físicos e sociais a mesma sofrerá, afinal “a fome e a desnutrição afetam o crescimento, a saúde, o humor e a cognição” (2014).

Tanto é que a doutrina aponta: “os alimentos se prestam à manutenção digna da pessoa humana, [...] pois se destinam a assegurar a integridade física” (2018, p. 728). É que, tendo acesso ao alimento, a criança consegue ingerir componentes químicos necessários para seu organismo manter o desempenho satisfatório, distante de prejuízos na saúde; é, enfim, o alimento uma condição para a criação ter concretização do bem estar da sua incolumidade corporal.



Ainda sobre os alimentos, Venosa defende:

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo [...] para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário à subsistência (VENOSA, 2004, p. 385).

Em termos precisos, os alimentos nada mais são do que instrumentos para suprimento de necessidades de crianças, afinal lhes concedem a possibilidade de manter o organismo distante da trilha da desnutrição, logo da violação a salubridade corporal; e isto ocorre porque os alimentos possuem gradientes químicos, gradientes estes responsáveis pelo regular desempenho das atividades corporais.

Descendo em detalhes, Carlos Roberto Gonçalves, com muita sabedoria, defende que os alimentos são “necessidades vitais” (2011, p. 498). Pensamento correto, porque à criança, uma entidade vulnerável e que merece suprema tutela, se reserva um rol de alimentos para que tenha possibilidade de viver com sua integridade física livre de lesões ou ameaças. Nesta trilha, defende a boa doutrina que a criança “mal nutrida se torna fraca, irritada, desanimada. Portanto, a nutrição adequada é fundamental para a sobrevivência, o crescimento físico, o desenvolvimento mental, o desempenho, a produtividade, a saúde e o bem-estar” (SIQUEIRA, 2011, p. 52).

Partindo de todo o exposto, chega-se na conclusão de que à criança terá que ser destinado um rol de alimentos, com a finalidade de sua integridade física, consistente na sua estrutura corporal como um todo, estar livre de lesões ou ameaças - trata-se da concretização da tutela de sua salubridade corporal.

De toda sorte, como já posto, os alimentos vão muito além apenas de bens comestíveis. Trata-se de concepção não ortodoxa, no sentido de ser inovadora no âmbito civil. Tanto é que a boa doutrina defende:

Por óbvio, incluem nos alimentos tanto as despesas ordinárias, como os com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e quanto as despesas extraordinárias, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos. Percebe-se, assim, que, juridicamente, o termo alimentos tem sentido evir1nte mente amplo, abrangendo mais do que a alimentação (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 706).

Assim, em concepção moderna, o alimento é um gênero, englobando os seguintes elementos: a) vestuário; b) educação; c) cultura; d) educação; e) despesas médicas, odontológicas e farmacêuticas; f) lazer; g) habitação; h) nutrição; enfim, englobando o “indispensável à subsistência física” e ao “desenvolvimento moral e intelectual” da criança (FERRAZ; LEITE, 2011, p. 97).



O termo “alimento”, portanto, é mais abrangente do que a alimentação da criança. Porém, neste trabalho interessa o enfoque no alimento enquanto um bem comestível para concretização da integridade da criança.

3.1. HORIZONTALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O ALIMENTO DA CRIANÇA: DA LEI À TUTELA DA INTEGRIDADE FÍSICA

Arthur Pinheiro Basan entende que o liberalismo foi um vetor ontológico para concretização do direito privado baseado nos ideais de propriedade, liberdade e autonomia (2016, p. 20-27). Esta tese também fez uma irradiação de efeitos no direito civil, porquanto este ficou, durante décadas, sustentado no pilar de elemento volitivo e da propriedade absoluta. Exemplo clássico desta irradiação foi o Código Napoleônico, fortemente embasado nos supremos princípios do liberalismo, quais sejam: a) tutela da propriedade; b) máxima valoração da autonomia da vontade; c) individualismo exacerbado (SOUZA, 2004, p. 50).

Sem diferença semântica e de conteúdo, o Código Civil de 1916 também ficou influenciado pelo trinômio: propriedade, vontade e individualidade. Rosenvald e Cristiano Chaves lapidam que este fenômeno é conhecido como o do código oitocentista, ao qual a tábua normativa de 1916 valorizava, com supremacia, o individualismo exacerbado e o absoluto direito de propriedade, de tal sorte que as pessoas, incluindo as crianças, ficavam em hierarquia inferior frente aos bens particulares; é, em nítido resumo, o código de 1916 um documento com “preocupação obsessiva pela proteção patrimonial”, pelo qual “a propriedade privada e a liberdade contratual” eram tuteladas de maneira absoluta, “sem qualquer possibilidade de relativização” (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 50).

Posteriormente, surgiu o Código Civil de 2002, fortemente embasado pelos ideais de igualdade, justiça e respeito ao humano, ou seja, o novo texto atrai os ideais de socialidade, de eticidade e de operabilidade. Tal código não perdeu o vínculo com a individualidade, mas sim a reduziu hierarquicamente, com a finalidade de colocar o ser, que é dotado de suprema tutela jurídica e natural, ao centro de gravitação.

É nesta nova tábua axiomática, no qual o humano se torna o centro de toda referência legislativa, que ganha existência o fenômeno de horizontalização. Sobre isto, bem pontua a doutrina: “Incorporando tais ideias, então, é possível afirmar que em toda e qualquer relação privada o respeito às garantias fundamentais constitucionais é condição de validade” (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 74).



A pedra angular do direito civil contemporâneo é a horizontalização do mesmo, de tal modo que o código civil será interpretado de acordo com a constituição. É o fenômeno das artérias do direito civil serem permeadas pelos componentes da Carta Magna, isto é, rompe-se aquela concepção oitocentista do direito civil não ser influenciado por outras normas supraconstitucionais ou infraconstitucionais, inaugurando-se uma era em que tal tábua axiomática é do humano, é para o humano, com as influências do texto constitucional. Neste sentido, a boa doutrina aponta que “o direito privado não pode ser um âmbito jurídico imune à incidência da irradiação” da Constituição, em virtude de existir eficácia horizontal” (BASAN, 2016, p. 61).

Descendo em detalhes, José Jairo Gomes destaca:

Do mesmo modo, com a constitucionalização em apreço, pode-se afirmar estar em curso uma certa despatrimonialização do Direito Civil, ao mesmo tempo em que se observa sua crescente personalização. Isso porque, princípios como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), solidariedade (art. 3º, I) e cooperação (art. 4º IX), entre outros, passaram a deter relevante papel no sistema. Como corolário, abre-se o caminho para o reconhecimento e a valorização da vida, da pessoa e da personalidade. [...] Esta passa a ter com o eixo o fenômeno humano, não mais se desdenhando das esferas existencial, psicológica e espiritual das pessoas. (GOMES, 2009, p. 40)

E José Moreira complementa:

A dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, função social da propriedade, a família, ou seja, temas inter partes, inerentes ao Direito Civil que passaram ao contexto constitucional. O Código Civil de 2002, com suas cláusulas abertas, aproximou o direito público do direito privado, na busca pela dignidade da pessoa humana. [...] O Direito e a Justiça uniram-se e tiveram filhos: o Direito Público e o Direito Privado. Outrora, imaturos, eles viviam distantes. A dignidade da pessoa humana trouxe a maturidade necessária a unir os dois irmãos, Direito Público e Direito Privado. Não houve nenhum fratricídio nessa família: o Direito Público não matou o Direito Privado e a constitucionalização do direito civil não engoliu o direito privado. Hoje, irmãos, Direito Público e Direito Privado conversam com objetivo comum: promover a dignidade da pessoa humana. Um fortalece ao outro e se inter-relacionam na promoção da pessoa humana, do bem comum, da fraternidade, solidariedade, da felicidade e, isto, não é pouco. (MOREIRA, 2017, p. 91-99)

Esse processo de horizontalização do direito civil é importante, porquanto a Carta Magna, ao dispor em seu artigo 227 que a criança, com absoluta prioridade, tem direito ao alimento, está necessariamente trazendo reflexos para o âmbito civil-constitucional (BRASIL, 1988). Tanto é que a tábua axiomática privada, em diversos dispositivos jurídicos, sacramenta o direito ao alimento da criança: a) “Art.

1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos”; b) “Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar [...] o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato”; c) “Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”; d) “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação” (BRASIL, 2002).

Portanto, em regra, desde a assunção da condição de genitor até posteriormente ao falecimento do responsável pelo alimento, há uma positiva tutela jurídica da criança, no sentido de a mesma ter que receber alimentos para que sua integridade física, que consiste na preservação de seu âmbito corporal, se reste preservada, livre de lesões. Trata-se de medida de horizontalização do direito civil, uma vez que a Carta Magna estabelece que o alimento é direito social da criança, de tal sorte que a mesma será nutrida para sua incolumidade corporal se esquivar de lesões de deficiências hormonais, energéticas e danosas.

Angélica Rosa e Pollyanne Souza sacramentam que o direito ao alimento da criança diz respeito ao “acesso regular, permanente e livre à alimentação suficiente e adequada, que assegure a realização física e mental, individual e coletiva, de uma vida digna” (2014, p. 91). Assim, tendo ou não o genitor o poder familiar, há o dever de prestar um combo de alimentos para sua criança, em virtude de esta ter que ter o sistema corporal tutelado, livre de embargos danosos ou ameaças. Tanto é que a doutrina sacramenta que, frente à ausência da criança ao rol de alimentos:

o corpo acaba por não se desenvolver no máximo da sua capacidade, o cérebro tem seu desenvolvimento comprometido, há uma ausência de energia para o desenvolvimento das atividades diárias e prejudica ainda a saúde, ou seja, a alimentação (e principalmente a falta dela) afeta não só a saúde e o desenvolvimento físico do ser humano, como também o seu desenvolvimento cognitivo (ESPÓSITO; SOUZA; SIQUEIRA, 2019, p. 5).

Daí a importância da horizontalização do direito civil, porquanto tutela a criança ao lhe sacramentar a garantia, em nível constitucional até, de que receberá um combo de alimentos do seu pai, em linguagem mais tradicional. É que, em análise à luz da Constituição, sendo dever da família assegurar à criança uma alimentação, se tem que o direito civil deverá projetar suas trilhas para tal fim, resguardando, enquanto efeito dominó, o pupilo de rebaixamento da sua incolumidade corporal.

Portanto, em decorrência deste processo de horizontalização da tábua axiomática privada, no qual os valores dos humanos lançam seus jatos de efeitos nas



espinhas dorsais familiares, se tem que a criança deverá receber alimentos para que sua integridade física esteja hospedada no satisfatório desempenho, esquivando-se, logo, de lesões ou ameaças.

4. LEGITIMIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA ADIMPLENTO DO DÉBITO ALIMENTAR: ANÁLISE À LUZ DA INTEGRIDADE FÍSICA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A sociedade empresária tem personalidade jurídica, desde que seu ato constitutivo tenha sido registrado na competente Junta Comercial. Por causa de tal personalidade, a sociedade empresária adquire, por si própria, um vasto leque de negócios jurídicos, em terrenos dos fatos jurídicos; e obrigações e direitos. Maria Diniz, com precisão cirúrgica, até sustenta: “A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só [...], sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas” (2012, p. 340).

Porém, em determinadas circunstâncias ilícitas, se afasta a personalidade jurídica da sociedade mercantil, de tal modo que, em uma análise puramente normativa, a mesma perde, temporariamente, a capacidade de adquirir direitos e deveres, abrindo margem para alcance do patrimônio pessoal do sócio que usou a empresa de modo ilícito, seja com o desvio de finalidade, que “é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”, ou com a confusão patrimonial, que é uma verdadeira mistura patrimonial dos bens particulares dos sócios com os da sociedade empresarial (BRASIL, 2002). Trata-se de teoria maior, a qual sacramenta que se “exige a presença de um requisito específico para que se efetive a desconsideração” - desvio de finalidade ou confusão (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 490).

Sobre a desconsideração da personalidade jurídica, Mônica Gusmão leciona que:

seu objetivo é desconsiderar momentaneamente a personalidade jurídica para atingir os bens particulares dos sócios quando houver confusão patrimonial e desvio de finalidade, preservando-se, desse modo, os interesses e direitos dos credores prejudicados pelo mau uso da sociedade (GUSMÃO, 2016, p. 184).

Em termos concretos, tendo confusão patrimonial ou desvio de finalidade, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando intervir no processo, suspen-se a personalidade jurídica do empresário (sociedade empresária) para alcançar bens tangíveis e intangíveis dos sócios, com a finalidade de tutelar os interesses de terceiros lesados. Sobre tal desconsideração, a boa doutrina destaca:

[...] em algumas situações a independência patrimonial da pessoa jurídica acoberta o exercício de atividades ilícitas ou fraudulentas, dificulta a responsabilização por prejuízos causados a terceiros ou se transforma em obstáculo para a tutela de direitos fundamentais e, em tais casos, se justifica superação dessa autonomia por meio da desconsideração da personalidade jurídica, que representa uma reação legítima do Estado aos abusos praticados sob o manto da distinção entre a vida, a responsabilidade e o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica (TOLEDO, 2015, p. 393).

Partindo de todo o exposto, há de se sacramentar que é lícito desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária para adimplemento de débitos alimentares, tendo em vista o melhor interesse da criança e sua integridade física; e tendo em vista, também, que aquela fora utilizada para acobertar atos ilícitos.

Isto porque, a criança tem um melhor interesse, que consiste em ter sua integridade física, principalmente, esquivada de brutais lesões ou ameaças pela falta de abastecimento do seu organismo com nutrientes orgânicos necessários. Nesta correnteza, Ribeiro e Santos apontam que os seres, incluindo as crianças, têm necessidades vitais que precisam ser supridas com os compostos advindos dos alimentos (2019, p. 7). Assim, à criança deve ser destinado alimento, com a finalidade de a mesma abastecer seu corpo com uma boa alimentação, podendo ter um desempenho orgânico livre de embaraços e perturbações.

Inadmissível é o genitor, com má-fé, utilizar-se da pessoa jurídica para esconder os bens particulares, livrando-se de patrimônio para adimplemento de débitos alimentares. É que a criança tem que estar com a salubridade corporal saudável, de tal sorte que precisa receber alimentos do genitor, para tanto - se trata da concretização da projeção do valor humano da criança. Em termos concretos, os alimentos asseguram o respeito à integridade física da criança, concretizando-se a tutela desde as células e tecidos até os órgãos, sistemas e o próprio organismo.

Assim, deve incidir a desconsideração da personalidade jurídica quando o genitor se dotar com condutas abusivas ou ilícitas para ocultamento de patrimônio frente aos débitos alimentares. Trata-se de medida para tutela da criança, bem como seu melhor interesse e integridade física. É que a criança, como bem pontua a doutrina, tem que receber alimentos para concretização de sua integridade física



e de seu melhor interesse (CHAVES; ROSENVALD, 2017, p. 712).

Flávio Tartuce defende que, caso os sócios cometam fraudes e lesem terceiros, incluindo aí as crianças, a sociedade empresária, a requerimento duma parte, terá a personalidade jurídica suspensa, com a finalidade de se alcançar o patrimônio necessário para adimplemento do débito (TARTUCE, 2011, p. 135). Assim, visando não adimplir o crédito alimentar e usando o genitor da sociedade empresária para ocultar patrimônio, haverá possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa, penetrando-se no patrimônio autônomo da mesma para saudar a dívida alimentícia. É medida para concretização da integridade física da criança, que deverá se desenvolver livre de injustificados estragos físicos, ou seja, tal medida serve à criança, porquanto a mesma acessará um combo de alimentos, que, conforme Yussef Cahali, são “prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral” (2009, p. 16).

Gustavo Velasco e Rafael Bizelli arguem: “a autonomia privada [...] deverá se manifestar não somente para a perseguição de interesses particulares. Não mais se admitem atos egoístas” (2014, p. 119). Partindo daí, caso o genitor usar a sociedade empresária para ocultar patrimônio e não adimplir os débitos alimentares, a requerimento da parte ou do Ministério público, a personalidade jurídica da empresa se suspenderá, tendo o patrimônio pessoal tolhido para satisfação não apenas de títulos alimentícios, mas também para satisfação e realização do melhor interesse da criança, que, segundo Ana Flávia, sobre forte escolta do iluminista Boyadijan, é vislumbrado:

como o fundamento principal de todas as ações referentes aos menores, sendo que, qualquer orientação ou decisão [...] deve levar em consideração o que é melhor e mais adequado para satisfazer suas necessidades e interesses, [...], almejando assim, a proteção integral dos seus direitos (SOUZA, 2017, p. 33).

Daí porque a doutrina majoritária sacramenta:

O direito a alimentos está conexo com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e é imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro tenha instrumento para impedir a fraude que ocorre por meio da via societária. Fraude essa causada pelo sócio que faz uso abusivo da autonomia patrimonial da sociedade e da responsabilidade limitada. Prejudicando o mais importante dos credores, o de natureza alimentar. O instrumento adequado e bastante específico para desmascarar tal fraude, é a desconsideração [...] da personalidade jurídica (CASTRO, 2020, p. 3486-3487).

É um posicionamento correto, pois frente ao uso da sociedade mercantil para fraude contra o direito alimentício da prole, especialmente com confusão patrimonial, deve haver tal desconsideração. Trata-se de medida que privilegia o melhor interesse na criança, afinal a permite a ter acesso ao rol de alimentos, e, enquanto efeito dominó, lhe blindar com a integridade física livre de contusões ou ameaças, uma vez seu corpo fica respaldado pelo regular funcionamento com os processos químicos e físicos ocorrendo naturalmente, sem invalidades, tais como falta de produção energética, “recorrência em infecções”, retardos mentais ou no crescimento (FRAGA; VARELA, 2012, p. 61).

Assim, no momento em que o genitor usa a sociedade empresária para ser insolvente, em mera tentativa de se esquivar do dever de adimplir o crédito alimentar, o juiz, a requerimento do interessado, poderá determinar, principalmente por decisão interlocutória¹, que a personalidade jurídica da empresa seja afastada, alcançando, assim, o patrimônio autônomo para concretização e projeção do devido alimento da criança. Com isso, a criança poderá munir-se com fartos nutrientes alimentícios, ganhando vigor, solidificando seu sistema físico em uma rigidez benéfica. É que, tendo o organismo da criança acesso aos compostos dos alimentos, há o seguinte efeito: os processos fisiológicos e metabólicos se restam equilibrados, podendo o corpo se desenvolver naturalmente, de tal sorte que o pupilo terá tutela no âmbito corpóreo (SQUEFF, 2021, p. 554).

Bem pontuam Didier e seus coautores que os “alimentos consistem, assim, na prestação voltada à satisfação das necessidades básicas e vitais daquele que não pode custeá-las”, incluindo aí a criança (DIDIER et al., 2017, p. 713); e Dayane Alves e Fabiana Junqueira complementam sacramentando que o alimento “é tudo aquilo que é essencial para a sobrevivência do ser humano” (ALVES; NEVES, 2009, p. 03). O alimento que a criança deve receber do genitor é essencial, vez que a mesma, ao ingeri-los, está, automaticamente, resguardando sua integridade física e seu melhor interesse, porquanto não sofrerá abalos sistêmicos nos ossos, nas peles, enfim, em toda conjuntura física. E é neste sentido que, para efetiva cobrança da devida pensão alimentícia, em prol do melhor interesse da criança e de sua inte-

¹ O juiz, durante análise processual, se submete a dois aspectos, principalmente: (i) suas decisões ficam limitadas as regras até então existentes, observado, diante da omissão normativa, a possibilidade de usar diversas fontes do Direito; (ii) as decisões não podem ultrapassar o limite da boa-fé. Tais pontos são ressaltados porque o juiz, para resolver um caso concreto, pode proferir três diferentes decisões: despacho, decisão interlocutória ou sentença, conforme o artigo 203 do CPC. São decisões que ficam limitadas pelo Direito, não podendo ultrapassar o limite da boa-fé, notadamente pelas suas decisões precisarem passar, para as partes e até mesmo para os advogados (para exercerem os direitos constitucionais e processuais, em prol do cliente-parte), informação, lealdade, cooperação e ética. De todo modo, se destaca que a decisão interlocutória não encerra o processo, entretanto é uma decisão com natureza decisória (LEMOS, 2016).



gridade física, deve haver a retirada do véu “personalidade jurídica” da sociedade empresária, desde que o genitor a utilize para ocultar patrimônio frente aos seus deveres para com a prole.

É lícida a doutrina por seguir tal posicionamento, porquanto dispõe:

O incidente da desconsideração da personalidade jurídica será processado [...]. Após julgado o incidente e ficando comprovada a má fé por parte do devedor, será desconsiderada a personalidade jurídica, cujos bens da empresa poderão ser objetos de penhora de crédito alimentar (BASCHIROTTO, 2017, p. 10).

Partindo daí, se conclui, por derradeiro, que é lícita a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para adimplemento dos débitos alimentares, desde que o genitor tenha usado a empresa com finalidade ilícita, principalmente com confusão patrimonial; e isto é devido ao fato de existir um melhor interesse da criança, bem como a mesma ter que ficar com o organismo tutelado, livre de lesões ou ameaças.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, notável é o seguinte provérbio: “Não se vive para comer, come-se para viver”. É verdade. Pessoas precisam se alimentarem para sobreviverem, porquanto o alimento é fonte de abastecimento corporal com componentes fundamentais para o regular desempenho orgânico.

Como já se observou ao decorrer do texto, para o campo biológico, é essencial que o corpo humano, incluindo aí a criança, receba uma alimentação adequada, consistente num conjunto de gradientes que auxiliem no desenvolvimento e na preservação da própria estrutura psicofísica do pupilo. Para além dessa noção de direito ao alimento, deve-se buscar a linha de alimento saudável, tudo em conformidade com o melhor interesse da criança.

Em se tratando de crianças, tal provérbio descrito nas linhas acima também tem vigência. É que a criança precisa se alimentar, ingerir nutrientes advindos de frutas, verduras, legumes e outros bens comestíveis. Em termos cristalinos, a criança precisa abastecer seu corpo com os compostos advindos dos alimentos, porquanto seus sistemas operacionais os demandam para contínuo funcionamento.

No Brasil, não é raro o evento de criança ficar sem alimento porque o genitor, com má-fé, torna-se inadimplente. Também não é raro o genitor ocultar seu patrimônio particular, em uma pessoa jurídica, para não adimplir os débitos alimentares.

Quer dizer, é uma situação que ocasiona, principalmente, duas problemáticas centrais nos campos jurídico e da realidade: (a) ocultar o patrimônio particular, para fins de inadimplemento alimentício, é medida caracterizada como abuso de direito, logo é ato ilícito; (b) o menor, diante de uma confusão de bens entre o sócio - pai - e a empresa da qual integra como membro, para fins de não quitação de pensão alimentícia, se resta com a salubridade orgânica sobre ameaça de danos.

É neste contexto que se torna legal a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para adimplemento da pensão alimentícia, desde que o genitor a use para causar confusão patrimonial, ocultando bens pessoais; e que tenha o vínculo de parentesco.

Tal situação, importante ressaltar, encontra guarida em um cenário de horizontalização do direito civil. Em decorrência do fenômeno do direito privado ficar permeado pelas características da personalidade da pessoa humana, todo o aparato jurídico deve ser analisado em prol do ser humano. Em termos simples, a lei é do humano, é para o humano. Com essa concepção de horizontalização do direito civil, se inaugura uma etapa em que o pupilo, enquanto pessoa humana portadora de direitos essenciais, deve ser protegido pela coletividade, terceiros e próprios genitores.

Assim, para garantia de tal tutela ao pupilo, a desconsideração da personalidade jurídica ganha destaque, nos moldes já analisados.

Trata-se de medida típica, com parâmetros bem delimitados pela tábua axiomática humanizada (Código Civil), uma vez que a criança tem um melhor interesse e tem que ter a integridade física protegida, totalmente distante do terreno da perturbação ou ameaça de lesão. Em outras palavras, a criança terá que receber pensão alimentícia do genitor, em virtude de seu melhor interesse e integridade física demandarem, ou seja, o pupilo não terá que suportar restrições nos sistemas corporais, seja em nível micro (células e tecidos) ou macro (sistemas, órgãos e até mesmo o organismo como um todo).

E a concretização desta tutela da criança deverá projetar jatos de efeitos na realidade ontológica, tornando lícita a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para atingir o patrimônio autônomo da mesma e, assim, dar o devido ao pupilo, que tem um melhor interesse, bem como uma integridade física a ser preservada contra lesão ou ameaça; e isto ocorre, vale ressaltar, quando o genitor utiliza a empresa para confundir o patrimônio, em mera tentativa de se esquivar do dever alimentício.





REFERÊNCIAS

ALVES, Dayane Domingues; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Aspectos gerais sobre a pensão alimentícia. *Revolução na Ciência*, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2579/2246>. Acesso em: 22 maio 2021.

BASAN, Arthur Pinheiro. *Contratos existenciais: hermenêutica a luz dos direitos fundamentais*. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13247/1/ContratosExistenciaisHermeneutica.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

BASCHIROTTTO, Camila et al. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica inversa e sua aplicabilidade na execução de alimentos com base no novo código de processo civil. *Constituição e Justiça: Estudos e Reflexões*, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <http://periodicos.unibave.net/index.php/constituicaojustica/article/view/130/114>. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#direitoempresa. Acesso em: 20 maio 2021.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral da função social do contrato: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, v. 15, n. 58, 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: R. dos tribunais, 2009.

CASTRO, Thainá Alves de. *A desconsideração inversa da personalidade jurídica e os alimentos no direito brasileiro*. LONGO, Ana Carolina Figueiró; NIKITENKO, Viviani Gianine. Compêndio FAJS. Brasília: UniCEUB, 2020.

CESAR, Thaís Borges. *Recomendações nutricionais da ingestão de energia*. In: TIRAPÉGUI, Julio. *Nutrição, fundamentos e aspectos atuais*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: direito da empresa*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, E. V.; FONTES, N. B. P.; MAIRINK, C. H. P. Personalidade jurídica: da constituição, da alteração e extinção da sociedade empresária. *LIBERTAS: Rev. Ciênc. Soc. Apl.*, v. 9, n. 1, p. 34-50, jan./jul. 2019, p. 38. Disponível em: <http://famigvirtual.com.br/famig-libertas/index.php/libertas/article/view/233/217>. Acesso em: 22 maio 2021.

COMETTI, Marcelo Tadeu. *Manual de Direito Empresarial: Volume único*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.



COUTO, José Henrique de Oliveira. *Resumo de teoria geral de direito empresarial, empresa e empresário*. 1. Ed. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2022.

DIDIER J., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

ESPÓSITO, Mariana Peixoto; SOUZA, Bruna Caroline Lima de; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *O direito fundamental à alimentação: da previsão à concretização desse direito*. Encontro Internacional de Produção Científica, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A nova sistemática dos alimentos: Expressão de solidariedade familiar e garantia de direitos fundamentais. *Revista Direito e Desenvolvimento*, v. 2, n. 3, 2011.

FRAGA, Jeovane Alberto Alves; VARELA, Danielle Santiago da Silva. A relação entre a desnutrição e o desenvolvimento infantil. *Rev. Assoc. Bras. Nutr.*, v. 4, n. 5, 2012. Disponível em: <https://www.rasbran.com.br/rasbran/article/download/129/105>. Acesso em: 26 maio 2021.

GOMES, José Jairo. *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Mônica. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC. *EMERJ*, v. 19, n. 74, 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista74/revista74_183.pdf. Acesso em: 25 maio 2021.

HOPPE, Hans-Hermann. *Uma Breve História do Homem: Progresso e Declínio*. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM editora, 2018.

JUDITH, Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

KIRCH, Aline Taiane; COPATTI, Lúvia Copelli. O direito à alimentação de crianças e adolescentes: uma discussão acerca do papel dos poderes do estado e da sociedade civil em prol da concretização. *Revista de Estudos jurídicos UNESP*, v. 17, n. 26, 2014. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/839>. Acesso em: 22 maio 2021.

LEMOS, Vinicius Silva. A não preclusão das decisões interlocutórias e a liberdade decisória do juízo de primeiro grau. *Revista de processo*, v. 257, 2016.



MADALENO, Rolf. *A execução de alimentos pela via da dignidade humana*. In: CAHALI, F. J.; PEREIRA, R. C. (coord's.). Alimentos no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, 8ª ed. rev. amp – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Do Direito Comercial ao Direito Empresarial: formação histórica e tendências do Direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/73484>. Acesso em: 21 maio 2021.

MOREIRA, José Claudio Domingues. *A constitucionalização do direito civil: o direito público matou o direito privado?*. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil Volume 2, 2018, p. 91-99.

PEREIRA, R. C. *Teoria Geral dos alimentos*. In: CAHALI, F. J.; PEREIRA, R. C. (coord.). Alimentos no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial: Volume único*. 10. ed. Rio de Janeiro: método, 2020.

RIBEIRO, Alessandro Silva; SANTOS, Laura Rúbia da Silva dos. A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a importância da pensão alimentícia, sua execução e as principais alterações nela introduzidas pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Nova Hileia*, v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/novahileia/article/view/1711/1045>. Acesso em: 24 maio 2021.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali, de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Angélica Ferreira; SOUZA, Pollyanne Regina de. Fome: excludente do princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Direitos Sociais e Política Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 2, n. 2, 2014. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/36/pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

SANTOS, Clilton Guimarães dos. *Tutela jurisdicional ao direito a alimentos: efetividade do processo e execução da prestação alimentar*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23042010-145528/publico/Dissertacao_Completa_Clilton_Guimaraes_dos_Santos.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. O direito fundamental à alimentação adequada e suas consequências na ordem jurídica brasileira: uma interpretação sob o viés da efetividade. *Revista Argumenta - UENP*, n. 15, p. 41-57, 2011. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/download/198/197>. Acesso em: 22 maio 2021.

SOUZA, Ana Flávia Carneiro. *A efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na guarda compartilhada*. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017, p. 33. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20210/3/EfetivacaoPrincipioMelhor.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. *EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. A construção do Direito Humano ao Alimento no plano internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021, p. 553. Disponível em: <https://www.cienciasaude.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/6585/pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. [S.l.]: RENOVAR, 2011.

TOLEDO, Paulo Guilherme Amaral. *Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: considerações acerca do § 5º do artigo 28 da Lei 8.078/90*. GUERRA, A. Dartanhan de M.; MALFATTI, Alexandre David (coord's). Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. SP: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil brasileiro: Direito de família*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VON HAYEK, Friedrich August. *Os erros fatais do socialismo: Por que a teoria não funciona na prática*. Barueri: Faro Editorial, 2017.



MINERAÇÃO ILEGAL, SELETIVIDADE PENAL E RACISMO AMBIENTAL: ANÁLISE A PARTIR DA “OPERAÇÃO DILEMA DE MIDAS”

MINING, CONTROL AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEM SELECTIVITY: ANALYSIS THROUGH THE “DILEMA DE MIDAS” OPERATION

*Pedro Stadtler Rocha dos Santos**

Resumo: O artigo investiga as razões pelas quais o ouro extraído em terras indígenas ingressa facilmente como ativo lícito no Brasil. Como hipótese inicial, estabeleceu-se que a facilidade na ocultação da origem do ouro no Brasil ocorre porque os povos indígenas são desumanizados e os principais beneficiários da cadeia produtiva do ouro representam grandes interesses econômicos. Nesse sentido, a partir da análise do Processo nº 000478-10.2019.4.01.3902, da Justiça Federal de Santarém, estudou-se os mecanismos de controle do comércio do ouro no Brasil, bem como suas respectivas fragilidades. Complementarmente, a partir de pesquisa bibliográfica exploratória, estudou-se os conceitos de seletividade penal e racismo ambiental, sob a ótica da criminologia verde e criminologia crítica, como forma de fornecer um substrato para a análise social dos dados coletados no Processo n.º 000478-10.2019.4.01.3902. Nesse sentido, concluiu-se que os mecanismos de controle de ouro são, de fato, fracos e que a principal razão para isso é a seletividade penal e o racismo ambiental aos quais estão sujeitos os povos originários.

Palavras-chave: Garimpo ilegal. Bacia do Tapajós. Seletividade penal. Racismo ambiental. Operação Dilema de Midas.

*Graduando do nono período da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro do Grupo Além das Grades (UFPE). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7104214317237767>. E-mail: stadtler.pedro@gmail.com e pedro.stadtler@ufpe.br.

Abstract: The article investigates the reasons why the gold extracted from indigenous lands enters, as a legal asset, the Brazilian market. As an initial hypothesis, it was suggested that the precedence of the gold is easily hidden because of the dehumanization of the indigenous people and the great economic power of those who benefit from it. Thus, through the analysis of the Process number 000478-10.2019.4.01.3902, in the Federal Justice of Santarém, it was studied the control mechanisms of gold commerce in Brazil and its fragilities. Additionally, through bibliographic research, it was studied the concepts of criminal justice system selectivity and environmental racism, under the lens of the critical criminology and green criminology, as a mean to provide a theoretical subtract to analyze the data of the Process. It was concluded that the control mechanisms of gold acquisition are indeed weak and that the main reason for that is criminal selectivity and the environmental racism that indigenous peoples are subjected to. The article is dedicated to the analysis of how the criminal justice system selectivity is represented in the processes of criminalization and due diligence mechanisms. Thus, it was investigated the means from which the illegally mined gold enters, as a financial asset, the national financial system. To support the analysis, it was studied the "Operação Dilema de Midas", that originated the "Processo nº 0000478-10.2019.4.01.3902", in the Federal Justice of Santarém, in the State of Pará. It was identified that the inexistence of previous research of the amount of gold some mining areas are to produce is the main mechanism of illegal gold laundering. It was concluded that, because it privileges economic interests instead of bodies who are subject to racism, the regulations regarding gold acquisition in Brazil are inefficient on purpose. Thus, in the present case study, the criminals are privileged and the victims, by the concept of biopolitics, are humans who can be killed without further consequences.

Keywords: Illegal mining. Tapajós Basin. Criminal justice system selectivity. Environmental racism. Dilema de Midas Operation.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre preservação ambiental, direitos dos povos indígenas e mineração ilegal tem sido um ponto de tensão constante no Brasil. Contudo, ainda que essa tensão exista, os povos indígenas seguem negligenciados por uma boa parcela da população. É um tema, portanto, que acumula grandes contradições: é sempre presente, ainda que invisibilizado; é constante, ainda que nem sempre discutido.

Nesse sentido, há uma legislação penal esparsa com vistas a superar todo e qualquer tipo de problema relacionado à questão (Lei de Crimes Ambientais, Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e etc.), como o problema da mineração ilegal. No entanto, a aplicação da lei penal dificilmente é uniforme. No século passado, foram muitos os estudiosos que, superando o paradigma etiológico, passaram a pensar novas criminologias. Logo, o tema da seletividade penal se tornou central no debate das ciências criminais no Brasil e no mundo. E não está presente apenas no campo urbano. Portanto, o problema que



orienta a pesquisa é: por quais motivos os mecanismos de controle das agências penais são tão fracos para apurar e reprimir ilícitos ligados à mineração ilegal em terras indígenas?

O presente trabalho parte do pressuposto de que a vítima também sofre efeitos da seletividade penal. Com isso, foi eleito como objetivo geral do presente trabalho investigar as razões pelas quais os crimes cometidos contra a população indígena, no contexto da mineração ilegal no Brasil, têm sido negligenciados. Nos objetivos específicos, buscou-se analisar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, a seletividade do sistema penal sob o prisma das correntes teóricas da criminologia crítica e da criminologia verde; identificar os meios pelos quais o ouro ilegal extraído das terras indígenas tem sua origem escamoteada, a partir da análise do Processo n.º 0000478-10.2019.4.01.3902 (Operação Dilema de Midas); e considerar as consequentes fragilidades no processo de controle da cadeia de ouro no Brasil como resultado de uma possível seletividade penal.

No trabalho, levantou-se a hipótese de que os meios de controle são frágeis, pois, sendo uma atividade econômica milionária no Brasil, não há interesse em se apurar, investigar e controlar a extração de ouro em terras ocupadas por povos historicamente marginalizados.

Deve-se dizer que alguns recortes foram realizados, o que, consequentemente, limita o escopo do trabalho. O principal deles é geográfico: conquanto os marcos normativos estudados sejam nacionais, o estudo de caso que subsidiou as análises ocorreu na Bacia do Tapajós. Isso expõe certas particularidades. Há consideráveis diferenças, por exemplo, entre o contexto socioeconômico da Bacia do Tapajós, no Pará, e o contexto de demais povos e terras indígenas espalhados pelo Brasil. Outro recorte relevante é que há uma análise qualitativa de um único caso. Optou-se por isso a fim de analisar em profundidade, ainda que não se permita inferir a frequência da utilização desse mesmo método. E, por sua vez, optou-se por essa Operação por ter sido uma das mais célebres nos últimos anos focada exclusivamente na lavagem do ouro na Bacia do Tapajós.

No entanto, ainda que o trabalho carregue limitações, não se pode esquecer que, a partir das conclusões exaradas, fornece indícios claros dos mecanismos sociais e legais que repercutem em um inegável genocídio indígena.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 SELETIVIDADE PENAL E RACISMO AMBIENTAL

A política criminal é um mecanismo discursivo, social e político que permite identificar quais condutas merecem ser criminalizadas e as estratégias de aplicação de um poder punitivo (FERREIRA, 2021). A análise da política criminal, porém, não deve se limitar a um subsistema de direito penal e processual penal. O direito penal, na realidade, refere-se a valorações de outros subsistemas jurídicos. Por outras palavras, “a norma de conduta penal é construída com referências às valorações sociais e normativas prévias” (BARBOSA, 2021, p. 54). Todavia, tanto os sistemas normativos primários, quanto o próprio sistema penal, padecem do que se convencionou a chamar de seletividade. Nesse sentido:

nem os bens jurídicos protegidos com a pena são de igual interesse para todos os membros da comunidade, nem os infratores têm a mesma probabilidade de serem criminalizados (BARRANQUERO, 1987, p. 140).

Com isso, para analisar os controles “frouxos” na cadeia do ouro, utiliza-se da seletividade. No Brasil, a seletividade penal é notadamente marcada pelo genocídio da população preta e periférica. A seletividade está nos tipos penais que são criados e ganham relevância no sistema de justiça criminal, mas, sobretudo, nos sujeitos que são os alvos preferenciais desse sistema. No último caso, diz-se que a política criminal se orienta com base na criação de estereótipos (BRANDÃO, 2019), ou ainda como “bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixados no sistema socioeconômico [...]” (BARATTA, 2002, p. 161).

Nesse sentido, para a criminologia crítica, a persecução penal se orienta, também, a partir de interesses socioeconômicos. Assim, onde há interesses econômicos, há convivência do Poder Público. Isso ocorre não só com a flexibilização da legislação ambiental, mas também com a facilitação às práticas delitivas que beneficiam os detentores de maior capital político, econômico e cultural. Como contrapartida, permite também o ataque a grupos marginalizados – seja pelo próprio sistema de justiça criminal, seja pela negligência na proteção desses corpos.

Não é só. O poder se põe na sociedade com as noções de quem deve viver e quem deve morrer. Na modernidade periférica, especialmente no Brasil, adquire relevância também pensar em que local das criminologias se situam os povos originários. Mesmo que os problemas de violência urbana sejam os mais noticiados no país, há uma série de indícios que revelam a prática de um verdadeiro genocídio indígena.



Evandro Piza Duarte (2017, p. 172) diz que: “O racismo é o que fragmenta o domínio do campo biológico, permitindo distinguir entre o que deve viver e o que deve morrer”¹. Em seu contexto europeu, Giorgio Agamben (2008) se utiliza da expressão dos “campos de concentração” que, para ele, representariam uma terceira categoria entre aqueles que vivem e aqueles que morrem: seriam aqueles que sobrevivem. O judeu, portanto, era um homem privado de qualquer dignidade e, logo, não homem. Traduz-se no “morto vivo que, por ter sido privado de qualquer dignidade, flutua entre a vida e a morte” (DUARTE, 2017, p. 172). São essas as pessoas que, marcadas pela sua origem étnica, podem ser mortas, sem que haja maiores consequências. Por sua vez, esse entendimento não marca apenas a posição do ofensor, mas também a posição da vítima.

Para Colognese e Budó (2021), dentro do discurso da justiça ambiental há duas dimensões, sendo uma delas a compreensão de que os efeitos da degradação ambiental não são uniformes para todos os agentes. Mesmo nos centros urbanos, há que se ressaltar o papel do racismo ambiental em definir quais os principais atingidos pelos problemas ambientais. Isso se repete, evidentemente, na mineração, que ocorre precisamente em terras indígenas.

As contradições que alimentam o discurso penal-ambiental também são evidentes. Para Jesus Maria-Sánchez (2013, p. 32), há, na contemporaneidade, “um consenso geral, ou quase geral, sobre as ‘virtudes’ do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos”. Ora, as leis penais esparsas no Brasil ampliam-se a cada dia – inclusive, não há como se esquecer da própria Lei de Crimes Ambientais. Todavia, não se percebe uma ampliação da preservação ambiental no Brasil.

Por isso, Colognese e Budó (2021) percebem aproximações entre a criminologia crítica e a criminologia verde. Uma das principais é que a seletividade penal está presente também nos delitos ambientais. Grandes poluidores dificilmente são punidos; pequenos poluidores, contudo, são preferencialmente atingidos pelo Estado. Para elas (Ibidem, p. 33),

Existe pouca visibilidade das ações praticadas e da vitimização produzida nessa esfera, cujos resultados são socialmente nocivos e particularmente complexos em suas cadeias de relacionamentos. Infelizmente, são poucos os casos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana que recebem atenção da mídia.

¹ Sobre esses fenômenos, Foucault utiliza os termos *biopoder* e *biopolítica* (DUARTE, 2017).



O mais importante para o presente trabalho, contudo, é a compreensão de que os danos ambientais são ainda mais impunes em países situados à margem do mundo globalizado devido à violência estrutural à qual muitas pessoas estão submetidas (*Ibidem*).

Os discursos penais são voltados a casos episódicos e marcados por preconceitos. Constantemente, atuam como resposta rápida e simples a acontecimentos de grande repercussão (FERREIRA, 2021)². As representações sociais, portanto, importam demais, bem como a atenção da mídia. Não se diz aqui que a forma de se fazer política criminal no Brasil é a mais correta. A mineração ilegal, no entanto, atende a interesses econômicos e satisfaz as representações que desumanizam povos originários e, sob essa ótica, tem o potencial de ocorrer incólume. Nesse sentido, sob o prisma teórico aqui adotada, há de se concordar que os controles fracos na cadeia do ouro são consequência do racismo ambiental.

Por sua vez, alerta o MPF (2020) que o descontrole do garimpo ilegal apresenta perigos próprios, pois, devido à extrema liquidez e dificuldade de rastreamento do ouro, vários grupos criminosos podem utilizá-lo como forma de lavar os valores decorrentes de suas práticas criminosas. Conquanto não haja dados específicos sobre isso, a Agência Pública já denunciou a ligação entre crimes ambientais e tráfico de drogas (BARROS, 2021). Por ironia, o último crime é seriamente repudiado, sendo a Lei de Drogas uma das principais responsáveis pela gigantesca população carcerária no Brasil³. Todavia, os crimes ambientais seguem com controles “frouxos”.

É que, nos casos, as pontas da cadeia ocupam posições diferentes nas representações sociais. O traficante preso corresponde a um estereótipo, marcado por uma classe social específica, mas, acima de tudo, por um fenótipo (posição do ofensor). Na mineração ilegal, os afetados são povos marcados por uma origem específica que lhes atribui outro fenótipo, ligado também a posições de subalternidade (posição da vítima). Quando esses corpos ocupam a posição de ofensor, a lei penal é máxima; quando de vítima, é mínima. Por outras palavras, “a lei é como uma serpente; só morde os pés descalços” (STRECK, 2008)⁴. Por consequência,

2 Um exemplo disso estão as inúmeras leis penais batizadas com nome de vítimas famosas.

3 É certo que existem outras razões históricas e sociais que explicam o tratamento normativo do crime de tráfico de drogas, todavia há de ser apontada a postura contraditória nos processos de criminalização primária. Ademais, é de se recordar também que o traficante preso normalmente não ocupa posição relevante na cadeia do tráfico, caso também de seletividade penal.

4 Originalmente, a frase é referida por José Jesus de la Torre Rangel que a atribui a um camponês de El Salvador.



os mecanismos de controle também são mínimos, pois não há interesse em se investigar, sobretudo se a cadeia econômica é lucrativa. E, ao se falar de mineração ilegal, fala-se de uma indústria milionária (RISSO, 2021). A dinâmica da mineração ilegal, portanto, não é mais de rudimentariedade, mas sim de uma cadeia de produção de mortes que enriquece empresas e agentes muito longe dos locais de extração.

Por sua vez, não se trata, aqui, de defender um expansionismo penal. Ao se analisar os casos, não se pretende demandar, necessariamente, uma pena privativa de liberdade. Sequer pretende demandar penas. Basta demandar que o Poder Público efetivamente atue na preservação do meio ambiente. E isso envolve investigar e controlar o ouro ilegal. Para isso, precisam ser localizadas as fragilidades do sistema.

Com isso, o presente trabalho busca investigar as razões pelas quais o ouro ilegal extraído de terras indígenas possui controles tão fracos. Nesse sentido, precisa-se entender, precipuamente, porque eles são fracos. Assim, devem ser analisados os meios pelos quais o ouro extraído é lavado no Brasil.

2.2 BREVE SÍNTESE DA “OPERAÇÃO DILEMA DE MIDAS”

O presente trabalho se limitou a analisar o inquérito policial e a denúncia constantes no processo, como forma de tentar compreender se o controle da cadeia do ouro ilegal é, ou não, frágil. Naqueles autos, cinco pessoas foram denunciadas pela prática dos mais diversos crimes: a) organização criminosa; b) falsidade ideológica; e c) adquirir bens produzidos pela exploração de matéria-prima da União, sem autorização legal ou em desacordo com o título autorizativo. Os denunciados adquiriam o ouro extraído de forma clandestina de qualquer pessoa que se apresentasse no posto da empresa PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, mesmo sem portar título autorizativo (BRASIL, 2019). As informações originaram-se, por sua vez, do Processo nº 0000478-10.2019.4.01.3902, nas cerca de 13.000 páginas, em PDF, extraídas da plataforma PJE. O processo até a consulta, entretanto, seguia sem sentença, embora em fase adiantada da instrução processual.

Nos autos, os policiais federais identificaram que bastava alguém aparecer com ouro na empresa para que os funcionários o comprassem. Todavia, para dar ares de legalidade, declarava-se a origem do ouro como proveniente de área legal. No período investigado, estimou-se cerca de 4.652 operações de aquisição de ouro de origem ilegal, em operações que teriam totalizado mais de 70 milhões de reais (*Ibidem*).



2.3 EVOLUÇÃO NORMATIVA DA GARIMPAGEM NO BRASIL

As noções históricas de garimpagem sempre levaram em consideração a rudimentariedade da técnica. O ouro, inclusive, era atividade econômica voltada não apenas por grandes detentores de capital, mas também por homens livres que poderiam exercer essas atividades na chamada lavra de aluvião (MPF, 2020). Nesse sentido, as primeiras regulamentações sobre o tema no Brasil não apenas reconheciam a garimpagem, como também a protegiam. Cria-se, portanto, um plexo normativo atinente à garimpagem no Brasil; e, ela, pelo Decreto-Lei nº 1.985/1940 (BRASIL, 1940), pressupunha: a) a lavra rudimentar; b) a natureza dos depósitos; e c) o sistema social e econômico da produção e do seu comércio. Todavia, essa caracterização foi flexibilizada nas últimas décadas.

Em sua atual concepção, a garimpagem não demanda uma atividade rudimentar. Não se fala mais de garimpo em si, mas de Permissão de Lavra Garimpeira (PLG). Para a Lei nº 7.805/89, é “a atividade de aproveitamento de minerais garimpáveis, executadas no interior de áreas estabelecidas para esse fim [...] sob o regime de permissão de lavra garimpeira” (BRASIL, 1989). Dentre os minerais classificados como garimpáveis, está o ouro. Contudo, mesmo sem prever a rudimentariedade, a legislação age como se a atividade de garimpagem fosse de baixo impacto ambiental. Isso também apresenta algumas problemáticas no campo político criminal.

Ainda que existam limites normativos às PLG's⁵, elas contam com um regime legal extremamente flexível. Faltam, pois, elementos que distingam uma mineração rudimentar de verdadeiras indústrias mineradoras e, conseqüentemente, de alto impacto ambiental (RISSO, 2021). Logo, demanda a sofisticação de técnicas, especialmente quando em áreas inacessíveis. Já não se trata mais de homens livres buscando na natureza, mas de pistas de pouso clandestinas na Amazônia, bem como maquinário industrial, com preços na casa dos milhões (RISSO, 2021).

A identificação da cadeia de distribuição desse maquinário e das pistas de pouso clandestinas em algumas regiões tem sido, inclusive, um dos métodos de investigação utilizados pela Polícia Federal. Contudo, por não prever técnicas de extração de impacto ambiental, é perfeitamente possível que a PLG possua alto impacto ambiental, mesmo sendo legal. A legislação, no entanto, ignora isso. Mesmo que se demande licenciamento ambiental, esse processo possui poucos requisitos

⁵ Elas não podem exceder uma quantidade específica de hectares, nem podem ser localizadas em terras indígenas.



pois a lavra garimpeira está isenta da necessidade de Estudo de Impacto Ambiental seguindo a Resolução 01/1990 do Conama (RISSO, 2021)⁶.

Contudo, o objeto do presente trabalho não está nesse problema específico. Mais relevante é a inexigência de pesquisa prévia de dimensionamento de jazidas para a concessão da PLG. Como já explanado, durante a investigação os policiais federais identificaram que, na PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, qualquer pessoa que possuísse ouro poderia lá vender, ainda que não pudesse explicar sua origem. Declarava-se o ouro como proveniente de área legal. Como isso poderia acontecer?

A resposta é que o descontrole do garimpo legalizado subsidia empreendimentos ilegais. As PLG's não demandam estudos prévios à exploração das áreas garimpáveis, que permitam estimar a quantidade de minério que poderá ser produzida (RISSO, 2021). Não se exige informações como dimensão da jazida, técnicas de extração ou produtividade esperada para a concessão de PLG's (MPF, 2020). Por outras palavras, é perfeitamente possível que haja lavagem de ouro extraído de áreas ilegais, utilizando-se de minas legais: sem um estudo prévio, não há controle, por parte das instâncias administrativas, da quantidade de ouro que aquela PLG deveria produzir e quanto ela diz que produz⁷.

Com efeito, para que aquele ouro ingresse no mercado legalmente, basta a declaração de que provém de área legalizada por PLG (MPF, 2020). A declaração, por sua vez, é dotada de presunção de verdade, uma vez que além de não existir estimativa prévia, o ouro, em si, é praticamente irrastrável. Poucos são os mecanismos capazes de identificar a origem do ouro.

No caso estudado, os funcionários da PCO-OUROMINAS-SANTARÉM expediam notas fiscais de compra de ouro ou contratos particulares para exploração de ouro ideologicamente falsos, com a finalidade de vincular o ouro de origem desconhecida às PLG's. O caso em questão evidencia as problemáticas sociais e ambientais da flexibilidade legislativa, pois as investigações se iniciaram diretamente com um garimpo ilegal dentro da Terra Indígena Zo'é (Óbidos/PA), na região da Bacia do Tapajós. Os responsáveis por aquele garimpo, em seus depoimentos, apontaram que vendiam o ouro extraído na PCO-OUROMINAS-SANTARÉM. Há um impacto direto entre lavagem de ouro e os prejuízos suportados por povos origi-

⁶ A situação se tornou ainda mais dramática com Portaria ANM 22, que prevê uma licença ambiental tácita, nas hipóteses em que a agência reguladora não analisar o pedido em até 120 dias.

⁷ Estima-se que, com uma comissão de 10% do valor, detentores de minas legais declarem o ouro obtido de empreendimentos ilegais, lavando, com facilidade, esse ouro (WAGNER, 2016).

nários. Se não houvesse como vender o ouro, é evidente que não haveria sequer garimpo naquelas terras.

Um questionamento que subsiste, entretanto, é por que a legislação trata o garimpo ilegal como se fosse uma técnica rudimentar ou de baixo impacto. Para isso, não há respostas fáceis. Porém, não há como se dissociar dos conceitos de seletividade. Não é o suficiente, contudo, a criação de tipos penais, mas são necessários mecanismos de controle efetivos para a proteção dos bens jurídicos tutelados pela norma. As razões podem ser das mais diversas, mas, com as categorias elaboradas anteriormente, basta ver quais são os povos mais afetados para se ter indícios. Mesmo que os impactos ambientais, em maior ou menor grau, sejam sentidos por todos, os impactos da mineração ilegal são suportados em sua maioria por povos originários. Com efeito, não se parece ter um interesse no combate à mineração ilegal.

2.4 A BACIA DO TAPAJÓS

O contexto espacial do caso estudado é a Bacia do Tapajós. Ela é rica em minérios, mas é também a casa do Território Munduruku, composto por 6.500 pessoas dos povos Munduruku, Apiaká e Kayabí, e abrangendo 2.382 hectares distribuídos ao longo do Rio Tapajós. Nessa região, em 1983, foi criada a Reserva Garimpeira do Tapajós, que se tornou um epicentro de mineração ilícita no País, ainda que tenha sido criada com o objetivo de promover a mineração legal (RISSO, 2021). Logo, é um dos territórios mais relevantes – e preocupantes – em relação ao descontrole da mineração ilegal no Brasil. E adquire especial relevância por ser um local onde mineração legal e ilegal têm o potencial de conviver com proximidade⁸.

Uma das principais formas pelas quais o ouro entra no mercado legal é sendo categorizado como ativo financeiro, normalmente através de uma Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, doravante chamadas de DVTM's (RISSO, 2021). Com efeito, a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM é uma DVTM. A importância dessas empresas é das maiores. A prova da regularidade da primeira aquisição de ouro é feita por nota fiscal emitida por cooperativa (ou, se pessoa física, recibo), contendo informações do título autorizativo; ou pela nota fiscal da empresa autorizada pelo BACEN a realizar compra de outro (BRASIL, 2013). Todavia, a legislação também

⁸ Na região, mais de 60 mil garimpeiros trabalham, contando com o apoio, ainda, de mil pistas de pouso (ANGELO, 2020). Assim, reforçam-se os argumentos de que o garimpo ilegal na Bacia do Tapajós está longe de ser calcado em processos rudimentares, artesanais, ou de mera mineração irregular, mas sim trata-se de investimentos de altas cifras, com a finalidade de extrair a maior quantidade de ouro possível.



garante que as DVTM's são as únicas adquirentes capazes de levar o ouro para outras regiões que não a região aurífera produtora (MPF, 2020). É, pois, um monopólio para garantir, ao menos em tese, que o Brasil possua controle sobre a quantidade de minério que produz.

Como monopólio, são poucas as empresas que podem comprar ouro como ativo financeiro no Brasil. As DVTM's possuem postos de compra espalhados pelo país, mas podem ser traçadas ao coração financeiro do Brasil: São Paulo. Nesse sentido, importante frisar que os garimpeiros atuais não andam por aí com picaretas e quem compra o ouro não é qualquer um. Há uma cadeia milionária relevante de alta lucratividade para quem possui grande capital econômico, social, político e cultural (RISSO, 2021).

Como forma de proteger essas empresas, a legislação atribuiu ao vendedor a responsabilidade “pela veracidade das informações por ele prestadas no ato de compra e venda de ouro, incluindo-se aí a responsabilidade pela indicação da origem do metal” (MPF, 2020, p. 85). Para completar, presume-se a boa-fé da empresa adquirente, desde que as informações do vendedor estejam registradas em sua sede. Todavia, entende-se que a declaração do vendedor deverá conter a identificação da origem do ouro, área da lavra, número do processo administrativo na ANM e título autorizativo. Na prática, a OUROMINAS violou a lei, pois, ainda que carentes de título autorizativo, ela adquiriu ouro, utilizando-se de PLG's de fachada (BRASIL, 2014).

O maior “erro” da PCO-OUROMINAS-SANTARÉM foi a postura ativa no escamoteamento do ouro ilegal. Mecanismos mais sofisticados, porém, provavelmente funcionam com maior facilidade. Quem lucra demasiadamente com a extração do garimpo ilegal apresenta, certamente, capacidade de titularizar várias PLG's, ou de se utilizar de PLG's em nome de terceiros. Para as empresas basta, dessas pessoas, aceitar suas declarações e seu respectivo título autorizativo sem maiores digressões. É uma cadeia, por sua vez, produtiva. A Ourominas, a partir do critério de arrecadação de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), é a décima maior do País (INSTITUTO ESCOLHAS, 2020).

Porém, evidentemente, há um custo. Todavia, não é sequer suportado diretamente por quem se beneficia. Ao revés, é um ônus cujos povos indígenas da região são obrigados a suportar, seja com o desmatamento, seja com envenenamento por mercúrio⁹.

9 Basta e Hacon (2020), analisando algumas aldeias afetadas pelo garimpo na região do Tapajós, concluíram

Do ponto de vista nacional, atualmente existem 321 pontos de mineração ilegal na Amazônia, sendo uma boa parte deles em territórios indígenas. O Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), por sua vez, analisou que em 2020.1, o desmatamento da Amazônia aumentou em 25%, boa parte disso impulsionada pela mineração ilegal, principalmente em territórios indígenas. Nesses territórios, entre 2018 e 2019, a degradação pela mineração mais que duplicou (RISSO, 2021). Em igual sentido, o Laudo nº 091/2018-UTEC/DPF/SNM/PA, arrolado ao processo objeto do presente estudo atesta, por exemplo, problemas de saúde pública causados pela mineração na região do Rio Tapajós (BRASIL, 2014). Há, por exemplo, o aumento da turbidez da água, contaminação por mercúrio e cianeto, além de assoreamento do rio e de seus afluentes. O laudo chega a apresentar a informação alarmante de que a cada onze anos em média, a atividade garimpeira despejaria no Rio Tapajós uma quantidade de rejeito comparável a que foi despejada no Rio Doce com a tragédia em Mariana, causada pela SAMARCO/VALE/BHP. Há, pois, uma correlação direta entre mecanismos de controle frouxos e seletividade penal.

Nessa esteira, as vidas indígenas são extremamente afetadas pela mineração ilegal. Não bastasse, estudos indicam que locais de mineração ilegal normalmente conjugam outros tipos de crimes colaterais, como tráfico de pessoas, condições de trabalho análogas à escravidão e prostituição (MAY, 2017). As atividades de DVTM's como a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM têm o potencial de, ao aumentar a pressão de demanda pela mineração, aumentar também os impactos sociais e ambientais que essas atividades acarretam.

2.5 AS ÁREAS DE PERMISSÃO DE LAVRA GARIMPEIRA (PLG)

Como dito, sem pesquisa prévia para dimensionamento de jazidas, é quase impossível controlar a quantidade de ouro que é produzido nas PLG's. Se não sabemos a perspectiva de produtividade, não há possibilidade de controle. São áreas que podem nada produzir, ou podem produzir muito. Podem, porventura, produzir muito mais no papel do que na realidade.

Contudo, todos os anos deve ser enviado um Relatório Anual de Lavra, constando a produção, o estoque e a destinação dos recursos minerais extraídos

que 60% das pessoas apresentavam níveis de mercúrio no cabelo acima dos valores de referência, inclusive crianças, o que "é especialmente preocupante, já que o mercúrio afeta diretamente o Sistema Nervoso Central, que está em desenvolvimento nas crianças menores de 5 anos, e o cérebro dos fetos ainda em formação no útero materno" (Ibid., p. 3).



(RISSO, 2021). É um dos poucos mecanismos de controle. No entanto, sem a pesquisa prévia a auditoria é um trabalho extremamente complexo e, mesmo encontrados indícios de lavagem, é difícil dimensionar. Houve casos, como na Operação Minamata, que divergências entre o Relatório Anual de Lavra e as compras declaradas por DTVM's indicaram a existência de um processo de lavagem de ouro. Ainda assim, a auditoria, além de ser dificultada, demanda uma análise dedicada da ANM e de um trabalho de cruzamento de dados (MPF, 2020). O cruzamento de dados, porém, é dificultoso: a ANM sequer conta com um sistema informatizado (MPF, 2020). É comum, portanto, que muitas DVTM's tenham PLG's básicas para registro do ouro que chega lá sem permissão ou licença (RISSO, 2021).

Na "Operação Dilema de Midas", diligências iniciais apontavam para isso. Como dito, as investigações se iniciaram quando responsáveis por um garimpo ilegal localizado em terra indígena atestaram que vendiam o ouro extraído da PCO-OUROMINAS-SANTARÉM. Com isso, agentes da Polícia Federal dirigiram-se à sede da PCO-OUROMINAS agindo como se vendedores fossem. Na ocasião, um funcionário da empresa ofereceu-se para comprar ouro, sem exigência de qualquer documento. Não havia crime por se tratar de crime impossível. Havia, entretanto, indícios de que era conduta reiterada da PCO-OUROMINAS a compra de ouro sem exigência da declaração (BRASIL, 2014).

Com a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telemático, foram encontradas duas notas fiscais no CPF de um dos responsáveis pelo garimpo inicialmente localizado, confirmando as suas alegações de ter vendido ouro pela PCO-OUROMINAS. Ademais, fortaleceu os indícios de que vendeu a PCO-OUROMINAS utilizando apenas os seus documentos pessoais. Foi identificado ainda que nas duas ocasiões o minério foi declarado como tendo sido extraído de duas PLG's distintas, ambas em Itaituba/PA (BRASIL, 2014). Fato interessante é que Itaituba é, inclusive, o segundo maior município em produção de ouro no Brasil, a partir da arrecadação da CFEM (INSTITUTO ESCOLHAS, 2020) e local onde se localiza a Reserva Garimpeira do Tapajós (RISSO, 2021). Desse modo, há desacordo entre o local de extração, região ao redor da Terra Indígena Zo'é, e o local que constava na nota fiscal. Em outras palavras, o ouro ilegal foi atribuído à Reserva Garimpeira.

Havendo suspeita de ser prática generalizada da PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, o MPF e a Polícia Federal estabeleceram um planejamento que envolveu apreciar a legalidade de todas as operações de compras realizadas pela empresa de 2015 a 2018. Desse modo, houve a) obtenção das notas fiscais, por meio de quebra de sigilo fiscal e busca e apreensão; b) sistematização das notas

fiscais de acordo com as PLG's indicadas como de origem do minério e o CPF do vendedor. Depois, houve, na investigação das PLG's, a) a inquirição de seus titulares sobre a autorização ou não de terceiros explorarem seu garimpo; b) a requisição de contratos de parceria ou procurações que autorizassem terceiros a transportar e vender o minério extraído; c) análise do Relatório Anual de Lavra, a fim de verificar o lançamento do ouro comercializado; e d) perícias, nas áreas da PLG, para a confirmação de se havia sinais compatíveis com atividades de extração mineral (BRASIL, 2014).

Os vendedores também foram inquiridos se, na ocasião da venda, a PCO-OUROMINAS havia exigido documento de origem do minério. Era perguntado, ainda, se o mineral vendido tinha sido efetivamente extraído daquela PLG indicada na nota fiscal emitida pela PCO-OUROMINAS. Caso fosse, era questionado se o vendedor havia firmado parceria ou possuía alguma procuração com o titular daquela PLG (BRASIL, 2014).

Por motivos de concisão, a análise pormenorizada de cada um dos anos analisados pela Polícia Federal não é fundamental. Porém, cabe analisar, para ilustrar, as operações da PCO-OUROMINAS-SANTARÉM em 2015.

Naquele ano, a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM adquiriu 319.823,4g de ouro. Das 1.931 notas fiscais emitidas, constava-se a origem de 67 PLG's distintas. Destas, o valor impressionante de 66 PLG's eram de titularidade de uma mesma pessoa, Lucas, e a outra, de José. Esta última, em consulta ao site do DNPM (atual ANM), foi indeferida, de modo que a extração naquela área seria, de todo modo, ilegal (BRASIL, 2014)¹⁰.

As cinco maiores PLG's de Lucas totalizaram a venda de 266.269,1g de ouro para a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM. A consulta ao Relatório Anual de Lavra, entretanto, indicava que absolutamente nada teria sido extraído das PLG's declaradas. Na verdade, de todas as PLG's titularizadas por ele, apenas três, que não constavam nas notas fiscais PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, efetivamente declararam produção no Relatório Anual de Lavra, totalizando cerca de 16.000g de ouro. Ou seja, nada nem perto de 266.269,1g que supostamente a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM adquiriu proveniente de PLG's. A partir das inquirições de Lucas, permitiu-se concluir que, daquelas operações, poucas foram autorizadas (BRASIL, 2014).

¹⁰ Os nomes foram alterados para preservar as identidades de quem sequer foi denunciado, ainda que o processo seja público.



Com as PLG's de titularidade de Lucas foram declaradas a proveniência do ouro por 1.184 vendedores diferentes. Excluindo-se as operações de venda realizadas pelo único vendedor autorizado, tem-se o número de, só em 2015, 1.633 operações nas quais utilizou-se PLG's de Lucas para declarar origem do ouro adquirido. Para completar, no ano de 2015, 127 notas fiscais sequer constavam a PLG de origem do ouro extraído. Com isso, o MPF estimou que, em 2015, o montante de ouro de origem ilegal que ingressou no mercado foi de 23 milhões (BRASIL, 2014).

Com as análises anuais, ficou evidenciado que, utilizando-se de PLG's específicas e previamente conhecidas pelos funcionários, os denunciados, atuantes na PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, adquiriam o ouro extraído de área ilegal e, por meio de documentação falsa, o declaravam, em conjunto com o vendedor, como extraído de área de garimpo legal (PLG). Assim, existia uma quantidade desproporcional de minério apresentado, extraído de PLG's cujo Relatório Anual de Lavra não fornecia subsídio para as vendas simuladas. Ademais, muitos titulares de PLG's não tinham conhecimento de que aquele minério havia sido declarado como extraído de suas terras. Muitos dos que constavam como vendedores também declararam que, em que pese já terem vendido para a PCO-OUROMINAS-SANTARÉM, foram colocados nessa posição em várias operações que nunca realizaram. Ou seja, havia o escamoteamento também de vendedores. A DVTM, logo, tornou-se pivô de lavagem de ouro ilegal naquela região (BRASIL, 2014).

Porém, o trabalho teve que ser, efetivamente, manual. Os valores manifestamente discrepantes demonstram que, longe de ser um fato isolado, a prática investigada pode ser um fenômeno de ampla utilização, sobretudo considerando o tamanho da mineração ilegal no Brasil. Sistemas informatizados, contudo, poderiam realizar automaticamente o cruzamento de dados fornecidos por DVTM's e os Relatórios Anuais de Lavra. Contudo, há a possibilidade de fraudes com grande dificuldade de se identificar. Por exemplo, é possível que um titular de PLG passe a declarar no Relatório Anual de Lavra valores compatíveis com os vendidos a DVTM's, mesmo o ouro que venda seja de uma região ilegal. Nesse sentido, esse cruzamento de dados seria inútil, se conta com a anuência de titular de PLG. É possível, pois, que organizações criminosas complexas não sejam, a princípio, descobertas.

Com efeito, o ponto fulcral é a inexistência de estudos prévios. E isso já se encontra documentado. Nesse sentido, diz o MPF (2020, p. 123): "a superação da fase de pesquisa na concessão de PLGs torna impossível a estimativa produtiva das jazidas, caminho aberto para a lavagem do ouro". Todavia, o legislador se mantém inerte. O sistema atual, portanto, é comprovadamente deficiente. Por um

lado, isenta as DVTM's de responsabilidade e da diligência quanto às alegações do vendedor de ouro; por outro, isenta as áreas de garimpo (PLG) de pesquisa prévia de modo a dimensionar a produção estimada de minério, impedindo maior controle. Com isso, o ouro ilegal pode ser declarado como legal sem que os órgãos de controle possam verificar a plausibilidade. E, no caso da “Operação Dilema de Midas”, isso se comprovou na prática.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto condutor das investigações foi compreender as razões pelas quais os mecanismos de controle das agências penais são consegues apurar e reprimir ilícitos ligados à mineração ilegal em terras indígenas como é esperado. Nesse sentido, o trabalho se ancorou em duas análises: a) compreender por que os mecanismos de controle da cadeia de ouro são “frouxos” do ponto de vista prático, a partir da análise da Operação Dilema de Midas; b) explicar por quais razões a seletividade penal e racismo ambiental fundamentam esses parcos controles.

Assim, com a análise da “Operação Dilema de Midas”, pretendia-se verificar as fragilidades dos sistemas de controle da primeira aquisição do ouro no Brasil. O que se evidencia, contudo, é que: ainda que algumas notáveis operações tenham identificados esses problemas, existem fortes indícios de subnotificação. Em síntese, como elementos centrais para a lavagem do ouro ilegal no País estão: a inexistência de um cruzamento automatizado de dados entre os Relatórios de Lavra Anual das PLG's e as aquisições de ouro por DVTM's; e a inexistência de pesquisa prévia de dimensionamento das jazidas de PLG's. Com efeito, o controle não possui mecanismos que possam automaticamente identificar irregularidades – nada justifica a inexistência de um sistema informatizado de controle do ouro adquirido – e, mesmo quando os órgãos de persecução manualmente recorrem a esses dados, ainda subsistem fragilidades notáveis se não há pesquisa prévia.

Por sua vez, é pressuposto do trabalho que a mineração ilegal em terras indígenas atende a interesses econômicos e satisfaz representações sociais, que desumanizam povos originários. Esse posicionamento não é isolado. Ao revés, várias correntes criminológicas explicam que povos colocados à margem do sistema econômico são clientes privilegiados do sistema penal. Nesse caso, quando ocupam o vértice na cadeia de vítima, a desumanização também igualmente os atinge.



Por outras palavras, a fragilidade dos mecanismos de controle do ouro produzido em PLG's, permite que, com facilidade, o ouro ilegal ingresse como legal no mercado financeiro. E, pela lucratividade da cadeia produtiva do ouro, a convivência prevalece, tendo em vista que tais condutas não são vistas como dignas de pena. Ademais, os atingidos são desconsiderados e desumanizados pelos processos de criminalização.

Nesse sentido, torna-se comum que enquanto garimpeiros bloqueiem a BR-163, no Estado do Pará, para protestar contra a queima de equipamentos de mineração apreendidos, o presidente da Associação Nacional do Ouro (Anoro) se encontre com membros do alto escalão do governo, dentre eles o à época Ministro do Meio Ambiente (QUADROS, 2020). Fosse em um contexto delituoso que não o ambiental, isso seria evidentemente inconcebível.

Com isso, conclui-se que os mecanismos de controle da primeira aquisição do ouro são propositalmente frouxos, pois, em um sistema penal pautado pela seletividade, atende a interesses econômicos relevantes e atinge, em sua maioria, uma população extirpada de sua dignidade. Aquela que – para usar os termos de Agamben – nem se deixa viver, nem se deixa morrer, mas apenas sobreviver.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ANGELO, Maurício. Omissão, crime organizado e a “febre do ouro” durante a pandemia no maior polo de mineração ilegal do Brasil. *Observatório da Mineração*, 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://observatoriodamineracao.com.br/omissao-crime-organizado-e-a-febre-do-ouro-durante-a-pandemia-no-maior-polo-de-mineracao-ilegal-do-brasil>. Acesso em 15 jan. de 2022.

BARATTA, Alessandro. *Criminológica crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Marco Antônio Ghannage. *A interseção entre doação eleitoral e corrupção: critérios para distinção entre as condutas e definição do comportamento penalmente relevante*. Orientador: Raquel Lima Scalcon. 2021. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, FGV, 2021, São Paulo.

BARROS, Ciro. *A íntima relação entre cocaína e madeira ilegal na Amazônia*. Disponível em: <https://apublica.org/2021/08/a-intima-relacao-entre-cocaina-e-madeira-ilegal-na-amazonia/#sobreposi%C3%A7%C3%A3o-cada-vez-maior-das-rotas-entre-as-fac%C3%A7%C3%B5es-criminosas-do-narcotr%C3%A1fico-e-os-grupos->



ligados-aos-crimes-ambientais. Acesso em: 17 ago. 2022.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1262-1307, mar. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50980/34015>. Acesso em: 30 ago. 2021

BASTA, Paulo Cesar; HACON, Sandra de Souza. *Impacto do mercúrio na saúde do povo indígena Munduruku, na Bacia do Tapajós*, 2020. Disponível em: https://www.greenpeace.org/static/planet4-brasil-stateless/9ec86ba8-wwfbr_2020_nt_impacto-merc%C3%BArio-sa%C3%BAde-povo-ind%C3%ADgena-munduruku_v2.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRANDÃO, Cláudio. Poder e seletividade: os processos de criminalização na América Latina e os seus impactos na crise do discurso penal. *Caderno de Relações Internacionais*, Recife, vol. 10, nº 18, jan-jun 2019, p. 297-319.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de março de 1940*. Código de Minas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1985.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989*. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7805.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL, *Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013*. Amplia o valor do Benefício Garantia-Safra para a safra de 2011/2012; amplia o Auxílio Emergencial Financeiro, de que trata a Lei nº 10.954, de 29 de setembro de 2004, relativo aos desastres ocorridos em 2012; autoriza a distribuição de milho para venda a pequenos criadores, nos termos que especifica; institui medidas de estímulo à liquidação ou regularização de dívidas originárias de operações de crédito rural; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011, para prorrogar o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras - REINTEGRA e para alterar o regime de desoneração da folha de pagamentos, 11.774, de 17 de setembro de 2008, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.431, de 24 de junho de 2011, 12.249, de 11 de junho de 2010, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, 12.783, de 11 de janeiro de 2013, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 11.727, de 23 de junho de 2008, 12.468, de 26 de agosto de 2011, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.775, de 17 de setembro de 2008, e 12.716, de 21 de setembro de 2012, a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; dispõe sobre a comprovação de regularidade fiscal pelo contribuinte; regula a compra, venda e transporte de ouro; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12844.htm. Acesso em 17 ago. 2022.



BRASIL. Portaria nº 155, de 12 de maio de 2016. Aprova a Consolidação Normativa do DNPM e revoga os atos normativos consolidados. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22910085/do1-2016-05-17-portaria-n-155-de-12-de-maio-de-2016-22909482. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Segunda Vara Federal Cível e Criminal de Santarém/PA. Processo nº 0000478-10.2019.4.01.3902. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 10 dez. 2021

BRASIL. Segunda Vara Federal Cível e Criminal de Santarém/PA. Denúncia. Processo nº 0000478-10.2019.4.01.3902. Procuradores signatários: Patrícia Daros Xavier, Luís de Camões Lima Boaventura, Hugo Elias Silva Charchar, Ana Carolina Haliuc Bragança, Luísa Astarita Sangoi, Paulo de Tarso Moreira Oliveira, Antônio Augusto Teixeira Diniz. Santarém/PA, 15 de maio de 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2019/denuncia_mpf_posto_compra_ouro_ourominas_maio_2019.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

CHANNING MAY. Global Financial Integrity. *Transnational Crime and the Developing World*. 2017. Disponível em: https://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília de Nardin. Crimes e danos ambientais: a criminologia crítica como pressuposto para a criminologia verde – influências e convergências. *Direito e desenvolvimento*, v. 12, n. 2, p. 25-39, 12 jan. 2022.

DUARTE, Evandro Pisa. Biopoder, racismo, conquista e colonialidade: notas sobre Foucault e Agamben. In: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Pisa. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021

INSTITUTO ESCOLHAS. *A nova corrida do ouro na Amazônia: onde garimpeiros, instituições financeiras e falta de controle se encontram e avançam sobre a floresta*. 2020. Disponível em: https://www.escolhas.org/wp-content/uploads/2020/05/TD_04_GARIMPO_A-NOVA-CORRIDA-DO-OURO-NA-AMAZONIA_maio_2020.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Avaliação da exposição ambiental ao mercúrio proveniente de atividade garimpeira de ouro na terra indígena Yanomami, Roraima, Amazônia, Brasil*. 2016. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/diagnostico_contaminacao_mercurio_terra_indigena_yanomami.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *O impacto da pandemia na Terra Indígena Yanomami*. 2020. Disponível em: file:///Users/pedrostadtler/Downloads/prov43-2_2.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.



LIVIA WAGNER. The Global Initiative Against Transnational. *Organized Crime and Illegally Mined Gold in Latin America*. Disponível em: <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2016/03/Organized-Crime-and-Illegally-Mined-Gold-in-Latin-America.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MELINA RISSO. Instituto Igarapé. *O ouro ilegal que mina florestas e vidas na Amazônia: uma visão geral da mineração irregular e seus impactos nas populações indígenas*. 2021. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2021/05/AE-53_0-ouro-ilegal.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Mineração ilegal de ouro na Amazônia*. Marcos jurídicos e questões controversas. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-da-4a-ccr/ManualMineraoIlegalDoOuroNaAmazniaVF.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

QUADROS, Vasconcelo. *Enquanto Força-Tarefa investiga ouro ilegal, lobby do garimpo tem apoio do governo*. Disponível em: <https://apublica.org/2020/06/enquanto-forca-tarefa-investiga-ouro-ilegal-lobby-do-garimpo-tem-apoio-do-governo/>. Acesso em: 14 ago. 2022.

BARRANQUERO, Gladys Romero. Teorías de la criminalización, derecho penal y política criminal. In: *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Fascículo 1, 1987.

SÁNCHEZ, Jésus-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “La ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. *Revista de Estudos Criminais*, Rio Grande do Sul, vol. 8, n. 31, p. 65-96



A MULHER-MARAVILHA E O ELO PERDIDO ENTRE A LIBERDADE SEXUAL E A IGUALDADE DE GÊNERO: UM ESTUDO ACERCA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

WONDER WOMAN AND THE MISSING LINK BETWEEN SEXUAL FREEDOM AND GENDER EQUALITY: A STUDY ON THE PRINCIPLE OF ISONOMY IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

*Victória Araújo Pereira**

Resumo: O presente artigo tem como objeto a possibilidade de correlação da personagem heroica fictícia Mulher-Maravilha com os movimentos feministas no Brasil, movimentos estes que foram responsáveis pela conquista do Princípio da Isonomia, previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988. A metodologia utilizada na presente pesquisa parte de uma abordagem indutiva investigando-se movimentos feministas do século passado, para apontar a influência da Mulher-Maravilha nos movimentos feministas. Discute-se, por conseguinte, a gênese da dominação masculina e a legitimação do androcentrismo, bem como o início da ruptura desta dominação, fazendo passagens com o contexto histórico e biográfico da personagem fictícia. Visa-se, ao fim, estabelecer a correlação entre a heroína com a concretização do Princípio da Isonomia no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Mulher-Maravilha. Feminismo. Direito e Arte. Princípio da Isonomia. Movimentos Feministas.

*Graduanda no 10º período no curso de Direito junto ao Centro Universitário Ruy Barbosa (UNIRUY). Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/5416369459466259>. E-mail: victoria.araujo@outlook.com.br.

Abstract: The present article has as its object the possibility of correlating the fictional heroic character Wonder Woman with the feminist movements in Brazil, movements that were responsible for the achievement of the Principle of Isonomy, provided for in article 5, item I of the 1988 Federal Constitution. used in the present research starts from an inductive approach investigating feminist movements of the last century, to point out the influence of Wonder Woman in feminist movements. Therefore, the genesis of male domination and the legitimation of androcentrism are discussed, as well as the beginning of the rupture of this domination, making passages with the historical and biographical context of the fictional character. Finally, the aim is to establish a correlation between heroin and the realization of the Principle of Isonomy in the Brazilian legal system.

Keywords: Wonder Woman. Feminism. Law and Art. Principle of Isonomy. Feminist Movements.

1. INTRODUÇÃO

A Mulher-Maravilha foi criada em 1940 pelo filósofo, pesquisador, cientista, professor, advogado e adepto ao movimento feminista, Willian Moulton Marston. Visava o autor uma mudança radical do patriarcado, por meio da ascensão das mulheres ao poder, criando elas um novo paradigma.

Moulton considerava o empoderamento feminino como inevitável, apoiando e defendendo reivindicações feministas, a igualdade de gênero e a liberdade sexual. É neste sentido que a heroína fora criada, objetivando em enaltecer os valores do gênero feminino, servindo como inspiração não só no mundo fictício, repleto de heróis, bem como aos leitores das histórias em quadrinhos e para o mundo real, em especial as mulheres.

Todavia, partindo do pressuposto que não há dúvidas que a heroína nasceu em meio aos movimentos feministas, indaga-se se ela reconstrói futuramente o feminismo a ponto de traçar um possível elo com os movimentos feministas do Brasil.

A presente pesquisa tem como intuito apontar possível elo entre uma personagem fictícia da indústria de entretenimento, a Mulher-Maravilha (*Wonder-Woman*), com os movimentos feministas do Brasil do século passado, que foram responsáveis pela conquista do Princípio da Isonomia.

O objetivo geral desta pesquisa visa analisar a possibilidade de traçar elo entre uma heroína da indústria de entretenimento com os movimentos feministas no Brasil. Sendo necessário a fim de alcançar a resposta, fazer a análise minuciosa das raízes construtivas da Mulher-Maravilha, dos seus símbolos, atitudes ao longo das décadas, além de uma breve caminhada pela primeira e segunda onda do movimento feminista.



A justificativa para esta pesquisa consiste na perspectiva que abordar direitos e garantias ao gênero feminino mantém-se contemporâneo, sendo assim, tema de relevância social, posto que valores machistas, patriarcado e masculinidade tóxica prevalecem em nosso meio social. Infelizmente, a mulher continua sendo desrespeitada, sendo vista como objeto. Índices de crimes contra elas continuam elevados. Fatores estes que são consequências de um entendimento que homens são superiores às mulheres e que estão são submissas a eles.

Para que seja possível a devida elaboração deste trabalho, valeu-se da metodologia indutiva, no qual se parte de uma premissa particular, isto é, movimentos feministas do século passado, para questões amplas como a influência da Mulher-Maravilha nos movimentos feministas e como a mesma fora influenciada e, por fim, a elaboração do Princípio da Isonomia na Constituição Federal de 1988. Visa-se investigar a relação entre a heroína com a elaboração do Princípio da Isonomia, no qual ambas têm em comum as ondas feministas.

Como reforço à pesquisa também foi utilizado as vertentes-metodológicas: a) tecnologia social científica, uma vez que converterá o pensamento jurídico numa tecnologia voltada para questões sociais – nesse caso a junção dos três elementos será um método diferenciado para ratificar as conquistas dos direitos civis e políticos feminismo dentro da ótica das histórias em quadrinhos – e b) jurídico-sociológica, pois passa a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo, já que o Direito como uma variável que depende da sociedade – movimentos feministas que foram responsáveis pelas conquistas de direitos femininos.

Além destes meios metodológicos, valeu-se do suporte teórico oriundos de análise de histórias em quadrinhos da Mulher-Maravilha e de pesquisas biográficas do criador da heroína amazona, Willian Marston. Outrossim, insta mencionar que a presente pesquisa consiste na leitura de trabalho acadêmicos que versem sobre movimentos feministas nos Estados Unidos, França e Brasil, estudos da doutrina brasileira que envolvam o princípio da isonomia, assim como, o contexto histórico das lutas feministas (*lobby* de batom) que foram responsáveis pela inserção deste princípio da Constituição de 1988.

Por fim, este artigo foi organizado em 03 (três) capítulos e a conclusão. O primeiro abordará a legitimação do androcentrismo, pincelando sobre o ponto de vista antropológico, sociológico e histórico a gênese da dominação masculina. O segundo apresenta o cenário histórico da incorporação e reconhecimentos de direitos femininos no nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Constituinte de 1988. O terceiro discorre sobre o caminhar da Mulher-Maravilha unido com

o movimento feminista. E por último, a conclusão desta pesquisa busca responder o objeto central – se é possível traçar elo entre a personagem e os movimentos feministas no Brasil.

2. INICIANDO O ROMPIMENTO A DOMINAÇÃO MASCULINA

Neste cenário, trazer uma super-heroína americana ao tema, significa traçar elo entre a indústria de entretenimento com o direito, pois enquanto as mulheres no Brasil e Estados Unidos lutavam pelos direitos políticos, civis e sobre o seu corpo (métodos contraceptivos e direito ao aborto legal), no mundo imaginário, o criador da Mulher-Maravilha esculpia uma heroína feminista que serviria de inspiração aos movimentos feministas. No qual, além da suposta influência a líderes feministas, a Mulher-Maravilha contribuiu na elaboração de autoconfiança e estabelecimento de um modelo de feminilidade forte, livre e corajosa, por meio das histórias em quadrinhos.

A princesa amazona foi elaborada durante um período de constantes movimentos feministas, de tal modo que ela representa até os dias atuais forte influência para as mulheres, servindo de parâmetro para a representatividade e força feminina. Deste modo, levando em consideração que a personagem fora criada no contexto feminista e a sua importância da personagem para o público-alvo, resta então entender se de forma direta ou indireta ela transmitiu influência nos movimentos feministas do Brasil no final do século XX.

Pois, tal período houve forte pressão de grupos feministas para que a Constituinte garantisse a igualdade entre gêneros e liberdade sexual das mulheres. Tais direitos eram previstos nas histórias em quadrinhos, já que Marston não só visava na igualdade como possuía o entendimento que a diferença entre o masculino e feminino foi construída pelos homens, com a finalidade de legitimar o androcen-trismo.

Portanto, fazer junção supracitada é trazer à tona uma personagem que visa na igualdade entre gêneros, que quebra a concepção que o feminino é inferior ao masculino, assim como transmite a ideia de feminilidade forte. Logo o objeto deste trabalho é salientar a importância das mulheres nas conquistas de direitos e garantias, apontar que este sexo não é frágil.

Embora esteja previsto na Constituição Federal de 1988 que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, em um momento da história a



possibilidade de equiparar homens e mulheres era tido como afronto à “sociedade tradicional”, pois compreendia-se que o gênero feminino era inferior ao gênero masculino, justificando a subordinação do gênero feminino ao masculino (BOURDIEU, 2012).

Neste caminhar, após o processo de redemocratização do Brasil, o país, em especial, o gênero feminino, tivera uma das maiores conquistas no Direito, pois por meio do artigo 5º, I da CF/88 (expressou que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza) o ordenamento jurídico passou a ter como parâmetro o Princípio da Isonomia. Destarte que com o advento desta Constituição, a mulher passou a ter direitos e obrigações em sintonia com os direitos masculinos.

Acerca dos êxitos obtidos, pode-se destacar:

Proibição de discriminação em razão do sexo; Plena igualdade entre homens e mulheres; Garantia do direito à amamentação dos filhos ao seio; Salário família; Licença maternidade; Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional; Direito à creche; Igualdade salarial entre homens e mulheres por trabalho igual; Extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários, de forma plena, às empregadas domésticas; Direito à posse da terra para homens e mulheres; Proteção estatal à maternidade e à gestante; Igualdade de direitos previdenciários; Reconhecimento da união estável como entidade familiar; Igualdade na sociedade conjugal; Liberdade no planejamento familiar; Plena igualdade entre os filhos, não importando o vínculo matrimonial existente entre os pais (MOREIRA, 2016. p. 235).

Ser mulher significava possuir restrições desde o berço, não havia direitos civis, políticos e educacionais para elas. Ainda no século passado a mulher significava propriedade do *pater* poder, estava atrelada à dominação masculina e conseqüentemente à dependência deste sexo.

Pensamento ultrapassado, posto que a desigualdade entre os gêneros fora criada pelo androcentrismo e legitimada pela sociedade. De tal ponto que em decorrência da naturalização da dominação masculina essas posturas não foram questionadas por muito tempo, incumbindo aos movimentos feministas revolucionar este entendimento arcaico, iniciando, assim, a luta pelo devido espaço das mulheres de atuarem na sociedade. Neste caminhar, Hauch (2017, p. 12) aduz que:

[...] o movimento feminista não é conhecido por uma data de início, mas sim por nomes e rostos de lendárias mulheres que – por intermédio de uma luta real e simbólica – permitiram que cada mulher tenha o que é seu de direito.



Do ponto de vista histórico, desde os primórdios da sociedade existe a relação de desigualdade entre homens e mulheres. Em que o homem por ter mais força física foi destinado a ser o *pater familias*, enquanto que a mulher é vislumbrada como objeto, instrumento de conquista, fatos claramente apontados na obra de Pierre Bourdieu – A Dominação Masculina (BOURDIEU, 2002).

3. LEGITIMAÇÃO DO ANDROCENTRISMO X MOVIMENTOS FEMINISTAS

É sabido que ao longo de toda a humanidade, não importando época, espaço e cultura, os homens e as mulheres ocuparam posições diferentes na sociedade, no qual a regra geral é ter o gênero masculino no topo da hierarquia, fazendo com que ocupassem os melhores cargos na sociedade. Vivenciando as maiores conquistas e oportunidades, ou seja, foram cercados de privilégios e prerrogativas. Neste diapasão, Simone Beauvoir (1967), aborda a mulher como uma categoria existente na sociedade cuja sua existência é tida como exclusão da categoria masculina. Dado que este fator se dá devido ao conceito previamente originado por homens, já que os mesmos ocuparam a filosofia, sociologia e a própria biologia.

Solidificando o seu entendimento Beauvoir alega: “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”, em virtude desse gênero simbolizar ser um “conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino”. Ou seja, a essência do sexo feminino será construída por meio das suas ações. Neste sentido, Beauvoir aduz que:

Ora, o que define de maneira singular a situação da mulher é que, sendo, como todo ser humano, uma liberdade autônoma, descobre-se e escolhe-se num mundo em que os homens lhe impõem a condição do Outro. Pretende-se torná-la objeto, votá-la à imanência, porquanto sua transcendência será perpetuamente transcendida por outra consciência essencial e soberana. (BEAUVOIR, 1967, p. 23).

Seguindo este entendimento é possível notar que além de ser definida por um sujeito imparcial e dominante, a mulher estará submissa a ele. Afinal a ideia do androcentrismo consiste em determinar que as mulheres ou “homem castrado” são os objetos que estarão em torno do sujeito homem. Portanto, sua essência feminina é construída pelo dominador, resultando na opressão e da não transcendência.

Do ponto de vista biológico, não há justificção dentro da própria ciência para validar o motivo que sexo feminino é inferior ao masculino, visto que somente a genitália é o responsável pela diferenciação entre os gêneros. Conceituando-se como



alter ego, no qual o pênis sirva como instrumento não só de diferenciação, como torna o sujeito “mais esperto, inteligente e mais hábil do que o indivíduo” feminino ou o “castrado” (BEAUVOIR, 1967, p. 13). É com base na concepção de superioridade que o dominador determinará a longo prazo as atribuições ao objeto.

Nesta estirpe, é possível observar que desde a Grécia antiga a condição feminina encontra traços comuns, tais como a superficialidade, isto é, no que tange definição do caráter da mulher, resultarão termos que “[...] carece de moralidade, é baixamente utilitária, mentirosa, comediante, interesseira...” (BEAUVOIR, 1967, p. 363). Dado que são adjetivações oriundas dos seus dominadores, ou seja, o sujeito homem. Estes que constituem uma sociedade autônoma e fechada integrando uma coletividade governada, tendo como subordinadas as mulheres.

Por tais motivos que:

A própria mulher reconhece que o universo em seu conjunto é masculino; os homens modelaram-no, dirigiram-no e ainda hoje o dominam; ela não se considera responsável; está entendido que é inferior, dependentes; não aprende as lições da violência, nunca emergiu, como um sujeito, em face dos outros membros da coletividade. (BEAUVOIR, 1967, p. 364).

São condenadas a viverem como “eternas crianças” sendo que no passado este entendimento foi utilizado para os operários, dos escravos negros, dos indígenas nas colônias, ademais com a diferença de serem “crianças grandes”. Significado que deviam aceitar, sem hesitar, verdades e leis que outros homens lhe propunham.

Seguindo o entendimento de (BEAUVOIR, 1967), é válido trazer à baila o antropólogo (BOURDIEU, 2002) e sua obra: “A Dominação Masculina”, como reforço ao nobre entendimento da autora. Neste sentido, Bourdieu doutrina acerca do androcentrismo, da dominação masculina, da incorporação da dominação, a violência simbólica e sua revolução.

O androcentrismo na sua visão consiste na divisão socialmente construída que impera sobre o masculino e feminino, resultando que ambos funcionem como oposição e ao mesmo tempo sejam assimétricos, isto é, tal esquema de pensamento é aplicado de forma universal, oculta e natural devido a meras diferenças biológicas, em especial a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, a qual deriva numa visão de mundo organizada com base nesta diferença, em que a mulher estará atrelada ao inferior e negativo enquanto que o homem é visto como superior, progressista e medidor de todas as coisas.

Ressalte-se que segundo (BOURDIEU, 2002) o androcentrismo é responsável pela gênese de dispositivos que estabelecem e legitimam a figura masculina como superior, fazendo com que seja engatado a este a supremacia e a faculdade de realizar funções que necessitem de força física, liderança, coragem e inteligência, como se as mulheres fossem desprovidas de tais elementos. Enquanto que o gênero oposto é atrelado aos afazeres domésticos e familiares, as atividades tidas como simples e delicadas assim como a ser submissa e dependente do homem. Portanto cabe aos homens executar as atividades nobres. Tal regra é tida como natural e normal, sendo legitimada por toda a sociedade.

Esta legitimação foi denominada por (BOURDIEU, 2002, p. 18) como Dominação Masculina, no qual aduz que:

A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre qual se alicerça.

Possuindo efeitos automáticos, e sem agentes, em que há “uma ordem física e social inteiramente organizada segundo o princípio da divisão androcêntrica”. Esta divisão tem força e relevância na ordem masculina, sendo implícito nas rotinas da divisão do trabalho, dos rituais coletivos ou privados, tendo como exemplo “as condutas de marginalização impostas às mulheres com a sua exclusão dos lugares masculinos”. Logo a ordem social impõe medidas que excluem as mulheres das atividades mais nobres.

Resultando assim confinamento simbólico que pode ser definido quando a moral feminina se impõe, sobretudo através de uma disciplina incessante, relativa a todas as partes dos corpos [...] exerce continuamente através da coação quantos aos trajes ou penteados, assim como limitam-se no território para que os homens possam ter mais espaço, em especial aos lugares públicos (ALVES; PITANGUY, 1984).

Traduzindo as mulheres são naturalmente destinadas à submissão, justamente pela razão de pertencerem ao “mundo limitado” cujas relações sociais de dominação e exploração prevalecem entre os gêneros. Portanto estamos diante do conceito de “violência simbólica”, ou seja, o que é real, efetivo, como se fosse uma violência espiritual, porém sem a violência física, visto que ela exerce sobre os corpos, diretamente, sem qualquer coação física e com efeitos duradouros e disposições permanentes.



Cabe destacar os movimentos feministas, já que são responsáveis por transformar radicalmente valores da consciência e das vontades, que por sua vez, levam ao dominador a adotar como elemento de cumplicidade de tendência (isto é, a visão androcêntrica). É uma ruptura da relação entre as vítimas da dominação simbólica com o seu opressor, visto que estes valores servem tanto para os opressores quanto a si mesmos.

Neste contexto vale trazer à tona o surgimento dos primeiros movimentos feministas. No qual deve destacar de antemão que o século XVIII fora marcado por constantes revoluções, que por sua vez tiveram o apoio popular, tais como: I Revolução Industrial e Revolução Francesa. Em paralelo a estes movimentos surge a primeira onda feminista na França, visando a prática de ação política organizada, em que reivindicava seus direitos de cidadania, revogação de institutos legais que submeteram o sexo feminino ao domínio masculino e mudança na legislação acerca do casamento, levando em consideração que nesta época o intuito do casamento significava transmitir ao cônjuge direitos absolutos sobre a esposa. (SILVA, 2012).

Com a consolidação do sistema capitalista, no século XIX, a organização de trabalho como um todo fora mudando, em especial a mão de obra feminina, já que o desenvolvimento tecnológico fez com que o trabalho feminino antes realizados nos seus próprios lares domésticos passassem a ser executados nas fabricas.

O sexo feminino compartilhava com o masculino terríveis condições de trabalho, em que as jornadas de trabalho chegavam até 18 horas por dia (ALVES; PITANGUY, 1984). Ademais havia diferenças salariais, uma vez que elas recebiam aproximadamente a metade do valor que eles ganhavam. Sendo que a justificativa era que “as mulheres necessitavam menos trabalho e menos salários do que os homens porque, supostamente, tinham ou deveriam ter quem as sustentasse” (ALVES; PITANGUY, 1984, p. 38). Tal rotina desumana fora objeto de reivindicação tanto pelos homens, quanto pelas mulheres.

Esta luta constante, que visava nos direitos trabalhistas das mulheres, rompeu o silêncio e projetou as suas reivindicações na esfera pública. Conforme foi avançando, operários foram se unindo e formando as organizações sindicais. Iniciando inúmeras greves.

O século XVIII foi marcado por constantes revoluções e pela primeira onda feminista, enquanto que o século XIX fora caracterizado pela luta do operariado (melhores condições de trabalho) assim como a luta pelos direitos de cidadania (direito de votar e de ser votado sem o critério censitário). Destarte que enquanto



os homens da classe trabalhadora conseguiram o direito ao voto, tornando-se sufragio “universal”, as mulheres continuavam impedidas de ter direitos de cidadania.

Por volta de 1913 o movimento sufragista inglês se divide em correntes, a primeira conhecida como pacifistas e segunda denominada *suffragettes*, esta segunda corrente era radical em suas atuações, efetuava atos que danificavam a propriedade e bens materiais com intuito de chamar atenção ao que pleiteava. Ressaltando que as *suffragettes* fundaram o grupo *Women’s Social and Political Union*, tal grupo foi responsável por 4 tipos de militância (técnicas de propaganda, desobediência civil, não violência ativa e violência ativa) que influenciaram outros movimentos de mulheres no lado ocidental do planeta. (ALVES; PITANGUY, 1984).

Somente em 1919, 1928, 1932 e 1955 as mulheres americanas, inglesas brasileiras e francesas respectivamente conseguiram o direito de votar e de serem votadas. Em meados do século XX com a ascensão do nazifascismo e preparação para uma nova guerra mundial que:

A afirmação de igualdade entre os sexos vai confluir com as necessidades econômicas daquele momento histórico. Valoriza-se mais do que nunca, a participação da mulher na esfera do trabalho, no momento em que se torna necessário liberar a mão-de-obra masculina para as frentes de batalha (ALVES; PITANGUY, 1984, p. 50).

Ocorre que, com o final da guerra e o retorno da força de trabalho masculina, que a ideia que os gêneros possuem papéis diferentes na sociedade foi reativada, com o intuito de retirar as mulheres trabalhadoras do mercado de trabalho para que estas retornassem aos afazeres domésticos.

A partir da década de 60, o feminismo passa a travar outras demandas que não envolvessem somente a desigualdade no exercício de direitos políticos, trabalhistas e cívicos. Questiona neste momento as raízes culturais destas desigualdades, entender por que homens e mulheres são predeterminados a cumprir papéis opostos, que por sua vez mascaram uma construção social que delega e legitima o homem a posição de mando.

Ratificando o entendimento de Simone de Beauvoir (1967) que ao abordar sua máxima, isto é, ao narrar que a mulher não nasce mulher e sim torna-se, significa afirmar que as criações culturais refletem comportamentos aprendidos que condicionam atribuições diferentes aos sexos, em especial ao sexo feminino, dado que elas desde cedo aprendem que sua natureza é inferior ao sexo masculino em decorrência de diferenças biológicas entre eles. No entanto, ocorre que “este reducionismo biológico camufla as raízes da opressão da mulher, que é fruto na



verdade de relações sociais” (ALVES; PITANGUY, 1984 p.56). Em que o feminismo passa não só a questionar esta hierarquia como almeja combatê-la, afinal trata-se de fatalidade histórica e pode ser superada.

Neste diapasão, vale salientar que o movimento trouxera uma nova tática de luta, os chamados “grupos de reflexão” que surgiram com a necessidade de romper o isolamento das mulheres, passando a ser um espaço próprio para expressar-se sem a interferência masculina, no qual a troca de experiência estava atrelado ao seu autoconhecimento. Resultando no principal alicerce dos movimentos feministas.

Deste modo, diante dos fatos narrados é importante compreender que ao longo da história a mulher vem sendo atrelada à condição inferior e submissa ao gênero oposto, no ponto de vista antropológico é conceituado como a dominação masculina, enquanto que no viés sociológico de Simone Beauvoir como a exclusão da categoria masculina.

Sendo assim o movimento feminista, que se trata da quebra da violência simbólica, já que época fora responsável por denunciar a manipulação do corpo da mulher e violência a qual é submetido, assim como aspira no exercício da sexualidade, da procriação, da contracepção. Passando-se a reivindicar por métodos contraceptivos seguros para ambos os sexos e à livre opção pela maternidade, advoga pelo direito ao aborto seguro e legalizado. Destarte que este movimento que denuncia a construção social da imagem da mulher, é denominado de terceira onda do feminismo.

4. CONSTITUIÇÃO DE 1988: DIREITOS E PRERROGATIVAS DAS MULHERES

A inclusão de mulheres como sujeitos históricos e políticos não tem sido um processo fácil ao longo da história. Embora estivessem munidas de engajamento e ativismos, elas foram responsáveis por organizar inúmeras mobilizações que questionavam a estrutura política e denunciando a exclusão feminina à educação, ao voto, ao trabalho e seu espaço público.

Sendo que:

Em meio a redemocratização, a presença atuante de mulheres organizadas, feministas, bem como as constituintes, na Assembleia Nacional Constituinte, fez toda diferença para os órgãos estatais (re)pensar as pautas que a Constituição Federal pode abortar. [...] Suas demandas foram analisadas, modificadas e incorporadas ao texto constitucional (MOREIRA, 2016, p. 217).

E é neste contexto que cabe afirmar que desde a promulgação da República até a Constituição Cidadã (nossa Constituição atual), todas as normas do ordenamento jurídico pátrio tiveram em comum o caráter androcêntrico com episódios machistas. Efeito reflexo de uma sociedade que compactua a ideologia de que mulheres são inferiores aos homens e que as mesmas não eram dignas de serem detentoras de direito. Esta reprodução reforçava não só o preconceito como alimentava a discriminação contra as mulheres (SILVA, 2012).

Deste modo que a promulgação da Constituição de 1988, transformou-se em um marco legislativo no que tange aos direitos femininos. Pois fora responsável pelos direitos e garantias das mulheres. No entanto, esta conquista é fruto da articulação exercida por 26 deputadas eleitas e com o apoio do movimento feminista, que antes do feito foram responsáveis por mobilizar o país para que pudessem “apresentar emendas populares capazes de eliminar séculos de subordinação legal das mulheres aos homens e a sua exclusão das instâncias de poder” (SILVA, p. 61, 2012).

Em 1986 atuando com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, as ativistas lançaram a campanha “Mulher e Constituinte”, em que o lema central era: “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”. Gerando inúmeras discussões e debates, alcançando o resultado da elaboração da “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, que foi entregue ao Congresso Nacional no mesmo ano. Tal processo ficou conhecido como o *lobby* do batom (LIMA, 2016).

Destarte que as mulheres marcaram a Constituição, já que cerca de 80% de suas reivindicações foram incorporadas ao texto constitucional devido à pressão exercida por elas (LIMA, 2016). Sendo que o maior marco foi o artigo 5º, inciso I da referida Constituição, no qual estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Ressaltando que este entendimento foi atrelado no âmbito das relações domésticas e familiares no rol do artigo 226, §5º da CF/88 que aduz: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Além destas conquistas supramencionadas, houve outras conquistas tais como: direito à maternidade e à infância, reconhecimento do exercício dos direitos e obrigações em conjunto e em sintonia com a igualdade, foi decretado o fim do pátrio poder e o conceito de família monoparental e união estável como entidade familiar. No âmbito eleitoral por meio da lei nº 9.100/95 os partidos políticos foram obrigados a preencher suas candidaturas com no mínimo 20% de mulheres.



Nesta estirpe, vale trazer à tona que a Carta Magna está em conformidade com as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, este que tem como alicerce o Princípio da Isonomia, não discriminação e não-violência. Servindo de norte para as legislações infraconstitucionais.

Em cenário internacional, por intermédio da ação política da sociedade civil, o conceito de Direitos Humanos vem sendo ampliado, trazendo consigo questões ligadas a gênero, raça, violência doméstica, reprodução e sexualidade. Nesta perspectiva incumbe abordar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dado que fora o ápice de décadas de esforços internacionais objetivando à proteção dos direitos das mulheres, além de ter sido o primeiro tratado internacional a dispor os direitos humanos das mulheres (MOREIRA, 2016).

Ressaltando que o Comitê destaca a obrigação dos Estados que ratificaram o tratado em desencorajar toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem, quer seja afirmada por religiões, leis ou pela cultura. Visto que a mesma se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e a de assegurar a igualdade. Neste sentido a Convenção também proíbe a discriminação direta (quando há intenção de discriminar) e a indireta, que é quando a discriminação é o resultado de ações aparentemente neutras que impactam desfavoravelmente as mulheres (PIOVESAN, 2013).

Diante dos fatos narrados é possível constatar que a incorporação e reconhecimentos de direitos femininos no nosso ordenamento jurídico só foi possível graças às intensas lutas travadas por mulheres brasileiras. Sendo que a maior conquista foi a promulgação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988, gerando assim uma série de direitos e garantias a elas. No contexto internacional o Brasil após o processo de redemocratização e elaboração de uma nova Constituição ratificou tratados internacionais a fim de diminuir desigualdade entre gênero e discriminação.

4.1 MULHER-MARAVILHA E O ELO PERDIDO DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS

A partir da leitura da obra – “A História Secreta da Mulher-Maravilha” (LEPORE, 2017) é possível compreender o contexto histórico e cultural que a heroína foi criada, assim como retrata a biografia do seu criador, Willian Moulton Marston¹. Ressalte-se que é também responsável por mesclar a gênese de

¹ A biografia de Willian Moulton Marston foi narrada obra “A História Secreta da Mulher-Maravilha da escritora Jill Lepore



uma heroína com a luta pelos direitos das mulheres.

No início século XX, os Estados Unidos passava pela primeira onda feminista, que conforme explicações alhures, o objetivo deste movimento era que as mulheres fossem detentoras de direitos civis e políticos. Neste contexto, Willian Marston encantando desde a idade de 18 anos pelos ideais feministas, ao criar a princesa amazona depositara nela todas as características do feminismo que acreditava, visando que ela representasse a força para o público feminino como forma de libertação.

Além da formação em psicologia, William Marston tentou a carreira de advogado, pesquisador acadêmico, consultor e professor. Quanto a sua vida pessoal Marston era adepto a poligamia, na qual convivia na mesma casa com suas três companheiras, salientando que eram mulheres feministas, sendo oportuno mencionar o contexto histórico de duas primeiras companheiras, Elizabeth Holloway e Olive Byrne, uma vez que elas influenciaram a criação da Mulher-Maravilha e também na carreira do Marston.

Elizabeth Holloway era formada em Direito pela Faculdade de *Boston University* (primeira faculdade mista de Massachusetts), trabalhou como secretária de redação de uma revista em psicologia. Enquanto que Olive Byrne era assistente de pesquisa, atuando com Willian Marston e formada em psicologia em Tufts. Ocorre que Olive era filha de Ethel Byrne e sobrinha de Margaret Sanger, ambas foram mulheres feministas que estiveram à frente de movimentos feministas. Elas acreditavam no amor livre, no socialismo e feminismo.

Reivindicam acerca do direito ao corpo, ao livre arbítrio, em especial ao direito ao aborto e a maternidade voluntária assim como incentivaram o uso de métodos contraceptivos. Sanger questionava se “existe algum motivo para a mulher não ter conhecimento científico, salutar e inofensivo, sobre como prevenir a contracepção?” (SARGER, 2014, *apud* LEPORE, 2017, p.118). Pois na época esta temática era inapropriada e afrontava e causava insegurança à estrutura familiar americana.

Neste diapasão, Marston queria que as histórias em quadrinhos tivessem significado-subjacente e de “um grande movimento em curso – a escalada do poder da mulher”. Desta forma a heroína fora construída com o intuito de fazer propaganda psicológica com vistas ao novo tipo de mulher. Logo a Mulher-Maravilha foi feita para empoderar as mulheres e levantar o feminismo pelo meio da arte.

Na obra “A História Secreta da Mulher-Maravilha”, Jill Lepore (2017, pp. 260-261), afirma que: “Era uma feminista da Era Progressiva, encarregada de enfrentar o mal, a intolerância, a destruição e a injustiça o sofrimento e até a tristeza em



nome da democracia da liberdade da justiça e dos direitos iguais para mulheres”.

Neste contexto, insta salientar que alguns roteiros das histórias foram inspirados pelo ativismo trabalhista da Era Progressiva, tais como: greves dos operários da indústria têxtil em Lawrence e Massachusetts em 1912.

Sendo que o objeto principal da heroína é estabelecer entre os jovens, um modelo de feminilidade forte, livre e corajosa, para combater a ideia de que as mulheres são inferiores aos homens e para inspirar meninas à autoconfiança (MARSTON, 1945, *apud* LEPORE, 2017).

Resumindo a Mulher-Maravilha é a encarnação da propaganda feminista. Destarte que o propósito de Marston foi alcançado em 1920, quando a personagem esteve na capa de uma revista feminista chamada *Ms. Magazine* como candidata a presidente dos Estados Unidos da América.

Neste sentido:

Gloria Steinem, feminista jornalista, optou por colocar a Mulher-Maravilha na capa da revista MS, de 1972, com os dizeres “Mulher-Maravilha. Para Steinem, o feminismo apresentado pela personagem na década de seu surgimento era estupefato e inspirou milhares de meninas, porém, durante os anos de 1950, foi apunhalada novamente pelo machismo (HAUCH, 2017, p. 75).

Destarte que a editora era apaixonada desde a infância pela heroína, objetivando assim na revista em fazer “uma ponte entre o feminismo dos anos 1910 e o feminismo das suas infâncias” (LEPORE, 2017, p. 348). Outro exemplo a ser dado é Joanne Edgar, editora de uma revista feminina e organizadora da Greve Feminista pela Igualdade em 1970, que também crescera lendo os quadrinhos.

Enquanto que no seu país de origem a Mulher-Maravilha despertava interesse e servira como influência a líderes feministas durante o século passado, infelizmente, no Brasil, a realidade foi diferente. Posto que:

As publicações da Mulher-Maravilha no Brasil começam com muitas interferências e lacunas. As ausências foram mais expressivas durante as décadas de 1940 e 1950, com a década de 1960 e 1970 assistindo uma lenta melhora. A frase escrita por Marston está quase toda inédita no Brasil havendo apenas a edição de número 1 edição nº 28 da revista *Wonder Woman e Sensation Comics* com pouco mais. (QUEIROZ, 2019, p. 147)

Não sendo possível constatar a influência da amazona no cenário feminista brasileiro. Contudo, é possível apontar que nas palavras de Sávio Queiroz:

A ausência de um título próprio da Mulher-Maravilha no Brasil por muitos anos, sua presença como parte integrante das revistas de super-heróis masculinos ou coletâneas, também é um instrumento pedagógico de hierarquia de gênero (QUEIROZ, 2019, p.147)

Embora a versão dos quadrinhos deixara a desejar no Brasil, a versão televisiva da Mulher-Maravilha com a interpretação de Lynda Carter atraiu o imaginário social brasileiro, mas ainda assim não há como constatar relevância a este presente trabalho, principalmente por levar em consideração que das três temporadas da série da Mulher-Maravilha, somente a primeira temporada transmitiu a verdadeira filosofia da heroína. Razões pelas quais este trabalho vislumbra acerca da heroína dos quadrinhos.

Diante dos fatos narrados é possível constatar que a Mulher-Maravilha é o reflexo de movimentos sufragistas, feministas e pró-controle de natalidade nos anos 1900 e 1910 (LEPORE, 2017). Sendo que nas décadas de 60 e 70, movimentos feministas assim como mulheres estadunidenses que cresceram lendo as histórias em quadrinhos se inspiram na filosofia e nas mensagens transmitida pela heroína.

Sendo possível afirmar que o feminismo construiu a Mulher-Maravilha e depois a Mulher-Maravilha reconstruiu o feminismo. Contudo, fazendo a análise ao Brasil não há elementos suficientes que comprovem que os movimentos feministas do século passado foram influenciados pela ideologia da princesa amazona.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou discutir sobre a correlação da heroína com movimentos feministas no Brasil do século passado, movimentos estes que foram responsáveis pela conquista do Princípio da Isonomia, previsto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Percebeu-se em primeira análise a relação de desigualdade entre os gêneros, no qual há a predominância do sexo masculino no topo da hierarquia, detentores de privilégios e prerrogativas, em razão do gênero. Enquanto que o sujeito feminino está atrelado a submissão e ao negativo, além de ser tido como objeto. Entendimento legitimado e naturalizado pela sociedade, resultando no confinamento simbólico.

Neste sentido, couberam aos movimentos feministas iniciar a ruptura da dominação masculina, sendo responsável por transformar e radicalmente ao revogar de institutos legais que submetiam o sexo feminino ao domínio masculino.



Por este caminhar, encontra-se o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher - CNDM com a campanha Mulher e Constituinte, apresentando emendas populares que visam a amenização de séculos de subordinação legal das mulheres aos homens. Este movimento ficara conhecido como o *lobby* do batom, sendo um dos principais movimentos feministas no processo de promulgação da Constituição de 1988.

Cabendo afirmar que a incorporação e reconhecimento de direitos femininos ao nosso ordenamento jurídico é oriundo de intensas lutas travadas por mulheres brasileiras.

Após traçarmos o contexto antropológico e sociológico da dominação masculina, bem como a análise histórica e jurídica pela luta das mulheres na conquista de direitos e garantias. Foi observado que a idealização da Mulher-Maravilha pelo seu criador, William Marston, visava em depositar na personagem todas as características do feminismo, além da representação de força feminina ao público de modo geral.

Com base em artigos científicos e análises biográficas foi constatado a influência da heroína no cenário feminista estadunidense no século passado.

Assim conclui-se que a resposta norteadora deste trabalho é a que a personagem amazona é um ícone positivo ao movimento feminista estadunidense, representando por meio dos quadrinhos a história de mulheres guerreiras, servindo de inspirações. Contudo, fazendo a análise ao Brasil, insta pontuar que há indícios suficientes que apontam que os movimentos feministas do século passado foram influenciados pela ideologia da princesa amazona, objeto a ser aprofundado em pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O Que é Feminismo*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo II: a experiência vivida*; tradução Sérgio Milliet. 2ª ed. – São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*; trad. Maria Helena Kühner. 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 de junho de 2022. _____. *Lei n. 10.406. de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 09 de maio de 2022.



HAUCH, Eduarda. *Mulher Maravilha: Uma Jornada por suas re(a)presentações*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Letras Português), Universidade Federal de Santa Catarina, 2017 Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182676>. Acesso em: 03 de junho de 2022.

LEPORE, Jill. *A história secreta da mulher-maravilha*. 1. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

LIMA, Caroline Araújo Florêncio de. *A participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988: o Lobby do Batom*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/42777>. Acesso em: 01 de junho de 2022.

LIMA. Savio Queiroz. *Mulher Maravilha pra Presidente! História, feminismo e mitologia nas histórias em quadrinho*. 1. ed. Salvador: Devires, 2019.

MOREIRA, Laís de Araújo. *Direito e Gênero: A Contribuição Feminista Para A Formação Política Das Mulheres no Processo de (re) Democratização Brasileiro*. *Gênero & Direito*, v. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/25010>. Acesso em: 10 jun. 2022.

PÉREZ. George. *Mulher-Maravilha: antologia*. Barueri: Panini Brasil, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Salete Maria da. *Constitucionalização dos Direitos da Mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito*. *rRev. Interfaces Científicas*, v. 1, n. 1, p. 59-69, 2012. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/178>. Acesso em: 9 de junho de 2022.



OITIVA DA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL: UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA PELA VITIMOLOGIA

INQUIRY OF SEXUAL ABUSE VICTIM: A CRIMINOLOGICAL PERSPECTIVE

Beatriz Nunes*

Stefhany Sinfrônio Brito**

Resumo: Crimes de natureza sexual têm um procedimento investigatório complexo, sobretudo por se tratar de um delito que acontece “às escuras”. Tem-se, então, a palavra da vítima, em seu depoimento, como uma das mais relevantes modalidades de produção de prova nesse contexto. A problemática que se pretende enfrentar com este trabalho refere-se aos danos que o interrogatório pode causar à vítima, como a revitimização, caso seja realizado de modo a negligenciar a saúde mental e segurança da ofendida, aludindo-se ao “depoimento sem dano” como uma maneira de contribuir com as investigações e, ainda, resguardar a vítima. Para tanto, será feita revisão bibliográfica ancorada à criminologia feminista, bem como ao ramo criminológico da vitimologia, além da realização de pesquisas legislativas e jurisprudenciais, pautando-se principalmente no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 45.589/MT e na Lei nº 13.431/2017. Em conclusão, aponta-se que, embora o Direito seja um sistema de violência institucional, são verificados alguns avanços no que tange à humanização da coleta de depoimento da vítima.

Palavras-Chave: Investigação. Mulheres. Crimes sexuais. Inquirição. Depoimento sem dano.

*Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: [//lattes.cnpq.br/2145885300019190](http://lattes.cnpq.br/2145885300019190). E-mail: beatriz.nunes@grad.ufsc.br.

**Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8734122039917800>. E-mail: stefhanysbrito@gmail.com.

Abstract: Crimes of a sexual nature have a complex investigative procedure, especially as it is a crime that happens hidden. Then, the victim's word, in her testimony, is one of the most relevant modalities of evidence production in this context. Thus, the victim's word, in her brief, is one of the most relevant modalities of evidence production in this context. The problem that this work intends to face refers to the damage that the interrogation can cause to the victim, if carried out in a way that neglects the mental health and safety of the victim, alluding to the practice of "evidence without damage" as a way to contribute with the investigations and, still, protect the victim. Therefore, a bibliographic review based on critical criminology related to gender issues, as well as the criminological branch of victimology, in addition to legislative and jurisprudential research. In conclusion, it is pointed out that, although the Law is a system of institutional violence, there are some advances regarding the humanization of the victim's testimony collection.

Keywords: Investigations. Women. Sex crimes. Inquiry. Evidence without damage.

1. INTRODUÇÃO

Provas são todos os dados, objetivos ou subjetivos, capazes de convencer o juiz da ocorrência de um fato. Deste modo, provar, no processo penal, é o ato da parte (tanto a acusadora, quanto a defensora) produzir elementos objetivos ou subjetivos nos autos aptos a convencer o sujeito julgador acerca da existência e veracidade (ou não) de um fato, para que a causa seja decidida a seu favor, seja este sujeito julgador um juiz, propriamente dito, ou outros sujeitos capazes de tomarem decisões no âmbito de um processo, como um jurado do tribunal do júri, etc.

Para o regramento da produção probatória, faz-se uma interpretação extensiva e aplicação analógica das regras do Código de Processo Civil (CPC) no processo penal, consoante o art. 3º, Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941). Assim, segundo o art. 369, CPC, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL, 1941). Dentre os meios de prova que podem ser utilizados pelas partes estão a perícia, o interrogatório do réu, a confissão, as testemunhas e a inquirição da própria vítima.

No presente artigo, busca-se fazer uma análise, dentro do tema Teoria das Provas, acerca do sofrimento mental das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, quando da sua oitiva em todo o procedimento probatório e investigatório.

Faz-se também uma análise a respeito da revitimização dessas mulheres. Em outras palavras, uma observação pautada no ramo da criminologia denominado



vitimologia, que traz as definições de vítimas primárias, secundárias e terciárias.

A questão, ou problemática, que se propõe explorar e enfrentar, com base na criminologia crítica feminista e vitimologia, é a de como a oitiva da vítima, no procedimento probatório de crimes sexuais, afeta a saúde mental dessas vítimas? E o que muda com a perspectiva trazida no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) 45.589/MT e na Lei nº 13.431/2017?

O artigo se divide em quatro capítulos. O primeiro trata, brevemente, do procedimento probatório, mencionando dois meios de prova com maior foco no trabalho: o interrogatório do réu e a oitiva da vítima. O segundo capítulo traz uma visão voltada para a oitiva da mulher vítima especificamente de crimes sexuais. O terceiro capítulo busca explorar a teoria da vitimologia, trazendo os conceitos do escalonamento da vitimização, e por fim, o quarto capítulo traz as mais recentes perspectivas acerca do tema com a jurisprudência e legislação que se propõe a resguardar a vítima do tipo de abalo mental aqui discutido.

Como será demonstrado, em que pese já exista, hodiernamente, uma conscientização a respeito da necessidade de proteger a mulher vítima de violência sexual dos efeitos da vitimização secundária e terciária, com a edição de leis que dispõe sobre a oitiva sem dano, ou especial, na prática, ainda existe um estigma muito grande sobre essa vítima.

2. O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

No processo penal é essencial que se explore tudo quanto possível, em busca da verdade real, de como os fatos se sucederam e como o resultado do crime foi alcançado. Para tanto, o operador do Direito precisa de ferramentas que possibilitem o conhecimento dessa verdade.

O procedimento probatório no Processo Penal é o conjunto de atos realizados com a finalidade de se chegar, no processo, o mais próximo possível de uma verdade material. Diga-se aqui “o mais próximo possível”, porquanto a verdade material, real, não pode ser alcançada. O que se pode e o que se busca alcançar com o procedimento probatório é o convencimento do julgador sobre determinado ponto de vista (RANGEL, 2015, p. 462), chamando-se a atenção para tais fatos, mais do que outros; uma verdade processual/formal.

Portanto, tendo em vista a finalidade de convencimento do julgador, tem-se que as evidências precisam estar em harmonia, e a coesão das provas contribui

para a função decisória do magistrado. Para tanto, os meios de provas são importantes para a formação da “história do crime”. É a partir dos indícios, submetidos ao contraditório, que o magistrado se apoia para tomar suas decisões, consagrando o convencimento motivado.

Assim, o ato de provar é construído pelas partes, produzindo elementos subjetivos e objetivos que convençam o julgador. Como exemplos de meios de prova, tem-se os documentos, a prova testemunhal, a inquirição da vítima e do réu, a confissão e a perícia.

O interrogatório do acusado, anteriormente entendido como um meio de prova, atualmente merece nova leitura. Mais do que um meio de prova, o interrogatório é entendido como um meio de defesa do réu, sendo o último ato da audiência de instrução, conforme disposto nos arts. 400 e 531 do CPP, bem como no art. 81 da Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 11.719/08.

Portanto, partindo da noção de que o interrogatório constitui meio de defesa do acusado, torna-se coerente a possibilidade de que a este seja permitido faltar com a verdade, ainda mais tendo em vista a garantia constitucional do direito ao silêncio - art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988 - ou ainda consoante o art. 186 do CPP.

Considerando também o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Desta forma, no processo criminal o ônus da prova incumbe à acusação, e não à defesa.

2.1 OITIVA DA/O OFENDIDA/O

Um dos métodos probatórios que podem ser utilizados em uma ação penal é a oitiva da vítima. O CPP prevê a oitiva da vítima (do ofendido), no Título Das Provas. O art. 201 do referido instrumento normativo diz que, sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando por termo as suas declarações (BRASIL, 1941).

Como se vê, a oitiva da vítima não é obrigatória, na medida em que o artigo prevê sua realização “sempre que possível”, e deve ser compreendida à luz da razoabilidade e da utilidade prática da colheita da referida prova, conforme o *Habeas Corpus* 131.158, o que remete à problemática ou, em um primeiro momento, à reflexão acerca das vezes em que a razoabilidade é ignorada.



Eventualmente, ou quase sempre, reviver um momento traumático para testemunhar em um processo penal traz mais prejuízos para a saúde mental da vítima do que os eventuais “benefícios” que viriam com a condenação do réu.

A oitiva da vítima pode acontecer em mais de um momento no âmbito da investigação e do processo penal, mas principalmente ocorre no contexto da audiência de instrução e julgamento. No momento da audiência são ouvidas, além da vítima, as testemunhas arroladas pelas partes.

Diferentemente das testemunhas, a vítima atua como informante, isto é, uma pessoa que tem algum interesse na causa, ou que não são isentas por conta de um relacionamento positivo (amizade próxima, laços familiares, etc.) ou negativo (inimizades) com o réu. Conforme Aury Lopes Júnior (2019, p. 561), o informante não presta compromisso de dizer a verdade. Diferentemente da testemunha, não respondem por falso testemunho e devem ter seus depoimentos avaliados com reserva pelo julgador.

3. OITIVA DA OFENDIDA NO CASO DE CRIMES SEXUAIS

Reconhece-se que a problemática aqui apresentada envolve mulheres, crianças e adolescentes que podem ser vítimas desse tipo penal, e que são bastante afetadas psicologicamente em todo o procedimento investigatório.

Para entender o papel da vítima nos casos de crimes sexuais, é preciso ter em mente qual o perfil das vítimas e porque o presente artigo trata do termo “ofendida”, no feminino.

Conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, houve um crescimento, em 2021, de 4,2% no número de registros do crime de estupro, se comparado ano anterior. Os dados empíricos apontam, ainda, para um crime que reflete uma prática social misógina.

Assim, para entender os impactos da etapa processual de oitiva da ofendida em casos de violência sexual, é preciso antes atentar-se para as mulheres no discurso jurídico. Acerca disso, destaca-se mulheres, no plural, tendo em vista os demais recortes sociais, como raça e classe, que merecem uma análise mais detalhada, além das pretensões do presente artigo.

Carol Smart (1989, p. 32-33), analisando a relação entre o estupro e a desqualificação da sexualidade feminina, atenta-se para os mecanismos legais que agem no curso do processo desses crimes. Conforme a autora, no procedimento penal,



enquanto o histórico sexual masculino não é sequer trazido à tona, a vida sexual pregressa da mulher é considerada relevante. Ou seja, uma “boa vítima” seria aquela que se encaixa nos papéis de gênero designados e aceitos socialmente.

Percebe-se esse tratamento em legislações que já estiveram presentes no Brasil e em outros países e que consideravam o estupro praticado pelo cônjuge da vítima não era considerado crime, mas sim o exercício regular do direito do homem. De acordo com Borges e Santana (2022):

Todo este cenário encontra ressonância na admissão social e institucional de que a relação sexual no matrimônio assenta-se no dever de ‘vida em comum, no domicílio conjugal’, insculpido no inciso II do art. 1.566 do Código Civil. Isso torna ainda mais imperceptível o grau de violência praticado, já que, a partir da lógica do Direito, não é possível que uma figura jurídica seja ao mesmo tempo dever e violência.

A partir disso, nota-se uma inclinação do direito não em proteger o bem jurídico da dignidade sexual, mas sim a estrutura familiar capitalista, formada por um núcleo heterossexual em que cada membro deve desempenhar suas funções pré-determinadas.

Trazendo o discurso e tratamento jurídico para o enfoque de gênero, a criminologia crítica feminista busca explicar como as relações sociais de gênero operam sobre a criminalidade, o crime, o criminoso e a vítima. Sobre isso, Vera Regina Pereira de Andrade afirma que o sistema penal é um subsistema de controle social, agindo de modo desigual com homens e mulheres, caracterizando, portanto, um sistema de violência institucional. Nas palavras da autora:

(...) o sistema penal duplica, em vez de proteger, a vitimação feminina; pois, além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas (como estupro, atentados violentos ao pudor, assédio, etc), a mulher torna-se vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expressa e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violência estrutural da sociedade: a violência estrutural das relações sociais capitalistas (que é a desigualdade de classes) e a violência das relações patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando os estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade - o que é particularmente visível no campo da moral sexual. (ANDRADE, 1999, p.113)

Na mesma linha, Elena Larrauri (2008) defende que o Direito Penal desprotege as mulheres, criando as vítimas “reais”, ou seja, para que se produza um delito de estupro, por exemplo, as vítimas devem ser socialmente vistas como mulhe-



res “decentes”. Para Andrade (2012, p.147), a lógica atuante na criminalização das condutas sexuais é a chamada “lógica da honestidade”, traçando quais seriam as “mulheres honestas”, ou seja, as vítimas do sistema.

Ainda conforme Andrade (2012, p.149-150), tendo em vista que nos processos de estupro o conjunto probatório é bastante frágil devido às circunstâncias em que ocorre, a palavra da vítima ganha especial relevância. Todavia, o depoimento da vítima, como mencionado anteriormente, deverá ser corroborado pelos demais elementos probatórios. Esses demais elementos probatórios, conforme a autora, dizem respeito à vida pregressa da própria vítima, considerando sua moral sexual, seu recato e pudor.

Entendendo, portanto, o controle social formal exercido pelo direito na opressão dos corpos, em especial aqui, das mulheres, busca-se perceber os mecanismos de revitimização dessas mulheres durante o procedimento probatório, mais precisamente, no momento em que estas são inquiridas, tendo que reviver o momento do crime.

3.1 DO CRIME À DENÚNCIA

A cultura machista objetifica a mulher, fazendo dela o alvo de desejo e de propriedade do homem, o que acaba por alimentar a prática desses tipos de violência. Dá-se um destaque para dois âmbitos desse tema: a imputação da culpa pelo ato à própria vítima e a reprodução da estrutura machista dentro do próprio Sistema de Justiça Criminal, que vitimiza duplamente a mulher (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Quando se trata de crimes sexuais, pode-se dizer que, ainda nos tempos atuais, lamentavelmente existe um estigma muito grande sobre a vítima. Esse estigma é refletido, não apenas no procedimento de oitiva da vítima no processo acusatório, mas desde o momento da *notitia criminis*, dentro das delegacias de polícia. Nesses lugares existe um estereótipo de vítima desses tipos de crimes. E quando uma mulher violentada vai denunciar o ocorrido, é recebida com julgamentos relativos à sua aparência, ou com relação ao seu comportamento, julgando até mesmo se o que a vítima diz é verdade.

Esse pré-julgamento que a vítima sofre já nas delegacias é bem retratado no poema *a porca*:



a escritã é uma pessoa
e está curiosa como são
curiosas as pessoas
pergunta-me por que bebi
tanto não respondi mas sei
que a gente bebe pra morrer
sem ter que morrer muito
pergunta-me por que não
gritei já que não estava
amordaçada não respondi mas sei
que já se nasce com a mordaça
a escritã de camisa branca
engomada
é excelente funcionária e
datilógrafa me lembra muito
uma música
um animal não lembro qual. (IVÁNOVA, 2017)

Nesse pré-julgamento, as mulheres experimentam sempre e em todo lugar, em decorrência do padrão *ginecófobo* existente na sociedade, encontra-se presente antes, durante e depois do fato-crime. *Antes*, o pré-julgamento pode ser identificado naqueles apontamentos maldosos feitos com relação à vestimenta e/ou ao comportamento da futura vítima, ou seja, uma classificação das mulheres em *boas* e *não-boas*, honestas e desonestas, recatadas e vulgares, etc.

Durante, esse pré-julgamento está contido no estabelecimento de uma causa. E isso acontece nos crimes de violência doméstica também. Por que apanhou? *Deve ter traído, deve ser uma má esposa*. Por que foi estuprada? *A roupa era curta, ela provocou*. Por que foi assediada no ônibus? *Ela foi simpática e sorriu, estava querendo*.

Depois, o julgamento vem mascarado de apoio. Quando a vítima busca ajuda, é julgada com base nos argumentos dos parágrafos anteriores, e como se apenas isso não bastasse, tem sua palavra menosprezada. É colocada uma dúvida sobre o relato. *Isso aconteceu mesmo? Ela deve ter consentido e agora quer prejudicar o homem. Ela bebeu demais? Por quê? Ela não cuidou do copo dela na festa e colocaram drogas? Deveria ter sido mais cautelosa*. Estas e dezenas de outras questões são colocadas para condicionar e até justificar o crime. Claro, sempre levantando a



possibilidade de a culpada ser a própria vítima.

Com essa falta de credibilidade, de sensibilidade, conseqüentemente, tem de repetir os acontecimentos e até se justificar para os agentes, revivendo o momento mais algumas vezes.

Todo esse cenário faz com que as vítimas tenham uma enorme dificuldade, por conta da insegurança, de denunciar. Ou seja, a *notitia criminis* já é um enorme sacrifício, que não deveria ocorrer. De acordo com estudo dos registros de violência sexual durante a pandemia de *COVID-19*, em 2020 foram analisados 60.926 registros de violência sexual no Brasil, sendo 16.047 de estupro e 44.879 de estupro de vulneráveis, apontando o aumento nos casos de estupros reportados nos últimos anos e estimando ainda que a subnotificação seja consideravelmente alta. Enquanto, em 2018, os dados apontaram 22.918 casos de estupro registrados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) e 49.497 casos denunciados no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a estimativa é de que existam até 500 mil casos por ano (Ipea, 2018).

Assim, vê-se que a subnotificação é um problema presente no que concerne a esse tipo de crime, sendo as principais causas o medo e a vergonha de denunciar e correr o risco de ser desacreditada.

Mas a denúncia é muito importante para que a justiça possa conhecer a ocorrência do delito e possa agir. Agindo, a justiça acaba também não sendo totalmente benéfica à vítima, que deve repetir inúmeras vezes os acontecimentos nos seus depoimentos, conforme será tratado a seguir.

3.2 A OITIVA DA VÍTIMA NO CONTEXTO DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Quando os crimes sexuais não deixam vestígios, a palavra da vítima se torna o principal suporte probatório. No procedimento investigatório, da própria ação penal, a palavra da vítima se materializa na oitiva da ofendida, e em que pese o sistema judiciário ainda apresente falhas com relação à forma com que a vítima é ouvida, o Superior Tribunal de Justiça já tem firme entendimento no sentido de reconhecer que a palavra da ofendida tem um peso diferenciado, relativamente aos outros meios de prova, quando se trata de crimes sexuais:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. HABÉAS CORPUS ORIGINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

INCOMPETÊNCIA. RECURSO. PRAZO PEREMPTÓRIO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. **CRIME SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. IMPORTÂNCIA EXTREMA.** DOSIMETRIA. CRITÉRIO ARITMÉTICO. INEXISTÊNCIA. AÇÕES DIVERSAS AO LONGO DE ANOS. DELITO ÚNICO. DESCABIMENTO. CONTINUIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO. [...] 5. **A palavra da vítima, nos crimes contra a dignidade sexual, é de extrema importância, diante das peculiaridades das respectivas condutas,** o que se confirma ainda mais quando tal elemento de prova se coaduna com outros depoimentos prestados nos autos, inclusive com a menção de psicólogo, com base em seu conhecimento técnico, ao fato de ela ter falado a verdade. [...] 8. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 529.514/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021) [grifo nosso]

Diferentemente das testemunhas, a vítima não tem o compromisso de dizer a verdade, ainda que possa responder por denúncia caluniosa - quando enquadrada no art. 339 do CPP -. De acordo com o §1º do art. 201, CPP, o ofendido, caso intimado a depor sobre circunstâncias do crime, não comparecer por motivo justo, poderá ser conduzido à presença da autoridade (BRASIL, 1941).

A partir dessa ideia de que a vítima está contaminada pelo “caso penal” do qual faz parte, põe-se em xeque o valor probatório da palavra da vítima (LOPES JR., 2020, p.727-728). Assim sendo, apenas a palavra da vítima não poderá servir como prova para condenar o réu. Todavia, é recorrente na jurisprudência dar maior valorização ao depoimento da vítima nos casos de crime envolvendo a dignidade sexual, desde que em harmonia com o restante do contexto probatório.

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS. READEQUAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA DETERMINADA. 1. A instância antecedente apontou a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas, com base, principalmente, nos **precisos depoimentos da vítima, que estão em consonância com as demais provas dos autos, a saber, o depoimento de sua genitora e os relatórios psicológicos.** 2. **Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos.** [...] (REsp 1699051/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017). [grifo nosso]

Assim, tendo em vista que nos casos de crimes contra a dignidade sexual é comum que estejam presentes apenas a vítima e o agressor, o depoimento da ofendida possui um maior valor probatório. Apesar desse entendimento e também do disposto no art. 400-A do CPP - que prevê um tratamento de zelo pela integra-



de física e psicológica da vítima de crimes sexuais durante a audiência de instrução e julgamento -, ainda se vê a revitimização da vítima.

Conforme Coulouris, quando uma mulher denuncia um homem por estupro, ela terá que reviver o acontecimento diversas vezes, detalhando o acontecido por menorizadamente.

Deve se submeter aos exames de peritos que procuram vestígios de uma relação sexual recente e sinais evidentes de violência, que avaliam se a vítima sofre de alguma doença mental, observam, para atestar ou negar, a capacidade da vítima de se defender, e o grau, a extensão, as consequências da violência que sofreu. *Houve conjunção carnal? Qual a data provável desta conjunção? Era virgem a paciente? [...]* (CÓULOURIS, 2010, p. 16).

Além disso, o pouco conhecimento daqueles que recepcionam as vítimas, para lhes atender, que são os operadores do direito, quanto às especificações do abuso sexual faz com que não levem em conta o interesse de tutela das vítimas, fazendo o uso de técnicas inadequadas que são capazes de gerar um dano ainda maior que o dano original (o abuso). (BITENCOURT, 2007). A investigação dos crimes de abuso sexual, exige uma técnica-jurídica, e exige também que os operadores do direito tenham noção de outras áreas do conhecimento humano, para que não ocorra aquele fenômeno chamado, pela Vitimologia, de revitimização.

A vítima, que merece uma atenção especial, em geral é colocada em segundo plano, em um cenário no qual o agressor é o protagonista. Enfrentando todo o peso de reviver o momento traumático do crime, tendo que relatar a violência que sofreu, também está sujeita a se deparar com seu agressor nos Fóruns e em audiências de instrução as quais eventualmente tenha que se submeter, na presença do acusado/agressor. Incontáveis são as falhas do sistema jurídico brasileiro para recuperar e cuidar da dignidade dessas pessoas.

Sabe-se que, dificilmente, todos os efeitos que decorrem de um abuso sexual poderão ser eliminados. No entanto, devem ser utilizados os, já existentes, mecanismos, capazes de diminuir o número de vezes que a vítima precisa depor, bem como aprimorar o procedimento da coleta do depoimento, reduzindo, assim, os efeitos da vitimização secundária, frente às repetitivas lembranças da violência, durante o depoimento, e também com a possibilidade de se deparar com o agressor nas audiências. Nesse cenário é imprescindível que a vítima se sinta segura para depor e veja algum resultado naquilo que verbaliza, seja ele prático ou emocional.

4. A TEORIA DA VITIMOLOGIA E A REVITIMIZAÇÃO

A vitimologia é uma esfera da criminologia que representa a evolução da vítima no decorrer da investigação penal. De acordo com Flaviane de Magalhães Barros (2008, p. 73 *apud* Gabriela Carlos Pereira, 2018, p. 23) “O estudo das hipóteses de vitimização inicia-se no momento do cometimento do fato; posteriormente, passa pela fase investigativa do inquérito policial; e seguem as fases cronológicas do processo penal.”

Assim, a vitimização passa por três escalas, ou três modos, por assim dizer. A vitimização primária ocorre no momento do cometimento do crime, ou seja, no momento em que se verifica a ofensa ao bem jurídico tutelado. Em outras palavras, quando a vítima sofre, efetivamente, o dano no campo físico, material ou psicológico. Já a vitimização secundária é a que ocorre no processo em que a vítima é submetida à apuração dos fatos do crime, ou seja, ocorre no momento em que ela relata o que aconteceu, conforme vem sendo dito.

Vitimização secundária: ou sobrevivimização; entende-se ser aquela causada pelas instâncias formais de controle social, no decorrer do processo de registro e apuração do crime, com **o sofrimento adicional causado pela dinâmica do sistema de justiça criminal** (inquérito policial e processo penal). (PENTEADO FILHO, 2020, p. 119).

E a vitimização terciária, se dá com a inclusão da ofendida em uma sociedade que não oferece o devido acolhimento, fazendo com que se sinta sozinha e muitas vezes culpada pela situação.

Vitimização terciária: falta de amparo dos órgãos públicos às vítimas; nesse contexto, a própria sociedade não acolhe a vítima, e muitas vezes a incentiva a não denunciar o delito às autoridades, ocorrendo o que se chama de **cifra negra** (quantidade de crimes que não chegam ao conhecimento do Estado). (PENTEADO FILHO, 2020, p. 119).

Essa revitimização é consequência da negligência ao sofrimento da vítima, e é a tradução da cultura brasileira de culpabilizá-la: porque ela não devia estar naquele lugar naquela hora, não deveria ter usado aquelas roupas e se comportado de tal maneira.

Essa culpabilização, vale mencionar, pode ser compreendida como decorrência das relações de gênero em desigualdade presentes na cultura do estupro, resultando em um discurso discriminatório que, não raro, atribui responsabilidade pelo abuso sexual à mulher.



Compreende-se, com isso, que essa evolução - de vítima primária à secundária e recorrentemente à terciária - ocorre porque, além de sofrer o abuso, a vítima deverá se dirigir à delegacia para relatar os fatos, com grandes chances de fazê-lo repetidamente. Ainda, deverá ir ao Fórum para a audiência onde pode encontrar o abusador e seu advogado. Não bastasse isso, há também a possibilidade de a ofendida ter de repetir os fatos para seus conhecidos, familiares, etc., fazendo com que sofra uma vitimização, quiçá tão excessiva quanto o sofrimento do abuso.

5. DEPOIMENTO SEM DANO: PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.431/2017

A Lei nº 13.431/2017, regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018, estabelece o sistema de garantias da criança ou adolescente vítima ou testemunha de uma violência. Ou seja, a Lei busca diminuir os impactos psicológicos negativos na criança ou adolescente que viveu ou testemunhou um possível crime, conhecido também como “depoimento sem dano”.

O “depoimento sem dano” já era utilizado antes de ser regulamentado pela lei, e se trata de um método pautado na realização da oitiva da ofendida em uma sala privada, ao invés de realizá-la na presença do Juiz, e advogados das partes - e por vezes do próprio acusado/abusador. A oitiva também, nesse contexto, deve ser realizada por um assistente social ou psicólogo, ou seja, um profissional apto para esse tipo de escuta. (LEITE, 2014, p. 31).

Assim, a Lei pretende mitigar a revitimização durante a oitiva das testemunhas ou vítimas. Diante disso, um profissional capacitado poderá exercer uma escuta especializada, conduzindo melhor o relato da criança ou adolescente, que, por sua vez, poderá sentir-se mais à vontade do que estaria no ambiente jurídico intimidador.

De modo semelhante entendeu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RHC 45589/MT, de 2014. Partindo dessa perspectiva, o depoimento sem dano age de modo mais responsável com as crianças e adolescentes que presenciaram ou viveram uma violência, utilizando-se de profissionais capacitados, sendo realizado, sempre que possível, uma única vez, refreando, portanto, a vitimização secundária.

No RHC 45589/MT o recorrente/réu alega a nulidade do ato de oitiva da ofendida, por ter ocorrido na sua ausência. No entanto, o entendimento do tribunal teve o sentido de preservar a vítima de uma repetição do episódio da oitiva, por todos



os motivos já aludidos aqui. Também é invocada, nessa decisão, a questão do valor atribuído à palavra da vítima, que deve ser tido como relevantíssimo para o conjunto probatório, considerando sempre, é claro, as outras provas capazes de corroborar o testemunho.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OITIVA DA VÍTIMA MEDIANTE "DEPOIMENTO SEM DANO". CONCORDÂNCIA DA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. Esta Corte tem entendido **justificada, nos crimes sexuais contra criança e adolescente, a inquirição da vítima na modalidade do "depoimento sem dano"**, em respeito à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento, procedimento admitido, inclusive, antes da deflagração da persecução penal, mediante prova antecipada (HC 226.179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013). 2. **A oitiva da vítima do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), em audiência de instrução, sem a presença do réu e de seu defensor não inquina de nulidade o ato**, por cerceamento ao direito de defesa, se o advogado do acusado aquiesceu àquela forma de inquirição, dela não se insurgindo, nem naquela oportunidade, nem ao oferecer alegações finais. [...] 4. **A palavra da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos** (AgRg no AREsp 608.342/PI, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015).[...] 6. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 45589 MT 2014/0041101-2, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 24/02/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015). [grifo nosso]

Desta forma, percebe-se uma tendência legislativa e jurisprudencial que vem se voltando mais ao bem-estar da vítima, contribuindo, portanto, com a humanização e promoção do respeito à dignidade humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar como a oitiva das vítimas, nos casos de crimes de natureza sexual, pode ser prejudicial à sua saúde mental, prolongando e até elevando as sequelas deixadas pelo cometimento do crime. É possível verificar como ocorre a vitimização e revitimização da ofendida, considerando a teoria da vitimologia. Nos primeiros três capítulos, buscou-se responder adequadamente à primeira parte da pergunta principal deste trabalho, qual seja: Como a oitiva da ofendida afeta sua saúde mental, sobretudo nos casos de crimes sexuais?



No capítulo IV fez-se uma análise do tema à luz da Lei nº 13.431/2017, e da decisão do RHC 45.589/MT, com o intuito de se trazer uma resposta à segunda parte da pergunta principal: o que muda?

A partir dos estudos realizados, pôde-se perceber a visão misógina das instituições jurídicas e como a mulher é tratada pelo direito no contexto probatório em casos de crimes contra dignidade sexual. Apesar disso, avanços como as inovações trazidas pelo conceito de depoimento sem dano, possibilitam, além de uma escuta mais humanizada, um melhor andamento processual.

Tendo em vista tais benefícios, mostra-se necessária a utilização deste modelo de depoimento em todos os casos de crimes envolvendo a dignidade sexual, além da importância de profissionais do direito mais sensíveis e melhor preparados para lidar com estas situações.

Conclui-se também que, dificilmente todos os efeitos que decorrem de um abuso sexual, poderão ser eliminados. No entanto, existem mecanismos que podem diminuir o número de vezes que a vítima precisa depor, bem como aprimorar o procedimento da coleta do depoimento, reduzindo, assim, os efeitos da vitimização secundária, frente às repetitivas lembranças da violência, durante o depoimento, e também com a possibilidade de se deparar com o agressor nas audiências. Nesse cenário é imprescindível que a vítima se sinta segura para depor e veja algum resultado naquilo que verbaliza, seja ele prático ou emocional.

Nesse sentido, a participação de pessoas capacitadas, como peritos, assistentes sociais, psicólogos ou psiquiatras, nesse procedimento é bastante importante, porquanto os operadores do direito geralmente estão focados em um sistema processual acusatório, voltado àquela busca pela verdade, sem se preocupar com a intimidade e a dignidade da vítima.

Por fim, vale mencionar que embora seja reconhecida a importância da palavra da vítima, nos tempos atuais ela ainda é vista com desconfiança e descrédito. À vista disso, o sistema acaba atuando numa lógica diferente da utilizada nos outros crimes, porquanto além de se provar a culpa do acusado, precisa-se também provar a vitimização da mulher.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito*. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BITENCOURT, Luciane Potter. *A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar*. Dissertação. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2007.
- BOHNENBERGER, Marina; BUENO, Samira. Os registros de violência sexual durante a pandemia de covid-19. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 2021, p. 110-117. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/7-os-registros-de-violencia-sexual-durante-a-pandemia-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 04 de out. de 2022.
- BORGES, Rosa Maria Zaia; SANTANA, Jackeline Caixeta. Imposição Colonial e Estupro Conjugal: uma leitura da dinâmica do poder no contexto familiar. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 13, N. 1, 2022, p. 93-117. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/52474>. Acesso em: 05 de out. de 2022.
- BRASIL, *Código de Processo Civil*. decreto lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
- BRASIL, *Código de Processo Penal*. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.
- CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. *Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 15 de mar. de 2022.
- COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. 2010. 242p. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* 2022. Brasil, 2022.
- IPEA. *Atlas da violência*: 2018. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/2757-atlasdaviolencia2018completo.pdf>. Acesso em 18 de mar. de 2022.
- IVÁNOVA, Adelaide. *A porca in: O martelo*. 1ª ed., Garupa, 2017.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- LARRAURI, Elena. *Una crítica feminista al Derecho penal*. In: *Mujeres y Sistema Penal*. Buenos Aires: Bdef, pp. 19-40, 2008.



LEITE, Victor Hugo de Freitas. *A importância do depoimento sem dano na apuração de crimes sexuais contra crianças e adolescentes*. Disponível em: <https://bdjur.tjce.jus.br/xmlui/handle/123456789/165>. Acesso em: 14 de mar. de 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NASCIMENTO, Gerlany Silva do. *Processo de revitimização nos crimes sexuais contra a mulher*. 2019. Monografia. Universidade Federal de Pernambuco, Ceará. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/36261>. Acesso em 17 de mar. de 2022

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 10ª ed., Saraiva Jur. 2020. Disponível em <https://pt.br1lib.org/book/5691592/b8f017>. Acesso em 13 de mar. de 2022.

PEREIRA, Gabriela Carlos. *Método de inquirição das vítimas e abuso sexual infantil na justiça brasileira: alternativas de políticas de redução de dano e a falsa denúncia*. Araçatuba (SP), 2018. Disponível em <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/1865>. Acesso em 15 de mar. de 2022.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed., Atlas. São Paulo. 2015.

SMART, Carol. *Feminism and the power of Law*. New York: Routledge, 1989.

A PRODUÇÃO E A APRECIÇÃO DAS PROVAS, SOB A ÓTICA DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ENTRE A BUSCA DA VERDADE REAL E PROCESSUAL

PRODUCTION AND ASSESSMENT OF EVIDENCE, IN LIGHT OF ART. 155 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: BETWEEN THE SEARCH FOR THE REAL AND PROCEDURAL TRUTH

*Maria Eduarda Holthausen Frutuoso**
*Rodrigo Carlos Junges***

Resumo: O sistema processual penal demonstra evidentes inconsistências, com práticas contumazes em comportamentos e ações de cunho inquisitorial. Buscar-se-á, então, através de uma pesquisa de matriz bibliográfica, analisar, com base na teoria da filtragem epistêmica da prova, as fases de produção, apreciação e valoração dos elementos probatórios no processo penal brasileiro, de modo a abordar e demonstrar as suas adversidades, transpassando pela necessária cadeia de custódia, como meio de assegurar a incolumidade dos elementos de prova, alcançando os métodos ou meios investigativos utilizados para obtenção da prova penal. Finalmente, explorar-se-á a restrição imposta ao livre convencimento do magistrado, prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal, quanto a sua suficiência e aptidão para garantir os princípios constitucionais do processo e a busca de uma verdade judicial.

Palavras-Chave: Filtragem epistêmica. Cadeia de custódia. Pescaria probatória. Cegueira deliberada. Livre convencimento.

*Acadêmica da 9ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9930255939351210>. E-mail: mariaeduarda.holthausenfrutuoso@outlook.com.

**Acadêmico da 9ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8109745725831374>. E-mail: rodrigo.c.junges@hotmail.com



Abstract: The criminal procedure system demonstrates evident inconsistencies with the insistence on inquisitorial behaviour and actions. Through a bibliographic research it is sought, then, to analyse based on the theory of epistemic filtering of evidence, the stages of production, appreciation, and evaluation of the elements of proof in the Brazilian criminal procedure, in order to approach and demonstrate its adversities. From the necessary chain of custody, as a means of assuring the integrity of the probative elements, reaching the investigative methods or means used to obtain criminal evidence. In order to explore whether the restriction imposed on the judge's free will, foreseen in article 155 of the Criminal Procedure Code, is sufficient to guarantee the constitutional principles of the process and the search for a judicial truth.

Keywords: Epistemic filtering. Chain of custody. Fishing expedition. Wilful blindness. Free conviction.

1. INTRODUÇÃO

Obter uma decisão penal com grau qualitativo suficiente é um dos maiores desafios vivenciados no Brasil, asfixia não só o sistema de justiça, mas também põe em risco o conjunto de direitos e garantias fundamentais, que devem ser oferecidos a todos, sem discriminação de qualquer gênero ou natureza.

Este estudo aspira oferecer os parâmetros mínimos pelos quais a atuação judicante deve ser condicionada, a partir do estudo de importantes institutos jurídico-penais, não sem antes identificar e apontar os fatores condicionantes da formação do convencimento dos atores processuais, que permeiam as diversas fases decisórias até a efetiva prolação da sentença penal. Alicerçado no reconhecimento das falhas sistêmicas e conceituais adotadas em matéria de valoração probatória, apontaremos alguns dos mecanismos aptos a superá-las no contexto fático.

Além disso, utilizando-se de estudos recentes sobre epistemologia aplicada ao processo, abordaremos os indicadores relevantes sobre a gestão probatória no caso penal, traço notável da mentalidade brasileira inquisitorial para, então, estabelecer horizontes além do normativo, com vistas a modificar as mentes e os comportamentos daqueles que operam o sistema de justiça criminal.

2. A IMPRESCINDÍVEL FILTRAGEM EPISTÊMICA DAS PROVAS

As provas judiciárias são fundamentais ao direito, porém, não se pode estabelecer que dependam exclusivamente da vontade do julgador. Observa-se a propagação de uma concepção, equivocada, de que a valoração da prova é algo intuitivo, que *“acabamos naturalmente sabendo como fazê-lo”* (BADARÓ, 2018, p. 45). Deve-

se, primeiramente, aproximar o campo jurídico do epistemológico, para a realização de um estudo sério sobre a prova no processo judicial, com a construção de um sistema racionalizado para a sua admissão, valoração e produção. (BADARÓ, 2018, p. 44-45).

Dessa forma, a epistemologia jurídica, ou, como vem se disseminando, a filtragem epistêmica da persecução penal brasileira, surge com a necessidade de mitigar a irracionalidade do sistema penal. Essa corrente teórica enfatiza a necessidade submeter as provas a um processo de filtragem, selecionando aquelas que, por sua forma de obtenção, utilização ou adequação ao caso, ficarem presas nesse filtro. Superada essa fase, caberá aos agentes processuais a utilização da epistemologia a fim de realizarem os ajustes necessários, retirando as provas do contexto jurídico, e aproximando-as da realidade dos fatos, isto é, uma adequação do procedimento probatório aos parâmetros da epistemologia jurídica. (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020).

É crucial que os procedimentos respeitem, sempre, os limites do processo e das garantias processuais, alicerçados na presunção de inocência. Badaró (2018, p. 45-46) afirma que só se pode garantir que o processo penal seja justo, respeitando três principais fatores: (i) correto juízo fático; (ii) correto juízo de direito; e (iii) funcionamento do instrumento processual, pressupostos, estes, que demonstram a sua viabilidade com o desenvolvimento da epistemologia, sob o devido processo legal.

A filtragem deve ocorrer desde a fase de investigação preliminar, visando evitar condenações e investigações injustas. Não se pode ignorar a distinção, evidente, entre a investigação e o processo, porém, uma investigação preliminar processual penal orientada por critérios epistemológicos, levaria a uma minimização do potencial abusivo da justiça criminal. Não obstante, inúmeros erros judiciais, por vícios no campo probatório penal, apresentam relação direta com a metodologia dos atos de investigação. (MACHADO, 2021).

Nessa perspectiva, a adoção de filtros, adquire especial relevância quando dirigido a admissão de provas no processo. Isso porque, para fins decisórios, o magistrado poderá e deverá considerar, unicamente, as provas aportadas e admitidas no decorrer do trâmite processual, sem que a análise comporte aquelas que sejam pessoais ou ainda que tenham sido excluídas pelo seu caráter ilícito (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 62-63).



Fricker (2007), ao se debruçar sobre o estudo da injustiça epistêmica, diretamente afeta ao processo de filtragem e seleção dos elementos probantes, a conceituou como a negligência ou descrédito, sistemático, da afirmação ou declaração feita por alguém. Poderá ser de cunho testemunhal, quando a credibilidade do interlocutor é prejudicada por algum preconceito, consciente ou inconsciente, não lhe oferecendo uma escuta séria por parte daquele que ouve e analisa a informação; ou, de cunho hermenêutico, que ocorre na tentativa de entender uma experiência social obscurecida, por uma *"lacuna hermenêutica, cuja existência provém de uma impotência relativa do grupo social ao qual o sujeito pertence"*¹ (FRICKER, 2008, p. 69). Entende-se, então, que a situação vivenciada não pode ser adequadamente expressa em nenhum termo linguístico ou conceitual corrente.

Uma análise dos casos de Ágatha Felix e de João Pedro é essencial para melhor compreensão da injustiça epistêmica e sua operacionalização no sistema de justiça criminal. Ágatha, menina de 8 anos, negra, moradora do Complexo do Alemão, morta por um tiro de fuzil disparado por um policial (FRANCO, 2019). João, adolescente de 14 anos, negro, morador do Complexo do Salgueiro, em casa, levou um tiro de fuzil propelido por um policial, foi levado pelas guarnições para prestação de socorro, mas sua família só o encontrou horas depois no Instituto Médico Legal (IML) (DAVILA, 2022). Além da morte ocasionada por policiais, outro ponto em comum, é a alta valoração da prova testemunhal policial, em uma evidente injustiça epistêmica.

No caso da menina Ágatha, somente dois meses após sua morte, que a família teve sua história ouvida. Antes disso, a investigação tratava o fato como uma troca de tiros, uma morte acidental, visto que, o testemunho dos policiais criou tal narrativa, sustentada por duas notas oficiais divulgadas pela corporação. Além disso, como elencou Rodrigo Mondego (*apud* FRANCO, 2019), advogado da família, *"a primeira reação do governo foi dizer que todas as testemunhas estavam mentindo, inclusive a mãe da Ágatha"*. Operou-se, portanto, a incredibilidade do testemunho de qualquer outra pessoa que não os policiais, induzindo a investigação, pela formulação de uma hipótese fática inicial de disparo acidental, não buscando provas da responsabilização dos agentes públicos (BADARÓ, 2021, p. 55-56).

Janaína Matida (2020c), expõe não existir motivo para atribuição de credibilidade prévia aos policiais, ou ao menos não deve ser efetuada em grau superior àquela devida a qualquer pessoa. Não há justificativa epistêmica em se ter a pala-

¹ Tradução livre realizada do trecho original em inglês.

vra do policial como, presumidamente, verdadeira. Ainda, deve-se questionar se o mesmo relato de outras testemunhas, incompatíveis com os relatos dos policiais, teriam sido de pronto descartados se tivessem sido feitos por outra camada social da população ou por outra raça.

No caso João Pedro, observam-se comportamentos similares ao caso Ágatha. A narrativa oficial, novamente criada pelos policiais, era de legítima defesa, frente ao fogo cruzado, ignorando o relato das pessoas, que assistiram o ocorrido, de que os policiais entraram atirando e jogando granadas. Não se tem uma justificativa do porquê os agentes entraram na casa, porém, a família de João não foi ouvida oficialmente (GUIMARÃES, 2021).

Fato é que, mesmo após as investigações constatarem que o projétil que matou João poderia ter sido disparado por três policiais específicos, que estavam na operação, eles continuaram trabalhando, em campo, normalmente, por quase dois anos. Somente após o recebimento da denúncia de homicídio e fraude processual, pela suspeita dos policiais terem alterado a cena do crime antes da realização da perícia, a magistrada os suspendeu de suas funções públicas (DAVILA, 2022).

Novamente, temos a operação da injustiça epistêmica. Demonstrando a importância da filtragem, em todas as esferas do processo penal, sobretudo, considerando que a investigação policial é uma fase crucial ao desenvolvimento e apreciação das provas, por isso a polícia pode e deve trazer informações e fatos, racionalmente. Não podemos ter uma investigação baseada em arbitrariedades e alegações, provas produzidas para suprir uma narrativa já construída. A determinação dos fatos e produção das provas deve prezar pela racionalidade, para assim superar injustiças epistêmicas e atos intuitivos. (MATIDA, 2020c).

3. PROTEÇÃO E IDONEIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA

De uma perspectiva universal, o processo penal é o mecanismo pelo qual se operacionaliza a pretensão acusatória, revolvida pela presunção de inocência e pelos demais direitos fundamentais do acusado, direcionada ao estabelecimento de eventual sanção, com a aplicação do direito punitivo estatal. Para se obter uma decisão justa, exige-se a correção dos juízos de fato e de direito, com o respeito ao disciplinamento contido em lei, adequado a promover a concretude das garantias constitucionais do devido processo (BADARÓ, 2017, p. 517).



O exercício da atividade investigativa conduz, notadamente, a uma decisão qualitativamente superior, sobre a qual, um enunciado fático poderá ser considerado verdadeiro, desde que amparado pela valoração racional da prova, aplicando-se a norma, resultante da atividade interpretativa.

Assim, pode-se compreender, enquanto conceito genérico, que a cadeia de custódia é o modo pelo qual é assegurado que, os elementos e evidências apresentadas durante o curso processual, sejam os mesmos encontrados na cena do crime, sem terem sofrido alterações em sua substância ou forma (MATIDA, 2020a, p.20).

A busca é pela preservação dos elementos de prova e das evidências, na sua integralidade, a possibilitar que sejam utilizados, durante a fase processual, para construir a instrução probatória. Trata-se de encadeamento de procedimentos técnicos e práticos para que se assegure a qualidade e a confiabilidade dos elementos colhidos durante a investigação, ou ainda, durante o processo penal.

A partir da vigência da Lei 13.964/2019, no afã de salvaguardar o potencial epistêmico da prova, disciplinou-se uma série de providências técnico-jurídicas vinculadas à cadeia de custódia. Como aquela constante no artigo 158-B, em que se encontra o detalhamento das diversas etapas a serem utilizadas para o rastreamento dos vestígios. Além do disposto no artigo 158-C, condicionando a coleta, preferencialmente, ao perito oficial, assim como o local de reunião e acondicionamento (central de custódia), vedada a interferência no local do crime sem aval do expert, sob pena de configurar fraude processual; e, por fim, o artigo 158-D, com o disciplinamento dos procedimentos de acondicionamento, lacre, numeração e classificação, para garantir a idoneidade do vestígio.

Janaína Matida (2020a, p.21), destaca que, a despeito das importantes modificações legislativas, *“a lei é silente quanto ao efeito da não preservação da cadeia de custódia”*. Significa dizer que, o legislador, não estabeleceu o momento oportuno para a verificação da regularidade e integridade da custódia, quanto menos, mencionou os efeitos a serem atribuídos caso constatados quaisquer rupturas ou violações.

Leonardo Marcondes Machado (2019) explicita haver duas correntes divergentes sobre os efeitos imputados à eventual quebra na cadeia de custódia, para além das discussões, envolvendo a boa ou a má-fé.

A primeira sustenta a ilegitimidade ou ilicitude da prova, que não mais poderá integrar o acervo probatório processual, com a exclusão, inclusive, dos elementos que dela derivarem (LOPES JR., 2020, *loc.* 660). Em contrapartida, a segunda, de-



fende que os vícios atinentes ao vestígio ou as irregularidades da cadeia custodial, não são aptas a causar a ilicitude da prova, redundando somente na atribuição de menor valor ao meio de prova utilizado. Assim, a partir do modelo estadunidense, pode-se entender ser função dos agentes estatais a demonstração de que foi respeitada a cadeia de custódia durante a obtenção das evidências levadas à apreciação do judiciário. Pondera-se ainda, que o cometimento de irregularidades leves, não pode servir à imprestabilidade da prova, contanto que seja constada a higidez e a fiabilidade quanto a fonte, questões a serem ponderadas no momento valorativo (BADARÓ, 2017, p. 533-535).

Os impactos que, evidências, vestígios, instrumentos e outros dados coletados na fase investigativa, podem ter nas decisões tomadas durante o curso processual, determinando medidas cautelares, decretação da prisão preventiva, ou prolação da sentença penal, são incomensuráveis. Michele Taruffo (*apud* BADARÓ 2017, p. 518) bem assevera *“nenhuma decisão correta pode se basear em fatos acertados erroneamente”*. Sem estabelecer parâmetros mínimos pelos quais a atividade probatória irá se desenvolver, ou inteligências que irão assegurá-la, o acusado ou investigado será punido por qualquer coisa, em um sistema gerido pela discricionariedade das autoridades, âmagos dos predicados inquisitoriais.

De uma perspectiva generalista, a cadeia de custódia define os filtros pelos quais os elementos do processo devem transcender, em direção a busca de uma hipótese válida, de uma determinada narrativa posta sob apreciação. Serve, no mais das vezes, a dois propósitos: i) garantir ao acusado os direitos fundamentais e; ii) preservar a ordem constitucional e legal vigente, através do desenvolvimento de um processo justo.

Nota-se, então, que provas ou evidências não visam somente a reconstrução pura e simples dos fatos, supostamente ocorridos, mas também, servem como viés legitimador do processo, impondo limites epistemológicos, com o desiderato de que não sejam gerados juízos fáticos dissonantes da realidade ou legitimadores de interesses e interpretações escusas. Portanto, a regulamentação da atividade probatória, na essência, consiste em um constrangimento epistêmico dos atores processuais, cujo objetivo é estabelecer bases verossímeis para a argumentação, assim como, possibilitar que os juízos de fato possam se relacionar da forma homogênea com os enunciados sobre a realidade (EDINGER, 2016, p. 2).

Incumbe ao legislador, definir os critérios, aprimorá-los e atribuir consequências jurídicas e práticas a sua inobservância. Árdua é a tarefa de conciliar a liberdade de convencimento do julgador com a legitimidade do sistema de justiça, em



imputar e punir o indivíduo. A cadeia de custódia é uma sequência de elos vinculados a um vestígio que, se observados os procedimentos e parâmetros legais e epistemológicos, poderá constituir evidência da ocorrência de um fato.

Ao mesmo tempo, é dever do Estado e direito do acusado, identificar de maneira coerente e concreta, cada qual dos elos, desde o momento em que o vestígio foi percebido ou observado (EDINGER, 2016, p. 3). Assegura-se, doravante, a fiabilidade do elemento probatório coletado, conferindo-lhe uma série de garantias e proteções a eventuais tentativas de manipulação, distorção ou falsificação da atividade probante.

Em um primeiro momento, o elo poderá ser admissível, somente, após a definição e indicação do local de onde foi obtido ou coletado, sua origem. Indicar-se-á se a mochila contendo a substância entorpecente foi encontrada no cômodo X, ou acondicionada no guarda-roupa Z da residência A, sob pena de, antes mesmo de se desenrolar o processo investigatório ou o Ministério Público exercer seu *múnus*, haver dúvidas razoáveis sob a narrativa apontada como verdadeira.

Na sequência, como aponta Carlos Edinger (2016, p. 3) deverá se definir: i) quem manejou o vestígio; ii) o que fez com ele e; iii) como fez. Durante tais procedimentos, desde quem colherá o vestígio, passando pelo procedimento utilizado para a guarda e identificação, culminando na análise técnico-científica, deverá se obedecer, rigorosamente, o disciplinamento da cadeia de custódia, de modo a impedir influências e interações externas.

Com efeito, a inobservância, viciará o vestígio coletado, sendo imprestável como evidência, porquanto a fiabilidade que transparece é exígua e insuficiente ao desenrolar da comprovação de uma hipótese fática. É fundamental a preservação do vestígio tal como foi encontrado, visto que assim guardará maior verossimilhança com os acontecimentos havidos durante sua produção.

Aponta Geraldo Prado (*apud* EDINGER, 2016, p. 3-4), que uma investigação criminal incontrolável pode, no extremo, conduzir a exercícios meramente retóricos, que desvalorizarão e farão sucumbir a própria investigação. A retórica, nesse cenário, ocupará posição central em hipotética decisão condenatória, fundada, tão somente, em depoimentos que analisam e avalizam determinado conjunto de elementos, colhidos durante o processo investigativo, pela adoção da homogeneidade e que, eventualmente, se quer estavam disponíveis à defesa.

Muito embora seja associada a prova técnica/laboratorial, deve-se aplicar a cadeia de custódia, a todos e quaisquer elementos materiais (blusa marcada por

gotas de sangue) e imateriais, como aqueles registrados eletronicamente, dentre os quais, estão as conversas telefônicas, videochamadas, aplicativos de mensagens, redes sociais, endereços eletrônicos, fotografias, vídeos, entre outros. Essa perspectiva ampla, é inclusive corroborada pelo artigo 158-A do Código de Processo Penal (CPP) (BADARÓ *apud* MACHADO, 2019).

As etapas legais a serem observadas, nos termos do artigo 158-B do CPP, são: i) o reconhecimento; ii) o isolamento; iii) a fixação; iv) a coleta; v) o acondicionamento; vi) o transporte; vii) o recebimento; viii) o processamento; ix) o armazenamento e; x) o descarte. No ambiente do direito penal informático, ou do registro eletrônico das provas, os riscos que ameaçam a integridade e confiabilidade dos vestígios são, notadamente, exponenciais. A possibilidade de manipulação, sem indícios de autoria, é frequentemente observada.

Particularmente, o vestígio informático, registra de modo lógico o comportamento, fato ou informação. Denota a qualidade que se utiliza da memória através de uma linguagem própria, muitas vezes, incompreensível ao ser humano, considerando sua complexidade e extensão. Todavia, pela velocidade de processamento dos dispositivos informáticos, poderá se tornar compreensível a atividade humana, desde que o procedimento seja conduzido por profissional capacitado, seguido da fixação técnica e de pouco questionamento (SYDOW, 2021, p. 198).

Assim, por exemplo, quando selecionado o comando “apagar”, o arquivo não é deletado mecanicamente do dispositivo informático, mas sim, sobre ele, paira determinada programação que faz com que o sistema identifique aquela porção da memória como livre, apta a receber outros dados. Portanto, em regra, o arquivo deletado permanecerá no dispositivo, até que um processo lógico específico seja consumado.

Distingue-se, em muitos aspectos, da prova penal comum, substancialmente, pelo fato de que o ato de periciar um componente informático, demanda tanto a leitura dos elementos expressos, quanto a varredura e localização de vestígios ocultos por determinados comandos lógicos. Logo, o local onde se encontra o vestígio poderá ser irrelevante para determinar a sua derivação, justamente pelo fato de que, as cópias guardam consigo a matriz do arquivo original, sendo importante preservar a lógica ou código, no caso do corpo de delito informático.

Spencer Toth Sydow (2021, p. 199) aponta que *“a prova é uma cópia (clone) de todo(s) o(s) dispositivo(s) informático(s) sobre o(s) qual(quais) recai suspeita de*



haver indícios da conduta informática". Dessa forma, o armazenamento adequado em um dispositivo, condicionará a preservação e conservação mais homogênea dos elementos coletados, salvaguardando-os de contaminação informática. Outro discriminativo importante é que, ao invés de se preservar a intocabilidade da prova pela restrição de acesso, dever-se-á comprovar a compatibilidade e identidade entre o dado colhido e a informação originalmente disponível no equipamento/mecanismo específico, onde a conduta supostamente pode ter sido perpetrada.

Em outra perspectiva, aproxima-se da prova penal ordinária, sobretudo, no que concerne à inviolabilidade, idoneidade e preservação das características fundamentais identificadoras (CPP, art. 158-D). É vedado, desse modo, qualquer modificação da sequência lógica que compõe o vestígio ou evidência, nem mesmo um algarismo ou caractere, preservando a confirmação de identidade dos números *hash* - identificadores, código-fonte, sem recortes ou transmutações -, condicionando o reconhecimento de sua idoneidade e o respeito a cadeia de custódia informática (SYDOW, 2021, p. 200).

Michele Taruffo (*apud* EDINGER, 2016, p. 6) esclarece que a problemática envolvendo a fiabilidade das provas informáticas, no contexto probatório, poderá ser resolvida, também, com a exigência de diversas condições, ao menos quando a autenticidade e confiabilidade forem contestadas. Destarte, o dispositivo utilizado para análise, deve observar um padrão, revólvido de integridade, sendo que o processo deverá ser executado de maneira escoreita e apropriada, com a implementação adequada dos programas manipulados. Sintetizando, faz-se imprescindível, também, a autenticação dos instrumentos utilizados para manipular os vestígios e evidências, comprovando, assim, que as ferramentas funcionaram de maneira adequada, tendo sido empregadas de forma apropriada.

Formular e estabelecer critérios objetivos para a filtragem e seleção dos elementos que serão mantidos e excluídos da apreciação dos órgãos investigativos ou decisórios no processo penal, tem o propósito de acondicionar e reduzir a utilização das heurísticas e dos vieses entre os atores ou jogadores. Habitualmente, em face das limitações da capacidade, disposição e incentivos, não conseguimos estudar, refletir e decidir, individualizadamente, sobre a multiplicidade de situações jurídicas.

Utilizamo-nos de atalhos simplificadores, julgamentos intuitivos e imediatos, desprovidos de reflexão e, fundamentalmente, alicerçados nas experiências pessoais ou



consultadas², capazes de amparar decisões com base em conjecturas e em um conhecimento parcial. Os atalhos cognitivos são ferramentas que visam suplantar a finitude da memória-trabalho, marcada pela reflexão escassa, tendente a otimizar as tarefas utilizando-se do menor esforço mental possível, na busca de uma recompensa (ROSA, 2020, p. 153).

Inobstante as variadas prognoses e hipóteses levantadas, os filtros epistêmicos precisam ser estabelecidos, de modo a eliminar a numerosa maioria das armadilhas da linguagem e do raciocínio humano, na busca de uma limpidez e confiabilidade, desde a coleta dos elementos juridicamente relevantes, permeando a análise, a classificação e a seleção, até que possam afluir na fase investigativa ou processual, como subsídios idôneos, principalmente, em se tratando da pretensão acusatória de restringir direitos ou retirar a liberdade individual do cidadão.

4. A ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS INVESTIGATIVOS ATÍPICOS

Enquanto parte intrinsecamente relacionada à cadeia de custódia da prova penal, têm-se os métodos e meios utilizados para sua obtenção, vinculados a quem, como, onde e, porque, foram empregados estas ou aquelas condutas investigativas e com qual finalidade. Como aponta Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 208), cada participante, compreendido na condição de player processual, atuará para maximizar os resultados do jogo processual em relação às recompensas pessoais, agindo tanto quanto for necessário, a depender do contexto apresentado.

Mormente, na ânsia por combater o crime organizado ou delitos detentores de maior reprovabilidade social, os atores processuais poderão se valer de técnicas atípicas e de subterfúgios variados, para lograrem êxito na obtenção de suas recompensas. Independentemente de acolhermos, ou não, a teoria dos jogos aplicada ao processo penal, é notório que há uma série de artifícios ardis, tendentes ao jogo sujo e a modalidades de *dopings* processuais (ROSA, 2020, p. 208).

Entre as particularidades que circundam a coleta do material probante e os métodos empregados em sua análise, despontam a pescaria probatória e a cegueira deliberada, na qualidade de distorções e mecanismos atípicos de obtenção e seleção daqueles elementos que, futuramente, servirão de amparo para o desenca-

2 Heurística da disponibilidade, condicionada pela frequência de um evento ou pelo significado emocionalmente forte que detém, fazendo com que haja uma crença objetiva de sua repetição.



deamento dos sucessivos atos que compõe a investigação preliminar e o processo penal, precisamente, no cenário brasileiro.

Em síntese, a atividade pesqueira tradicional, difundida socialmente, consiste em lançar a linha ou a rede ao corpo d'água, de modo a obter de algum sucesso na captura de um espécime, mas que, havendo a probabilidade de fisgar ou capturar outros, a primeira evidência, indesejáveis, considerando as recompensas e objetivos perseguidos, poderão servir para saciar a fome ou o objetivo econômico-social estabelecido pelo agente (pescador).

Esse fenômeno de captura atípica de vestígios e evidências é denominado, na ótica processual penal, de serendipidade, encontro fortuito de provas ou, guardadas as sutilezas, de *fishing expedition*.

Para Fernando Capez (2021), a serendipidade é definida pelo encontro fortuito de provas, com obtenção casual de elementos probatórios, relacionados a fato diverso daquele que está sendo investigado. Já Alexandre Morais da Rosa (2021), define o instituto do *fishing expedition*, como a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, isenta de causas prováveis, alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites fixados, de elementos que possam atribuir responsabilidade penal a alguém.

Em particular, a pescaria probatória, amplamente difundida, diante do contexto social brasileiro, é interpretada como pressuposto da justiça criminal que concebe haver crimes sendo perpetrados, diuturnamente, no ambiente das comunidades. Com esse viés heurístico, ao invés de promover a investigação e a individualização das condutas, a rede é lançada, fortuitamente, frente às residências de indivíduos, reconhecidamente, marginalizados e excluídos. Utiliza-se de meios legais, como mandados de busca e apreensão genéricos, sem objetivos definidos ou declarados, no afã de pescar quaisquer evidências que possam embasar uma investigação ou pretensão acusatória futura (LOPES JR.; ROSA, 2017).

Traçando diferenças, a serendipidade, guarda íntima relação com os atos investigatórios em curso. Nesse caso, podemos estar diante de dois graus distintos: a) aquele que exige nexos causal com o crime objeto de investigação, como a descoberta do cadáver ocultado durante a apuração de um homicídio ou; b) a prova ou indício desnudado fortuitamente, independentemente de guardar relação com o objeto investigativo. Tendo em conta os aspectos e riscos de violação das garantias fundamentais do acusado, desponta uma tentativa intermediária de se admitir a evidência, desde que encontrada anteriormente a outras vinculadas ao

crime investigado. Logo, nos casos em que for obtida, após a captura dos indícios investigativos plenamente vinculados - fenômeno do bisbilhoteiro -, considerar-se -á nula (CAPEZ, 2021).

Uma vez mais, o processo penal tem caminhado para estabelecer limites e o *fair play* suficientes, para se observar tanto a cadeia de custódia penal, quanto eliminar, na máxima medida, vieses, pré-conceitos e a liberdade probatória dos agentes processuais, violadoras dos direitos precípuos do acusado ou investigado.

Nesse ínterim, o Excelentíssimo ex-Ministro, do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no inquérito 4.831 do Distrito Federal (DF), ponderou ser imprescindível a *"delimitação do âmbito de análise do exame pericial ora requerido, sob pena de conversão da pesquisa em inadmissível e indiscriminada devassa estatal"* (BRASIL, 2020).

Além disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 22 de março de 2022, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 660.055 do Mato Grosso (MT), fixou parâmetros mínimos para haver o ingresso das autoridades públicas investigatórias no interior da residência de um cidadão, de modo que a entrada esteja limitada ao necessário para efetivar com êxito as diligências previamente definidas, reputando-se ilícitas as provas colhidas em desvio de finalidade, seja quando for destinada ao cumprimento de mandado de prisão, seja quando não houver autorização judicial prévia, nos casos de flagrante delito.

Isso porque, os agentes públicos devem se ater a justa causa, isto é, a causa prévia que fundamentou o ingresso, ressalvada a possibilidade do encontro fortuito de provas, sendo que a entrada em residência particular não pode servir para efetivação de notória expedição probatória, sob pena da incidência de nulidade dos elementos coletados, incluindo-se aqueles derivados.

Noutra orientação, conquanto, padecendo de anomalias congêneres, a cegueira deliberada ou *wilful blindness doctrine*, entendida como distorções heurísticas, teve origem, de acordo com André Luís Callegari e Daniela Scariot (2020), no que, em 1861, ficou conhecida como cegueira intencional, cujo conteúdo expressava que, caso o réu possuísse condições de saber se participava ou não de atividades delituosas, mas optou por fechar os olhos a descoberta, seria tão culpável quanto se possuísse pleno conhecimento.

Consoante suas crescentes e perenes modificações, nos Estados Unidos, foi aplicada das mais variadas formas, obedecendo às conveniências do caso concreto, deixando de apresentar um fundamento sistêmico (BADARÓ *apud* VALENTE, 2017).



Por meio da derivação de Victor Augusto Estevam Valente (2017), pode-se entender que a teoria, aplicada ao sistema investigativo e processual, preceitua que o agente, deliberadamente, coloca-se em situação de ignorância, assomando obstáculos, consciente e voluntariamente, para alcançar maior grau de certeza dos fatos, que se pretendem demonstrar provados.

Assim, por exemplo, o investigador poderia obter determinadas informações ou evidências, porém, por predeterminações ou vieses construídos pela práxis, opta por não os adquirir, mantendo-os em estado de incerteza e de indeterminação frente ao contexto probatório. Essa conduta pode ser mais facilmente compreendida se a entendermos como uma variedade de seletividade sistêmica, operacionalizada sob os agentes da justiça criminal. Cotidianamente, emerge dos comportamentos investigativos, voltados à obtenção de provas tão somente para adensar uma hipótese fática inaugural, não extraordinariamente, fundada em conjecturas, eminentemente, acusatórias.

A convergência entre estes métodos atípicos de desenvoltura probatória, reside no fato de que, o primeiro - pescaria probatória - volta-se a obtenção de elementos outros, vinculados ou não, com os fatos investigados, com o fito de atingir fins ou recompensas diversas, à medida que o segundo - cegueira deliberada - extirpa e oculta da investigação ou do processo, elementos e limiares que possam lançar dúvidas sobre a hipótese acusatória, ou mesmo que possam servir de subsídios -base para o desenvolvimento de linhas defensivas de investigação.

5. A EPISTEMOLOGIA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal, o princípio do livre convencimento motivado do juiz sustenta a garantia das fundamentações judiciais no processo penal brasileiro. Isso porque *“la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal”* (IBÁÑEZ, 1992, p. 292).

Há a necessidade de uma fundamentação, acerca da convicção formada pelo magistrado, porém, não se observa quaisquer limites ou regras para a atribuição de valor ao conjunto probatório. A sistemática do processo brasileiro, em que todas as provas são relativas e nenhuma delas tem maior valor que as outras, fornece ampla liberdade ao juiz, contudo, essa liberdade não é plena, ou, pelo menos, não deveria ser uma autorização para meras conjecturas. (LOPES JR., 2020, loc. 608-609).

No caso da valoração e apreciação da prova, espera-se que o juiz, munido da confiabilidade inerente ao cargo, atue imparcialmente, demonstrando sua capacidade de justificar, logicamente, os elementos probatórios disponíveis, sendo que “o livre convencimento, neste sentido, não pode funcionar como autorização a ‘certezas íntimas’ em favor das quais o juiz não consegue oferecer justificação.” (MATIDA; NARDELLI; HERDY, 2020).

Nesse aspecto, não podemos pactuar que o juiz julgue “conforme a sua consciência” (STRECK, 2014), o julgamento deve ser feito conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional (LOPES JR., 2020, loc. 610). A valoração da prova, também, não é suficientemente abordada durante a formação dos juízes (FENOLL, 2010, p. 152). Restringe-se ao aspecto procedimental, carecendo de amparo teórico voltado ao estudo abrangente e aprofundado da temática, principalmente, destinado a dar significado completo à exigência de motivação das decisões judiciais.

É notório que não há juízes neutros, pois todo ser humano é integrado por fatores internos que o influenciam - experiências emocionais, traumas, vivências culturais -, assim, não se pode exigir a neutralidade do julgador, mas sim a sua imparcialidade, visando preservar a originalidade de suas cognições para conduzir os processos sem beneficiar uma parte em detrimento da outra, mesmo de forma involuntária.

A imparcialidade pode ser analisada sob dois aspectos, explorados pela decisão proferida no caso Piersack vs Belgium no Council Of Europe (1982, p. 13). O primeiro é de ordem subjetiva, consistente no “esforço para apurar a convicção pessoal de um determinado juiz em um determinado caso” enquanto que, sob o prisma objetivo, buscar-se-á “determinar se ele ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima a este respeito”. Assim, como aponta Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter (2020), o enfoque jurídico está na conduta dos magistrados, seres humanos comuns e falíveis, imprescindível, então, considerar uma dimensão psicológica, inerente à cognição e ao comportamento humano que, se pensados na figura do juiz diante de uma persecução penal, desafiam essa estética de imparcialidade indispensável à jurisdição.

Sendo assim, para obtenção de uma decisão judicial qualitativamente considerada, devem-se observar, a cadeia de custódia penal, cuja substância garantirá a fiabilidade e a integridade dos elementos probatórios, assim como os *standards* mínimos a serem observados para validar uma hipótese fática como verdadeira. Logo, a proposta de valoração racional da prova, estabelecida por Jordi Ferrer-Beltrán,



deverá sopesar, especialmente, o método utilizado para fundamentar as decisões judiciais e, em simultâneo, o conteúdo e a formação do sujeito que irá apreciá-las.

No momento decisório, exige-se que a valoração de todas as provas produzidas sejam externalizadas pelo julgador, garantindo, assim, a efetividade do direito de que todas as provas devem ser valoradas. Cabe, então, ao julgador, ao motivar seu convencimento, *“compartilhar das operações inferenciais que o levaram à hipótese vencedora – a mais provável –, mas sobretudo, externalizar a insuficiência probatória da hipótese perdedora”* (MATIDA, 2009, p. 99).

Temos, ainda, que a adoção do livre convencimento, funciona como uma garantia epistemológica em negativo, colocando em xeque o antigo sistema que determinava, através de regras, o valor, fixo e imutável, de cada prova antes do julgamento (sistema de provas tarifadas). Além disso, a confissão era colocada como a rainha das provas e, mesmo que seu conteúdo não correspondesse com a realidade ou não fosse passível de verificação, determinava, por si, o resultado do processo. O juiz somente deveria repetir a legislação através de um raciocínio dedutivo, permeado de certeza, uma verdadeira desconexão entre a realidade e o processo (MATIDA, 2009, pp. 103-105).

Malgrado, é de se ponderar que a motivação, disposta no artigo 155 do CPP, foi o meio encontrado para assegurar alguma racionalidade decisória, pela qual se exige a completa exposição dos motivos e razões em que foram considerados no momento de sua construção, principalmente, considerando o advento do artigo 315 do CPP. Logo, como aponta Ferrer-Beltrán (2021, p. 68) a liberdade na valoração da prova refere-se somente a não vinculação prévia à norma jurídica (sistema tarifado), capaz de determinar o resultado ou as premissas a serem observadas, no entanto, isso não deve permitir a liberdade ampla do julgador para se utilizar de elementos de convicção pessoal para fins decisórios.

Assim, o livre convencimento motivado não está vinculado a critério de valoração prévia das provas, facultando ao magistrado, selecionar aquelas que lhe parecem mais convincentes, entre as coletadas lícitamente e admitidas no decorrer da instrução, desde que decline suas razões, sujeitando-se aos critérios gerais da lógica e da racionalidade (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 68-69). Com vistas a reduzir a proeminência decisória subjetiva, a segmentação do processo em etapas e a análise acurada dos elementos, associada a alterações substantivas na formação técnico-jurídica dos juízes, para além de sua revisão pelos tribunais, tendem a trazer importantes acréscimos a reiteração deliberada de decisões dissociadas dos objetos e fatos submetidos à análise judicial.

6. A CONTROVERTIDA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Pujantes foram também as modificações adotadas para superar a verdade real, enquanto instrumento legitimador de eventuais desvios das autoridades públicas, especialmente, policial e judiciárias, e justificador da ampla iniciativa probatória reservada ao juiz no processo penal, autorizando-se a atuação supletiva do magistrado, substitutiva do órgão ministerial, cujos resquícios ainda são vistos. Autorizava-se, com base na busca da verdade, até mesmo buscas e dilações probatórias sem previsão legal, responsável pela *“disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal”* (PACELLI, 2019, loc. 413).

Em um processo penal comprometido com a busca da verdade, a relação dos standards de prova com a produção - cadeia de custódia - e valoração destas são essenciais. Devemos, pois, observar dois aspectos, conforme preceitua Janaína Matida (2019, p. 99), de um lado, a preocupação de corte epistêmico vinculada e de outro, o corte político-moral.

Nesse sentido, pela perspectiva epistemológica, o processo penal deveria contar com regras visando a redução de erros, uma preocupação na redução dos riscos de condenar inocentes e de absolver culpados.

Destaca-se, porém, que o standard probatório é uma das ferramentas para a determinação dos fatos, mas, independentemente do *standard*, ele só será aplicado às hipóteses já valoradas pelo julgador, na fase decisória. A função atribuída aos *standards* probatórios - funcionar como o sarrafo no salto com vara (MATIDA; ROSA, 2020) - só pode ser adequadamente entregue, se a produção e a valoração da prova já tenham se mostrado idôneas à seleção da hipótese fática provável. (MATIDA, 2019, p. 101).

Reconhecemos que uma verdade, absoluta, não é atingível no âmbito do processo penal, ou, ainda, não é o objetivo do processo (BADARÓ, 2018, p. 47) e nem poderia sê-lo.

Contudo, fica evidente a tendência, no processo penal brasileiro, de traçar narrativas e, com elas já construídas, buscar provas para suportar uma história, observando somente um lado, ignorando aquilo que não embasa a hipótese já eleita como verdade. Deve-se, pois, trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal, partindo da possibilidade de atingir um conceito verdadeiro, um meio para a decisão justa.



Utilizamo-nos da explicação de Jordi Ferrer-Beltrán (*apud* BADARÓ, 2018, p. 48), para entender que dizer “X” está provado não significa que “X” é verdadeiro, e, menos ainda, que “X” foi estabelecido por mera liberalidade do juiz, considera-se o convencimento do magistrado como condição necessária, mas não suficiente, acrescentando, obrigatoriamente, critérios racionais e lógicos na formação de sua opinião.

Desse modo, ao afirmar que “X” está provado, confirmar-se-á existirem elementos de provas suficientes referente ao fato “X”, e não uma verdade, absoluta, guardando intrínseca relação com o *standard* utilizado.

É preciso dizer que a adoção de um ou outro *standard* dependerá de uma decisão jurídica, vinculada aos valores e bens jurídicos postos em apreciação em cada qual dos processos. Nos casos penais, cujo resultado poderá determinar a segregação do indivíduo, é justificável a seleção de critérios rigorosos (FERRER-BELTRÁN, 2021, p. 71).

O processo, como mecanismo cognitivo, necessita que as ações referentes a admissão, produção e valoração da prova, com conseqüente decisão final pelo juiz, sejam voltadas à descoberta da verdade. Tais atos devem ser feitos imparcialmente, seguindo os ditames legais e sem influências ou interesses pessoais, somente assim, com esses elementos estruturais, a filtragem epistêmica funcionará no processo (BADARÓ, 2018, pp. 47-50). A verdade judicial, nada mais é que a confirmação racional das afirmações sobre a verdade dos fatos, sem qualquer conotação absoluta, mas com a possibilidade de obter um grau adequado de certeza sobre os fatos da causa, visto que *“justiça e verdade são, portanto, noções complementares ao exercício do poder”* (TARUFFO *apud* BADARÓ, 2018, p. 49).

O juiz, como exposto, é livre, no atual processo penal brasileiro não há situações que restrinjam, previamente, o raciocínio, porém, ele não é livre da tarefa de que, ao determinar conforme suas razões, estas possam e devam ser controladas e verificadas por outros sujeitos. (MATIDA, 2020b).

Demonstrada a necessidade de regras, para garantir a racionalidade, a imparcialidade e, principalmente, a busca de uma justiça no processo penal, sem conclusões precipitadas, podemos então, por exemplo, utilizar da presunção de inocência. Se o processo for avaliado sob tal princípio, o juiz está obrigado a decidir pela inocência quando inexistam provas suficientes para a condenação do acusado. Se, com o final da atividade probatória, manter-se a dúvida, esta deve aproveitar o réu.

É nesse sentido que a criação de regras ou balizas processuais, sejam com os princípios do processo - presunção de inocência, devido processo legal - ou por decisões/entendimentos dos tribunais - ilegalidade de decisão baseada somente em reconhecimento por foto - impede a seletividade probatória parcial e a criação de uma narrativa antes da prova, isto é, impede que a narrativa crie a prova.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrou-se, ao longo deste artigo, as dificuldades e inconsistências do processo penal, elementos que impedem que o direito processual penal brasileiro avance além das características inquisitoriais. Observa-se que a racionalização do processo é essencial a busca de justiça, de modo que não se pode ter decisões e valorações enviesadas, lastreadas, fundamentalmente, em armadilhas heurísticas.

Além disso, demonstrou-se a importância do respeito à cadeia de custódia na obtenção da prova penal, mecanismo que serve a garantia da incolumidade e legitimidade do processo penal. Nesse mesmo aspecto, as inclinações das investigações, seja por uma ocultação de elementos ou pela exacerbação da atividade investigatória, tornam o processo viciado desde seu início, reforçando a necessidade de utilização da filtragem epistêmica dos elementos desde o âmago da persecução penal.

Dessa forma, diante da problemática exposta, podemos afirmar que não existe e não se deve buscar por uma verdade, no âmbito penal. A atividade persecutória deve ser conduzida com imparcialidade e racionalidade, dirigidas à verdade processual, sem deixar que atos intuitivos e meras liberalidades restrinjam a liberdade ou venham a extirpar direitos individuais, considerando a seletividade e inquisitorialidade que ainda afloram na fase investigativa, fonte primária dos elementos levados a apreciação judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia e sua Relevância para a Prova Penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 517-538. ISBN: 978-85-8425-700-3.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 663.055. Impetrante: LEANDRO FELIX DE LIRA. Impetrado: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Paciente: UEDER ALVES MARQUES. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DF, 22 de março de 2022. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 31 mar. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101288508&dt_publicacao=31/03/2022. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 4.831*. Investigado: JAIR MESSIAS BOLSONARO. Investigado: SÉRGIO FERNANDO MORO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 5 de maio de 2020.

CALLEGARI, André Luís; SCARIOT, Daniela. O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scarriot-teoria- cegueira-deliberada>. Acesso em: 19 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. Serendipidade: o encontro fortuito de prova. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/fernando-capez-serendipidade- encontro-fortuito-prova>. Acesso em: 19 jul. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. European Court Of Human Rights. *Case Of Piersack V. Belgium* nº 8692/79. Strasbourg. 1982.

DAVILA, Vitor. *Caso João Pedro*: assassinato de adolescente completa dois anos ainda sem solução. 2022. Disponível em: <https://www.atribunarij.com.br/caso-joao-pedro-assassinato-de-adolescente-completa-dois-anos-ainda-sem-solucao/>. Acesso em: 19 jul. 2022.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, 374 p. Colección proceso y derecho.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *A valoração racional da prova*. 1 ed. São Paulo: Juspodivm, 2021, 304p. Tradução de: Vitor de Paula Ramos.

FRANCO, Bernardo Mello. *Polícia que mata e mente*. 2019. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/bernardo-mello-franco/post/policia-que-mata-e-mente.html>. Acesso em: 17 jul. 2022.

FRICKER, Miranda. *Epistemic of injustice: Power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. Forum on Miranda FRICKER's Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. *Theoria* 61, p. 69-71. 2008. Disponível em: <http://philsci-archive.pitt.edu/10406/1/7-623-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2022.

GUIMARÃES, Lygia. *Caso João Pedro*: Quando o Estado mata nossos filhos a Justiça não acontece, diz mãe do adolescente morto em operação policial. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57121830>. Acesso em: 17 jul. 2022.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.L.], n. 12, p. 257-299, 15 nov. 1992. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa1992.12.08>.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1937 p. Livro Eletrônico. ISBN: 9788553619030.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/limite-penal-nao-basta-desentranhar-prova-desentranhar-juiz>. Acesso em: 19 jul. 2022.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A ilegalidade de *fishing expedition* via mandados genéricos em “favelas”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>. Acesso em: 19 jul. 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial também deve passar por rigoroso controle epistêmico. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 31 de ago. de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-31/academia-policia-inquerito-policial-tambem-passar-rigoroso-controle-epistemico#_ftn1. Acesso em: 10 jul. 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Pacote Anticrime: cadeia de custódia da prova penal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policia-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 19 jul. 2022.

MATIDA, Janaína Roland. *O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova*. 2009. 111 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MATIDA, Janaina. A Cadeia de Custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Revista de Defensoria Pública RS*, Porto Alegre, v. 27, p. 17-26. 2020a.

MATIDA, Janaina. É preciso se dar fim à seletividade probatória. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 de jul. de 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/limite-penal-preciso-dar-fim-seletividade-probatoria?pagina=2>. Acesso em: 19 jul. 2022.

MATIDA, Janaina. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 de maio de 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal#sdfootnote2sym>. Acesso em: 17 jul. 2022.

MATIDA, Janaina. *Standards de Prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção*. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapià (org.). *Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII seminário nacional do IBADPP* 2018. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. p. 93-110.



MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas; HERDY, Rachel. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. São Paulo: *Consultor Jurídico*, 13 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso em: 10 jul. 2022.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Morais da. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. *Consultor Jurídico*, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 19 jul. 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed., rev., atual. São Paulo: Atlas, 2019, Livro Eletrônico. ISBN 978-85-97-02012-0.

ROSA, Alexandre Morais da. A Prática do *fishing expedition* no processo penal. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em: 19 jul. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020. 932 p. ISBN: 978-65-990060-0-5.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 15 maio 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>. Acesso em: 17 jul. 2022.

SYDOW, Spencer Toth. *Curso de Direito Penal Informático: parte geral e parte especial*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 720 p. ISBN: 678-65-5680-241-1.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 9 ago. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados#sdfootnote3sym>. Acesso em: 19 jul. 2022.



O PUNITIVISMO NORMATIVO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 6.579/13

THE PUNITIVISM LEGISLATIVE AND THE DEMOCRATIC RULE OF LAW: ANALYSIS OF BILL OF LAW 6.579/13

*Flávia de Souza Pompermayer**

Resumo: Este artigo tem como objetivo problematizar o Projeto de Lei nº 6.579/13, de recente aprovação pela Câmara dos Deputados, bem como questionar sua validade constitucional e prática: a ascensão desta proposta de lei é, de fato, compatível com um modelo de Estado Democrático de Direito e soluciona o problema da evasão dos condenados? Para isso, foi utilizada a pesquisa jurídica qualitativa, alicerçada em revisão bibliográfica, análise legislativa e levantamento de dados. Dessa forma, a conclusão viabilizada por este trabalho é a de que a proposta analisada reforça a lógica punitivista, não se harmoniza com as prerrogativas constitucionais do ordenamento jurídico pátrio, tampouco põe fim aos problemas relacionados à periculosidade dos apenados.

Palavras-chave: Sistema Penal Brasileiro. Punitivismo. Criminologia. Projeto de Lei. Presos.

Abstract: This article aims to problematize Bill nº 6.579/13, recently approved by Parliament, as well as to question its constitutional and practical validity: the rise of this bill is, in fact, compatible with a model of a Democratic State of Law and solves the problem of evasion of prisoners? To answer this, qualitative legal research was used, based on bibliographic review, legislative analysis, and data collection. Thus, the conclusion of this work is that the analyzed proposal reinforces the punitive logic, does not harmonize with the constitutional prerogatives of the national legal system, and does not put an end to the problems related to dangerousness of the arrested people.

Keywords: Brazilian Prison. System. Punitivism. Criminology. Bill. Prisoners.

* Graduanda do 4º período do curso de Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6942105020823697>. E-mail: flaviapomper018@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

No dia 03 de agosto de 2022, a Câmara dos Deputados aprovou uma proposta legislativa que visa extinguir as saídas temporárias de presos nos estabelecimentos prisionais. A aprovação da proposta no Plenário se deu por 311 votos favoráveis e 98 contrários, sendo que esta ainda deve passar pelo Senado com as suas respectivas alterações feitas pelos deputados, uma vez que o texto atual é substitutivo à proposta inicial.

O Projeto de Lei 6.579/13 (PL 6579/13) objetiva abolir completamente o instituto das saídas temporárias durante os feriados, o qual permite visitas aos familiares e frequência em cursos de instrução e profissionalizantes. Nesse sentido, com a aprovação e posterior implementação do PL 6.579/13, tais benefícios são revogados. Além disso, o texto recém aprovado obriga a realização do exame criminológico como requisito para a progressão do regime pelo apenado, bem como para a evolução deste ao regime semiaberto, levando-se em consideração os graus de periculosidade e de responsabilidade individual que o preso apresenta.

A proposta apresenta, ainda, uma série de novas regras para a ampliação do monitoramento eletrônico dos condenados em transição do regime fechado para o semiaberto. Nota-se que a nova regra proposta parte do pressuposto de que o atual monitoramento é ineficaz e permite que o preso volte a delinquir com facilidade, o que é mera conjectura e não é de veracidade prática, conforme será demonstrado posteriormente ao longo deste trabalho.

Em um modelo de Estado Democrático de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88) traz como princípio basilar do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana¹. Em conformidade com tal valor constitucional, a pena tem como um dos objetivos centrais a ressocialização do indivíduo e sua posterior reintegração na sociedade. Uma vez pacificado esse entendimento, exteriorizado na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) em seu art. 1^o², percebe-se que a vedação expressa e total à permanência a um dispositivo constitucional importante prejudica o processo de reincorporação gradual destes agentes à comunidade.

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, art. 1º, I, II, III, IV, V).

2 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984, art. 1º).



Entende-se a saída temporária como uma das principais oportunidades de reinserção gradativa dos presos na sociedade, posto que, o condenado, ao longo do cumprimento de sua pena, é privado do convívio social. Com isso, nota-se que a ideia de uma nova legislação que acaba com os mecanismos que possibilitam o apenado se reestabelecer progressivamente no meio social é problemática, na medida em que dificulta a concretização de uma finalidade essencial da pena: a de ressocializar o indivíduo.

No Brasil, a realização do exame criminológico foi, por muitos anos, requisito obrigatório para progredir de regime prisional, bem como para a concessão de livramento condicional e indulto. No entanto, em 2003, com a reforma da Lei de Execução Penal (LEP), ocorreram mudanças neste instituto, retirando a obrigatoriedade do exame criminológico para o preso conquistar os direitos supracitados.

Ademais, a necessidade do exame criminológico para a progressão da pena no regime atual retoma as premissas criminológicas positivistas do século XIX, a qual tem Cesare Lombroso como figura central. O tradicionalismo positivista lombrosiano trouxe o delinquente como ser diferente, biologicamente, e “selvagem”, trazendo, assim, uma conclusão etiológica delitativa limitada e puramente centrada no agente criminoso. A volta da obrigatoriedade do exame criminológico, constitui, nessa perspectiva, um desdobramento prático da doutrina de Lombroso.

Portanto, o presente artigo tem como fim demonstrar, por meio de revisão bibliográfica, legislação pertinente e análise de dados, que o PL 6.579/13 configura retrocesso social, político e normativo. Tal proposta de lei é uma das heranças fáticas de um pensamento criminológico retrógrado de mais de 100 anos, voltado à ótica punitivista e de maximização do controle social formal e da vigilância, contrastando com um dos objetivos mais primordiais do Direito Penal moderno: ser o último meio de intervenção dentro dos conflitos sociais. Por fim, ressalta-se também que o PL em análise é mais uma tentativa política de retirar do Direito Penal o princípio da intervenção mínima.

2. O INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA: CONCEITO E REQUISITOS DE APLICAÇÃO

A edição da Lei nº 7.210/94 inaugura uma evolução legislativa na etapa de execução da pena privativa de liberdade, estabelecendo-se novas diretrizes para que o Estado concretize sua função punitiva em face da transgressão penal come-



tida. A prescrição de institutos destinados a cumprir com as finalidades da pena privativa de liberdade na LEP é de suma importância para assegurar direitos e garantias aos enclausurados.

Dentro de um regime progressivo de cumprimento de pena, trazido pela LEP, o instituto das saídas temporárias é fundamental para a efetivação deste sistema em metodologias práticas, pois, à luz de Boschi (1989, p. 26), “[...] constitui etapa de ‘preparação’ do condenado do regime semiaberto à liberdade”.

A saída temporária, conhecida vulgarmente como “saidão”, é um dos institutos mais importantes concebidos pela LEP, oriunda de um cenário ideológico que vislumbrava um modelo penal amparado em políticas globais de prevenção e de tratamento dos delinquentes (CARVALHO, 2008, p. 126).

Os pressupostos de autorização da saída temporária estão previstos a partir do art. 122 da LEP, dentre os quais os condenados devem se submeter. Tal dispositivo legislativo preceitua:

Os condenados que cumprem pena no regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau, ou superior, na comarca do Juízo da Execução e III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (BRASIL, 1984, art. 122).

Os “saidões” ocorrem em datas específicas, tais como Páscoa, Dia das Mães, Dia dos Pais, Dia das Crianças, Natal e Ano Novo, para confraternização e visita aos familiares. Os apenados que preenchem os critérios para utilizar o benefício são contemplados, gradualmente, com reinserção social, por meio do convívio familiar e da atribuição de mecanismos de recompensas. Com base nesses fatores, podem ser aferidos pelos agentes penitenciários e juízes de execução penal o senso de responsabilidade e disciplina do reeducando.

Conforme a previsão expressa do referido artigo, o condenado, além de usufruir do contato com a família, poderá manter contato com a sociedade em outros ambientes, como cursos profissionalizantes e de instrução, por exemplo. Trata-se de um direito subjetivo, uma vez que, para o apenado conquistá-lo, deve cumprir um sexto da pena caso não seja reincidente e um quarto se for reincidente, de acordo com o artigo 123 da LEP.

No entanto, apenas o cumprimento de uma parte da pena e o ingresso no regime prisional semiaberto não garantem, necessariamente, o usufruto do benefício.

O cumprimento da pena no regime semiaberto, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), constitui apenas um pressuposto favorável para conceder a benesse, não sendo, portanto, fato garantidor por si.

Dentro desse viés, além do preso estar em regime semiaberto, faz-se mister a observância de requisitos específicos, como o comportamento adequado, por exemplo:

A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III- compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (BRASIL, 1984, art. 123).

Outrossim, após o deferimento judicial do benefício, para mantê-lo, o preso deve permanecer com bom comportamento e demonstrar senso de disciplina e responsabilidade, pois qualquer falta disciplinar prejudica a concessão da saída temporária. Com efeito, o uso do direito pode ser revogado a qualquer momento pelas vias judiciais, com base nas hipóteses de incidência previstas no artigo 125 da LEP.

O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado (BRASIL, 1984, art. 125).

Destarte, concedido o benefício e sem o cometimento de faltas graves, é garantido o direito ao sentenciado de usufruir as próximas saídas temporárias. Logo, não há mais necessidade de movimentar o judiciário e acionar Ministério Público, desburocratizando, assim, o processo de execução penal, e facilitando o mecanismo de ressocialização do apenado.

3. A IMPORTÂNCIA DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO E PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A princípio, é imperativo pontuar que a LEP de 1984 foi criada com o objetivo de desenvolver formas de execução de pena mais dignas e humanizadas para a população carcerária brasileira. A promulgação da Constituição Federal de 1988



(CF/88), mais conhecida como Constituição Cidadã, traz diversos artigos com garantias de direitos e proteção aos cidadãos em variadas esferas humanas, tal como vislumbra o artigo 5º deste documento:

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: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...] (BRASIL, 1988, art. 5º, XLV).

Ademais, dentro de uma perspectiva constitucional, o artigo supracitado da CF/88 assegura proibição expressa a determinados tipos de pena que violam o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988, art. 1º, III), dentre as quais:

[...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988, art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX).

Esses direitos fundamentais garantem aos presos a proteção perante o Estado e à sociedade civil, de modo que a LEP de 1984 deve ser sempre norteada pelos princípios e garantias constitucionais. A LEP, em seu artigo 1º, ressalta que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984, art. 1º).

Vale destacar, também, que a LEP ainda assegura a importância do papel do Estado e da sociedade para a harmônica reintegração social do condenado e do internado: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (BRASIL, 1984, art. 4º). Este dispositivo normativo refere-se ao dever estatal de influenciar a sociedade civil no processo de reintegração social do preso.

No âmbito doutrinário, muitos autores, tal como Shecaira e Corrêa Junior (2002, p.146), afirmam que “a ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: prevenção geral positiva”. Nesse sentido, tais autores argumentam sobre a ressocialização:

A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 146).

Dessa maneira, percebe-se que o sistema prisional brasileiro deve constantemente incentivar a busca da reintegração social do preso, de modo que esta deveria ser uma prioridade do Estado. No entanto, projetos de lei – tal como o PL 6.579/13 - que reivindicam a revogação do direito das saídas temporárias vão de encontro às exigências da LEP de 1984, porquanto em sua criação e modificação devem ser sempre observados os princípios e garantias constitucionais fundamentais.

Observa-se, pois, que a criação da LEP representou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que essa passa a reconhecer os direitos de tratamentos prisionais de forma individualizada. Essa lei, portanto, não buscou tutelar apenas a punição, mas também os mecanismos de reinserção dos apenados por meio de políticas educacionais, de restabelecimento do convívio familiar e de prestação de atividades comunitárias.

À vista disso, nota-se que o PL 6.579/13 é equivocadamente em termos constitucionais e legislativos, na medida em que não leva em consideração o fato de que a pena de prisão não tem meramente a intenção de punir o preso, mas sim, de reeducá-lo. Assim, é esperado que o condenado não volte a reincidir no sistema.

4. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO ALTERNATIVA NO CONTROLE DA EVASÃO DOS PRESOS: ASPECTOS POSITIVOS E CRÍTICOS SOB A ÉGIDE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O advento de novas tecnologias tem influenciado constantemente o futuro do Sistema Penal Brasileiro. Essas novas tecnologias resultaram em melhoras significativas na aplicabilidade do instituto da saída temporária, reduzindo as taxas de evasão e aumentando as de retorno.

A Lei 12.258/10 instituiu o monitoramento eletrônico no processo da execução penal. Com isso, os artigos 122 e 124 da LEP foram alterados, incluindo as letras “B, C e D” no artigo 146 da LEP. Desse modo, observa-se que o Estado brasileiro, nos últimos anos, não tem poupado esforços para legislar no sentido de implementar novos mecanismos tecnológicos de vigilância dos presos, a fim de



tornar a fiscalização do cumprimento de medidas judiciais mais promissora.

A monitoração eletrônica pode ser utilizada no regime aberto das saídas temporárias e na prisão domiciliar. Ademais, a autoridade competente para determinar o uso ou não da tornozeleira é o juiz ou o órgão judicial correspondente, a depender do caso concreto.

O uso crescente do monitoramento eletrônico de presos é justificado pelas vantagens proporcionadas em relação à experiência do encarceramento. Por meio de um mecanismo tecnológico de controle das “saidinhas”, o indivíduo pode retornar ao convívio familiar e comunitário, preparando-se para sua posterior reinserção na sociedade.

O uso das tornozeleiras eletrônicas é a forma principal de monitorar os presos em suas saídas pela agência penitenciária respectiva. Além disso, a violação das regras de uso das tornozeleiras eletrônicas configura falta disciplinar de natureza grave, a qual se encontra disciplinada entre os artigos 146-B³ e 146-D⁴ da LEP.

Não havendo cumprimento dessas regras, como no caso de tentativa de violação do dispositivo, o Estado poderá usar-se de meios coercitivos, como o envio de unidades policiais ao local do preso, para que este seja detido novamente e preste esclarecimentos. Em seguida, uma notificação é enviada à secretaria de segurança pública do estado que, após análise, determina se o condenado deve ou não regredir no regime de cumprimento da pena.

À vista disso, o usuário que tenta enganar o sistema retirando o dispositivo eletrônico dificilmente obtém êxito, devido a este ser amplamente regulamentado por um conjunto de normas complexo e burocrático. Ademais, o fato de o material componente das tornozeleiras eletrônicas ser resistente e emitir sinais de alerta via cabos de fibra óptica constitui um impasse de cunho tecnológico para as tentativas de burlar o sistema de monitoração eletrônica.

3 Art.146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: I - (VETADO) aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes; II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; III - (VETADO) aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de horários ou de frequência a determinados lugares; IV - determinar a prisão domiciliar; V - (VETADO) conceder o livramento condicional ou a suspensão condicional da pena; Parágrafo único. (VETADO) Os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga (BRASIL, 1984, art. 146-B).

4 Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010) (BRASIL, 1984, art. 146-D).

Em contraposição às recorrentes alegações midiáticas e políticas de que as saídas temporárias incentivam os presos a voltarem a delinquir e de que o atual sistema de vigilância não é eficaz, os dados da realidade mostram o contrário. A monitoração eletrônica reforçou, significativamente, o objetivo de ressocialização da pena transcrito na LEP, haja vista que, após a implementação dos dispositivos pelas alterações legislativas de 2010, os índices de fugas durante os “saidões” reduziram expressivamente, chegando a 97% entre os presos do regime semiaberto, de acordo a Superintendência de Serviços Penitenciários (SUSEPE).

Além disso, de acordo com o Portal de Notícias G1 Globo (2013), os índices de retorno dos presos de todos os estados brasileiros se mantiveram estáveis, em cerca de 90%. A porcentagem de evasão se manteve em uma taxa não superior a casa dos 8% na maior parte dos estados brasileiros que utilizam o sistema de monitoramento eletrônico.

Dentro dessa perspectiva de levantamento estatístico, denota-se que a utilização do monitoramento eletrônico constitui uma medida efetiva no combate à evasão carcerária no território nacional. Sob esse viés, a implementação desse sistema reduz o impacto negativo de uma política criminal punitivista, contribuindo com a efetivação do regime progressivo da pena, possibilitando, assim, a reintegração social gradativa do apenado, conforme previsto no artigo 1º da LEP (BRASIL, 1984, art. 1º).

Entretanto, é válido observar que a limitação e o baixo dinamismo das políticas de gestão institucional da criminalidade no Brasil impedem que o Estado forneça condições adequadas para a reinserção gradativa dos presos em conformidade com a LEP. Apesar da importância relativa do monitoramento eletrônico dos carcerários no que tange à contenção da reincidência e da evasão, é nítido que tal solução tecnológico ainda se trata de um mecanismo altamente invasivo de controle da massa carcerária.

Dentro dessa análise, deve-se observar que, se de um lado, o monitoramento eletrônico tem o poder de conter os níveis de evasão dos condenados, os impedindo, conseqüentemente, de reincidirem, de outro, permite ao Estado aprimorar o dever de vigilância que lhe é imposto. Na esfera principiológica do Direito Penal mínimo e garantidor, isso implica um conflito normativo - mormente, entre os prin-



cípios da intimidade, da privacidade⁵ e o da supremacia do interesse público e o da legalidade⁶.

Nesse sentido, sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna de 1988, é perceptível que o uso do monitoramento eletrônico da população carcerária pelos Estados-membros da Federação pode significar uma vigilância para além da normalidade institucional, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁷. No entanto, é importante pontuar que tal fenômeno de violação a direitos e garantias constitucionais não pode ser generalizado e tratado como uma questão universal, tal como se toda a dinâmica de implementação do monitoramento eletrônico em amplitude nacional fosse falha e abusiva.

Outrossim, sob a égide da legalidade constitucional, é válido afirmar que, existindo a previsão legal do monitoramento eletrônico em nível nacional e, tratando-se de matéria regulamentada pelo Código de Processo Penal, cada Estado da Federação possui prerrogativas para aderir o uso de tornozeleiras eletrônicas. Isso se deve ao fato de a matéria ser competência do Poder Executivo Estadual.

Portanto, é notório que a monitoração eletrônica ainda não é uma solução absoluta e definitiva à secular e complexa questão que envolve o sistema carcerário brasileiro e a violação dos direitos humanos. Não obstante os problemas já mencionados, o mecanismo constitui, em termos relativos, uma alternativa válida e de eficácia prática concernente ao tratamento da questão da evasão dos condenados.

5 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: (...) X - 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.

6 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: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

7 Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são considerados princípios implícitos no âmbito da Constituição Federal de 1988, constituindo, assim, uma decorrência do Estado Democrático de Direito, que limita a atuação do Estado no que tange ao exercício do poder punitivo e da restrição de direitos e garantias individuais.

5. O RETORNO DO EXAME CRIMINOLÓGICO OBRIGATÓRIO COMO RETORNO DA CRIMINOLOGIA PUNITIVISTA: ORIGENS E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As origens do exame criminológico são atribuídas ao positivismo italiano do século XIX, o qual tem como expoente o médico psiquiatra Cesare Lombroso⁸. O momento intelectual vivido pelo cientista era o de questionamento do Direito enquanto ciência devido aos avanços significativos das ciências naturais. Desta maneira, em relação aos estudos criminológicos da época, o momento intelectual era o de investigação antropológica do crime, pois estava consagrada a ideia de que o criminoso era o indivíduo propenso, biologicamente - em razão de suas características hereditárias - ao cometimento de um delito.

Para Cesare Lombroso, o delinquente era uma espécie de “subtipo” humano, e seu estudo deveria ser priorizado, pois a análise do indivíduo interessava mais do que a análise dos fatores que permeiam o crime. Tal concepção estigmatizante encontra-se na obra *“O Homem Delinquente”*⁹, na qual o antropólogo italiano defendia que o criminoso só era criminoso por possuir características físicas específicas que lhe conferiam esta peculiaridade. Esta acepção encontra-se no capítulo em que o autor disserta acerca da fisionomia dos criminosos, a qual os diferia dos chamados “homens comuns” (2001, p. 247).

O saber criminológico do século XIX, derivado do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana de Lombroso, Ferri e Garófalo, servia como instrumento de sustentação e de legitimação do sistema punitivo vigente, incluindo o modus operandi das agências de controle social. Neste sentido, Salo de Carvalho (2010, p. 7) já afirmava:

Ocorre que se é possível criticar a criminologia positivista-etiológica por (a) estar demarcada pelos saberes sanitaristas psiquiátricos e psicológicos, (b) ter adquirido feição essencialmente institucional, (c) reproduzir concepção patológica do crime e do criminoso e, em decorrência, (d) operar sua demonização; parte do discurso crítico derivado do giro criminológico padecerá por (a) estar colonizado pela sociologia, (b) não ter rompido com a institucionalização do saber, visto que seu local acadêmico é igualmente institucional, (c) reproduzir igualmente perspectivas causal-deterministas – não individuais como o modelo etiológico (microcriminologia) mas estruturais como os econômicos – e, em consequência, (d) realizar a romantização do criminoso (Ibid.).

⁸ Psiquiatra, médico, cirurgião, higienista, criminologista, antropólogo e cientista italiano.

⁹ LOMBROSO, César. *O Homem Delinquente*. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.



Trata-se, portanto, de uma análise completamente centrada no agente e não nos fatores externos que influenciam diretamente no crime enquanto fenômeno sociológico. Conforme ensina Salo de Carvalho (2013, p. 286):

Assim, ao concentrar as pesquisas na etiologia do delito (causas da criminalidade) e no nível de periculosidade individual (prognósticos de reincidência), a criminologia ortodoxa desempenhou um papel altamente funcional ao sistema punitivo, sobretudo porque excluiu do horizonte de investigação as violências (re)produzidas nas e pelas suas agências. No caso do cárcere, por exemplo, a criminologia positivista foi (e segue sendo) totalmente omissa ao desconsiderar não apenas as graves violações aos direitos humanos que são inerentes à lógica penitenciária, mas, igualmente, ao abstrair dos seus juízos os filtros de criminalização (seletividade) que agenciam a prisionalização, que evidenciam a vulnerabilidade dos sujeitos que ativam os processos de mortificação da subjetividade encarcerada. O pensamento positivista consolida, portanto, um olhar criminológico a-histórico que retira o sujeito do ambiente social em que se encontra e que esquece ou oculta as violências institucionais às quais é submetido. Exatamente por desconsiderar as violências inerentes ao sistema punitivo, configura um saber altamente funcional que opera na sua legitimação (Ibid.).

Assim, para Salo de Carvalho, a criminologia tradicional positivista, ao focalizar o autor do delito, em primeiro lugar, reproduzia o estigma do criminoso personalizado. Construía-se, portanto, o paradigma universal da identificação do delinquente a partir de instrumentos que o identificassem enquanto tal.

Os conhecimentos produzidos, até então, eram quase totalmente destinados para a definição de regras e critérios para conduzir a regeneração do criminoso às penas privativas de liberdade, às medidas de segurança e educativas. Por consequência, o olhar psiquiátrico e naturalista das ciências criminais foi crucial para o surgimento de políticas criminais coercitivas e invasivas nos processos de execução criminal, tais como os exames de periculosidade e de insanidade mental.

O instituto do exame criminológico consiste em uma série de avaliações da personalidade do agente do delito, as quais possibilitam o conhecimento de diversas características do apenado. As avaliações, geralmente, são feitas por psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

Esses exames são feitos para determinar a presença ou a ausência de periculosidade nos condenados inseridos no sistema prisional, aferindo se o indivíduo tem propensão ou não para praticar atos delituosos futuramente. Trata-se, na prática, de um procedimento altamente invasivo à privacidade e à intimidade do apenado.



Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 489):

A realização do exame criminológico tem a finalidade de fornecer elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social, para concretizar a individualização da pena através dessa classificação dos apenados (Ibid.).

Assim, nas palavras do autor, o exame criminológico “é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos, psicológicos do condenado, para a obtenção de dados que possam revelar sua personalidade” (BITENCOURT, 2004, p. 488).

Conforme visto anteriormente, este exame vincula-se à doutrina positivista, porquanto busca investigar os aspectos patológicos por trás da conduta do agente delitivo por meio da análise de seus prognósticos de reincidência.

No âmbito legislativo, a Lei de Execução Penal brasileira adota o sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade. Esse sistema consiste na transferência progressiva do preso de um regime mais rígido (fechado) para o mais flexível (aberto). Na prática processual penal, trata-se da transferência de regime fechado para o semiaberto, ou do semiaberto para o aberto.

Na antiga e original redação da LEP de 1984, o exame criminológico consistia em requisito obrigatório para a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade em casos de regime inicial fechado. De acordo com a antiga redação do artigo 112 da Lei nº 7.210/84, para o preso progredir de regime, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial, era necessária a submissão do preso ao exame criminológico, para que pudesse ser concedida a progressão. Isso se dava por meio da análise da personalidade, do prognóstico e do comportamento carcerário do apenado.

Em 2003, com a reforma da LEP/84, foi trazida a Lei nº 10.792/03, por meio da qual o exame criminológico foi desconsiderado como requisito necessário para a progressão de regime prisional. Com isso, o texto atual do artigo 112 da LEP/84 apenas traz como requisito subjetivo para a concessão da progressão de regime a boa conduta do preso, a qual deve ser avaliada pelo diretor do estabelecimento prisional¹⁰.

10 Art. 112. [...] § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão (BRASIL, 1984, art. 112, § 1º).



Logo, percebe-se que a alteração trazida pela Lei nº 10.792/03 promove a efetividade da execução penal e da própria pena, uma vez que evita que o condenado que pode usufruir do benefício deixe de alcançá-lo em tempo razoável, em razão da morosidade do Poder Público na realização do exame. Em vista disso, a mudança legislativa atende a um procedimento de coerência lógica, de que a não elaboração em prazo razoável do exame criminológico não poderia punir o apenado, trazendo-lhe prejuízos processuais.

No entanto, eventualmente, são protocolados no Poder Legislativo projetos de lei que reivindicam o retorno da obrigatoriedade do exame criminológico. O PL 6.579/13, por exemplo, prevê o retorno do exame como uma etapa obrigatória para a progressão de regime prisional e, conseqüentemente, para a concessão do benefício da saída temporária.

Os problemas da volta coercitiva deste instituto remetem ao retorno de uma criminologia positivista, alicerçada nos ideais lombrosianos, os quais estigmatizam e subjagam determinados indivíduos. Tal problemática se revela no processo seletivo de aplicação das leis penais no contexto atual, marcado pelo racismo policial e pela estigmatização dos distúrbios psíquicos, físicos e intelectuais.

Dessa forma, por meio da subjugação de determinadas características físicas, intelectuais e especificidades psíquicas de alguns indivíduos, a criminologia ortodoxa desempenha um papel fundamental na legitimação de uma identidade delitiva atribuída a certos grupos sociais e raciais. Assim, a periculosidade e a suspeição são previamente associadas a algumas pessoas com base nessas prerrogativas.

Nessa perspectiva, Sérgio Salomão Shecaira (2014, p. 263 e 264) apresenta a seguinte tese acerca da seletividade do sistema penal retroalimentada pela criminologia positivista:

A repressão punitiva – em especial a prisão – passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalidade primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de conduta correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados (Ibid.).

Por conseguinte, os sujeitos historicamente vulneráveis e marginalizados pela sociedade são cotidianamente estigmatizados pelo sistema penal. De acordo com Cristina Rauter (2003, p. 87) o exame criminológico reproduz estereótipos e preconceitos com o fim de encarcerar determinada parcela da população, sendo este um dos mais perversos meios de controle social.

Torna-se evidente, portanto, que a volta do exame criminológico ratificada pelo PL 6.579/13 nada mais é do que mero meio de controle de certas parcelas da sociedade, principalmente, as mais vulneráveis, que torna válida a submissão de indivíduos apenados a um laudo subjetivo e invasivo acerca da sua pessoa. A realização do exame perpassa por conjecturas sobre quem os indivíduos supostamente são com base em fatores superficiais, definindo se têm probabilidade de voltarem a delinquir ou não.

Em suma, a volta do instituto é a volta da criminologia lombrosiana, pois da mesma forma que ocorria na Europa do século XIX de Cesare Lombroso, passa a existir, novamente, a segregação dos indivíduos entre os maus e os cidadãos de bem. Assim, aqueles que não se encaixam nos padrões subjetivos definidos arbitrariamente pela sociedade devem ser banidos do convívio social.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que foi mencionado, é imprescindível postular que mais punição não equivale, necessariamente, a mais segurança. Por isso, o endurecimento de penas, regimes e a revogação de institutos importantes para o sistema prisional brasileiro – tal como o da saída temporária e a não obrigatoriedade do exame criminológico – não tornam, necessariamente, a sociedade mais segura.

A saída temporária é mais do que uma benesse estatal: é um direito historicamente consagrado. A saída temporária, tal como a não obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão do regime de cumprimento da pena, é mais do que um ato legislativo: é a concretização dos princípios constitucionais fundamentais. Trata-se de um recorrente e incessante processo de constitucionalização da Lei de Execução Penal.

Diante desse contexto, a saída temporária é instrumento fundamental para a ressocialização do preso, conforme foi visto ao longo deste trabalho. Portanto, esse instituto traduz-se em efetivo mecanismo de aproximação entre o apenado e a realidade cotidiana da qual ele se encontra privado.



O baixo índice de evasão dos apenados, conforme provado pelos dados trazidos neste trabalho, que atualmente estima-se ser inferior a 5%, revela a eficácia das saídas temporárias. Isso quer dizer que, de todos os presos que executam as “sai-dinhas”, 95% deles, em média, retornam ao estabelecimento prisional de origem.

Diante desse cenário, evidencia-se a falta de justificativa racional para a revogação de uma política pública de suma importância para a dinâmica do sistema prisional progressivo no Brasil, e com mais de 95% de eficácia em seu procedimento prático. Com isso, torna-se nítido que a aprovação de um projeto legislativo que propõe a revogação integral da saída temporária constitui um retrocesso social e uma medida sem base em fundamentos técnicos.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Flórico de Angelis. Bauru: Edipro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Execução penal: questões controvertidas*. Porto Alegre: Estudos MP, 3, 1989.

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

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984, Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso: ago. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm. Acesso: out. 2019.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 3ª. ed., ver. E ampl., Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2010.



CARVALHO, Salo. *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. *Pena e Garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CORREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOMBROSO, César. *O Homem Delinquente*. Obra baseada na 2ª ed. Francesa. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1 DA GLOBO.COM. *4,66% dos presos beneficiados pela saída temporária não retornam*. Janeiro, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/466-dos-presos-beneficiados-pela-saida-temporaria-nao-retornam.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1 DA GLOBO.COM. *Ao menos 2.249 presos não retornam às celas após as festas de fim de ano*. Janeiro, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/ao-menos-2249-presos-nao-retornam-celas-apos-festas-de-fim-de-ano.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1 DA GLOBO.COM. *Mais de 2,4 mil presos não voltam às celas após festas de fim de ano*. Janeiro, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/01/mais-de-24-mil-presos-nao-voltam-celas-apos-festas-de-fim-de-ano.html>. Acesso em: 23 jul. 2016.

PORTAL DE NOTÍCIAS G1 DA GLOBO.COM. *Veja como funciona a tornozeleira eletrônica usada por condenados*. Abril, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornalnacional/noticia/2015/04/veja-como-funciona-tornozeleira-eletronica-usada-por-condenados.html>. Acesso em: 20 jul. 2016.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e Subjetividade no Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

SUSEPE: *Superintendência de Serviços Penitenciários*. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br.html>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE CIVIL RESPONSABILITY OF DIGITAL INFLUENCERS IN CONSUMER RELATIONS

**Ana Elisa Silva Mageste*

***Caio Crivelenti Raffaini Castro*

Resumo: A popularização das redes sociais possibilitou que um novo modo de consumo surgisse, com regras e atores próprios, os quais seguem em mudança rápida e contínua. É possível identificar alguns dos novos atores vitais para o chamado "marketing digital": os *influencers*. Eles avaliam, comentam e indicam uma série de produtos, realizando parcerias ou sendo contratados por várias marcas e empresas. Dessa forma, o presente estudo, de caráter teórico, foca na análise, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da doutrina, acerca da atuação dos influenciadores digitais na cadeia de consumo, pois, em razão de suas recomendações a determinados produtos fazem com que consumidores, amparados nos princípios da confiança e da boa-fé objetiva acreditem nos seus benefícios e eficácia. Portanto, os influenciadores se enquadram como fornecedores e devem ser responsabilizados civilmente em casos de danos.

Palavras-chave: Influenciadores digitais. Propaganda. Responsabilidade civil. Relações de consumo. Princípio da confiança.

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3578077647071196>. E-mail: ana.mageste@ufu.br.

**Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6333422376373101>. E-mail: caio_crivelenti@hotmail.com.

Abstract: The popularization of social networks allowed a new mode of consumption to emerge, with its own rules and actors, which continue to change rapidly and continuously. It is possible to identify some of the new actors vital to so-called "digital marketing": influencers. They evaluate, comment and indicate a series of products, making partnerships or being hired by various brands and companies. Thus, the present study, of a theoretical nature, focuses on the analysis, in the light of the Brazilian legal system and doctrine, about the reality in which the performance of digital influencers in the consumer chain is included, due to their recommendations to certain products, which are based on the principles of trust and objective good faith, makes consumers believe in the product conveyed, therefore, they fall as suppliers and should be held civilly liable in cases of damage

Keywords: Digital influencers. Advertising. Civil responsibility. Consumer relations. Trust principle.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento e popularização da internet desde os anos 90 causou uma série de mudanças na maneira como as pessoas vivem, trabalham e se relacionam. Mais do que a simples troca de mensagens instantâneas, a rede mundial de computadores permitiu que conexões ainda mais profundas se concretizassem por meio das redes sociais, nas quais são compartilhados modos de vida e pensar.

De acordo com dados veiculados no site de notícias Jornal Contábil, cerca de 150 (cento e cinquenta) milhões de brasileiros utilizam alguma rede social, sendo que a taxa de usuários pelo total de habitantes é de aproximadamente 70,3% (setenta vírgula três por cento), a terceira maior em todo o mundo¹.

Assim, é evidente que são milhões de pessoas, não apenas no Brasil, mas ao redor do mundo, trocando opiniões, experiências e modos de vida. Dentre essa enorme quantidade de usuários das redes sociais destacam-se alguns, quais sejam: os *influencers*.

Mais do que simples usuários, essas pessoas transformaram a sua presença nas redes sociais em uma profissão, a qual, entre outras características, apresenta excelente remuneração. De acordo com dados publicados na revista Época Negócios, a exposição de certa marca ou produto por um desses profissionais é condicionada a uma prestação pecuniária por parte do fornecedor, a qual pode custar

¹ GRANDCHAMP, Leonardo. Brasil é o 3º país que mais usa redes sociais do mundo! Rede Jornal Contábil, 2021. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/brasil-e-o-3o-pais-que-mais-usa-redes-sociais-no-mundo-todo/>. Acesso em: 23/11/2022.



entre 5 (cinco) mil e 150 (cento e cinquenta mil) reais².

Com um público vasto e ganhando dinheiro com a indicação de produtos, é natural que vários problemas pudessem vir a ocorrer, entre eles, aqueles relacionados a questões de saúde derivados do consumo de mercadorias como chás, shakes, gomas de mascar, óleos essenciais, e outros, que supostamente trariam benefícios como emagrecimento ou pele mais bonita.

Dessa forma, surge a necessidade de classificar a relação existente entre o público e os influenciadores digitais, para verificar a adequação da possibilidade de responsabilizá-los por qualquer dano eventualmente sofrido por seus seguidores, conforme determina o art. 927, CC.

No que diz respeito ao influenciador digital, é importante que seja realizada uma conceituação prévia de quem ele é. Para tal, interessante a definição apresentada por Issaaf Karhawi:

A diferença entre um influenciador digital e uma celebridade é justamente o sujeito, o Eu. O influenciador digital, digital influencer, creator, ou a denominação vigente que for, é um sujeito que preserva o seu Eu. Enquanto uma celebridade está distante, sob holofotes, traçando um caminho de sucesso que parece muito distante de quem os assiste no cinema ou na televisão, os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns” com quem dialogam em igualdade. É por esse motivo, também, que revistas e sites de veículos tradicionais de mídia não têm a mesma reputação que os influenciadores digitais. A proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e da pessoalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos. É nessa sustentação que se ergue o capital simbólico dos blogueiros e, muito fortemente, das blogueiras de moda que são encaradas como melhores amigas de suas leitoras. (KARHAWI, 2016, p. 46-47).

Diante dessa problemática, o estudo é realizado por meio de uma pesquisa de dimensões essencialmente teóricas, através da exploração dos principais conceitos encontrados na letra da lei, nas jurisprudências, nas doutrinas e em artigos científicos, acerca da realidade em que se insere a atuação de divulgação de um produto por parte dos influenciadores digitais e sua possível ou não responsabilização civil em casos de dano.

² CALDAS, Edson. Revista revela quanto ganham os maiores influenciadores digitais do mundo. *Época Negócios*, 2017. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/colunas/Tecneira/noticia/2017/04/revista-revela-quanto-ganham-os-maiores-influenciadores-digitais-do-mundo.html>. Acesso em: 23/11//2022.

2. O SURGIMENTO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS, O SEU IMPACTO NA PROPAGANDA E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Nos últimos anos assistimos a uma verdadeira revolução nos meios de comunicação, de forma que, segundo o Ministério da Ciência e Tecnologia, desde o início deste século, houve uma significativa mudança na forma de assistir televisão, falar ao telefone, movimentar a conta bancária, adquirir diversos produtos e serviços, etc. Todas essas questões causam um impacto gigantesco nas relações de consumo, posto que as alterações no mundo da informação trouxeram novos comportamentos tanto de fornecedores quanto de consumidores.

Nesse sentido, Newton de Lucca destaca que “é certo ter surgido uma nova espécie de consumidor no mercado de consumo – a do consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia transnacional” (DE LUCCA, 2008, p. 27).

Esse novo consumidor, pensado por Newton de Lucca, encontra enormes desafios ao se esbarrar com a *Internet*, uma vez que essa acabou por descortinar uma gigantesca gama de fornecedores de diversos produtos e serviços. Nota-se ainda que esses atores nem sempre estão localizados dentro de uma mesma área de jurisdição e utilizam-se das dificuldades de comunicação causadas pelo distanciamento proporcionado pela internet para furtar-se das suas obrigações. Portanto, podemos afirmar que a vulnerabilidade do consumo é gravemente acentuada nesse quando há a presença da internet como meio para que se concretize a relação de consumo.

Assim, é evidente as disparidades de poder entre consumidor e fornecedor, especialmente nas relações de consumo travadas em meio virtual. Por isso, devemos destacar que elas são tuteladas e reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), o qual não se baseia apenas em normas, mas também em ditames principiológicos, dos quais a confiabilidade e a boa-fé são princípios basilares das relações de consumo, tanto no âmbito físico quanto no eletrônico.

2.1. A RESSIGNIFICAÇÃO DA PROPAGANDA PELOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A publicidade e propaganda surge a partir da Revolução Industrial com a crescente urbanização e aumento da concorrência para um mesmo produto. Todavia, é apenas no século XX que a publicidade e propaganda ganham enorme relevância,



uma vez que foi utilizada como ferramenta por Estados nazifascistas para propagar o autoritarismo e transmitir uma visão única e benéfica sobre os ditadores.

No início do século XX, tanto para a propagação de ideologias e posicionamento estatais quanto para o incentivo do consumo de certos produtos vendidos por particulares, as opções para a veiculação da propaganda eram poucas, resumindo-se aos jornais e rádios. O próprio conteúdo era mais simples, já que o principal foco era vender o objeto em si. Por exemplo, buscava-se vender uma geladeira demonstrando ao consumidor a sua utilidade ao armazenar alimentos refrigerados, fazendo com que durassem por um período maior de tempo.

Com o surgimento da televisão ocorreram mudanças significativas, já que agora o público alvo teria acesso à imagem do produto. Além disso, a indústria passou por uma fase de massificação da sua produção, logo, era necessário que as marcas conseguissem diferenciar seu produto do das concorrentes (FONTENELLE, 2004). Dessa forma, era preciso que se conseguisse vender, não apenas o produto, mas também o estilo de vida que ele poderia representar ou proporcionar. Isso fica muito claro quando se observa a política do *american way of life* – “estilo de vida americano” –, um modelo de comportamento surgido nos Estados Unidos após as Grandes Guerras Mundiais, o qual prezava por um modo de viver que passava pelo consumismo e a padronização social.

A partir desse momento, o objetivo passou a ser criar realidades em que esses produtos se encaixam e convencer ao consumidor que apenas ao adquiri-lo ele poderia ter acesso a determinado estilo de vida idealizado. Esse fenômeno se revolucionou e intensificou com o surgimento da internet e, principalmente, das redes sociais.

As últimas se apresentaram como plataforma profícua para a intensificação das vendas, não de produtos, mas de estilos de vida. Em meio a essa lógica surgiu a figura dos influenciadores digitais, os quais são pessoas comuns, que atuam inteiramente na esfera privada das relações de consumo e conseguiram conquistar altos números de seguidores ao oferecer as mais diferentes realidades alternativas, desde uma vida completamente saudável a um estilo de vida luxuoso.

Os influenciadores de grande sucesso conseguem convencer o seu público de que é possível viver o estilo de vida que eles possuem apenas seguindo algumas “dicas” e consumindo alguns produtos que podem variar de cremes ou pílulas até cirurgias plásticas ou outros procedimentos mais invasivos.

A ocupação de influenciador digital ganhou tamanha força que, atualmente, é considerada uma profissão de sucesso e almejada por pessoas das mais variadas faixas etárias. O poder de convencimento que essas pessoas exercem sobre os seus seguidores é tamanho que eles são capazes de incentivar o consumo de vários produtos com grande adesão. Dessa forma, as empresas perceberam que eles são ótimos veículos de propaganda, já que, como vendem um estilo de vida, basicamente bastava que a marca conseguisse ser relacionada a essa imagem para alcançar bons resultados em suas vendas. Logo, os influenciadores passaram a ganhar quantidades significativas de dinheiro para a promoção de determinados produtos.

O problema é que muitos deles não possuem qualquer formação acadêmica e são pagos para divulgar produtos dos mais diversos nichos levando-se em consideração apenas o número de seguidores ou *likes* em suas redes sociais. Por exemplo, um influenciador que vende um estilo de vida saudável, anuncia em suas redes determinados exercícios ou suplementos vitamínicos que, supostamente, o ajudam a manter o seu corpo e sua rotina. Essa pessoa, muitas vezes, não possui qualquer expertise em Educação Física ou Nutrição, utiliza-se do auxílio de pessoas especializadas nesse assunto para ganhar tais resultados, mas se passa como especialista para conseguir vender determinados produtos.

Além disso, muitas vezes a maneira como o anúncio do produto a ser vendido é feita de forma extremamente sutil, o consumidor não consegue perceber. Afinal, quando se vê na televisão um famoso recomendar a compra de algum produto (remédios, eletrônicos, carros) é facilmente identificável que aquela é uma propaganda, enquanto, como a relação dos influenciadores com seu público aparenta ser mais próxima e íntima, o anúncio feito por eles tem a aparência de um conselho ou recomendação de amigo, o que desvia a atenção e prejudica a cautela do consumidor.

Como ponto de partida para a reflexão, um dos principais pontos neste tópico, é reconhecer a figura da propaganda em seu significado. De tal modo, através da axiologia jurídico-filosófica proposta por Norberto Bobbio em seu Dicionário Político:

A Propaganda pode ser definida como difusão deliberada e sistemática de mensagens destinadas a um determinado auditório e visando a criar uma imagem positiva ou negativa de determinados fenômenos (pessoas, movimentos, acontecimentos, instituições, etc.) e a estimular determinados comportamentos. A Propaganda é, pois, um esforço consciente e sistemático destinado a influenciar as opiniões e ações de um certo público ou de uma sociedade total. (BOBBIO, 1998, p. 1018).



Tendo a noção do poder e da finalidade da atuação da publicidade, o quais podem ou não carregar consigo um caráter explicitamente negativo, acaba-se por entender que, no fim, ela é apenas um difusor de ideias. O problema em voga atualmente dá-se pela amplificação e facilidade de se divulgar e vender produtos variados sem qualquer conhecimento real do que eles se tratam ou cuidado com os consumidores, utilizando-se de meios que o impedem de ser cauteloso, prevenir-se de possíveis danos ou até mesmo inteirar-se da existência deles.

Por este ângulo, Umberto Eco foi visionário em 2015, quando, durante um evento na Universidade de Turim, disse que “as mídias sociais deram o direito à fala a legiões de imbecis que, anteriormente, falavam só no bar, depois de uma taça de vinho, sem causar dano à coletividade”.

É nessa lógica que influenciadores digitais se inserem. Em última instância eles são vistos como amigos íntimos e parceiros de seus seguidores, quando na realidade são profissionais bem pagos para realizarem anúncios de diversos produtos, sem qualquer preocupação em alertar sobre os possíveis riscos das mercadorias que anunciam. Ou ainda, apenas alertar os seus seguidores que aquele é um anúncio pago e não um conselho de amigos.

Em razão disso, urge à maioria dos influenciadores digitais que ainda não se atentaram ao fato da responsabilidade que carregam em divulgar esse ou aquele produto de se amparem em meios mais honestos, científicos e não apenas no mercadológico, visto que em qualquer ocasião de problema do consumidor com o produto, o influenciador pode se enquadrar como um dos fornecedores e assim, ser responsabilizado civilmente.

2.2. INFLUENCIADORES COMO FORNECEDORES E SEGUIDORES COMO CONSUMIDORES

Os influenciadores digitais se destacam dos demais usuários das mídias sociais, pois, como dito anteriormente, conseguiram arrebanhar um extenso número de seguidores e conseguem persuadi-los a adotarem determinados comportamentos e consumirem determinados produtos. Isso somente é possível, porque eles vendem o próprio estilo de vida e convencem as pessoas que, aquele produto "x" ou aquela rotina "y", poderá lhes proporcionar uma vida mais glamorosa ou mais saudável, entre outras.

Com uma rápida visita a aplicativos como o *Instagram*, é possível perceber como esses influenciadores se dividem em vários grupos com públicos alvos diferentes. Apesar disso, todos têm em comum a divulgação de diferentes estilos de vida e, em algum ponto, eles oferecem algum produto que dizem utilizar e que pode levar o espectador a ter uma vida semelhante à deles.

A primeira questão a ser analisada é a maneira em que esse produto é oferecido. Muitas vezes, o oferecimento dele ao público é realizado de maneira muito sutil, como parte de uma rotina da/o *influencer* em questão. Esse tipo de estratégia é muito perigosa, pois funciona como uma publicidade disfarçada, já que a mercadoria não é oferecida diretamente ao seguidor, mas parece apenas ser parte de uma informação ou dica que o influenciador quer compartilhar com seu público.

A situação é tão grave que vários países do mundo, como Inglaterra³ e França⁴, impuseram aos *influencers* a obrigatoriedade de informar nas legendas dos seus vídeos e fotos se aquela postagem é ou não publicidade. O Brasil⁵ também adotou mecanismo semelhante, obrigando que fossem sinalizados por meio de *hashtags* como: *#publi*, *#publicidade* ou *#conteudopago*, aquelas postagens que fossem financiadas por marcas e apresentassem algum produto/serviço a ser vendido.

A segunda questão relacionada ao tema é o fato do influenciador que oferece determinado produto ou serviço não ter qualquer tipo de conhecimento na área, sendo contratado por aquela empresa apenas pela quantidade de seguidores, alcance e projeção que pode ser oferecida para determinada marca.

O impacto desses critérios para a contratação de um *influencer* para realizar publicidade são significativos, pois, para ganhar credibilidade, eles se vendem como especialistas em determinados assuntos, afinal, eles teoricamente vivem do que recomendam para os outros. Dessa forma, os seguidores são induzidos a confiar na eficácia de determinados produtos, porque ela estaria garantida por alguém que realmente entende do assunto, um especialista.

3 ASA (The Advertising Standards Authority). Influencer's guide to making clear that ads are ads. 2020. Disponível em: <https://www.asa.org.uk/static/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf> Acesso em: nov. 2022.

4 ARPP (Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité). Digital Advertising and Marketing Communications Code. 2015. Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/digital-advertising-and-marketing-communications-code/> Acesso em: nov. 2022.

5 CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). Guia de publicidade por influenciadores digitais. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: nov. 2022.



Um exemplo claro dessa conduta está presente nos perfis de duas grandes blogueiras de bem estar e saúde no Brasil: Mayra Cardi e Gabriela Pugliesi. Nenhuma delas é formada em qualquer curso de nutrição, educação física ou medicina, mas, mesmo assim, dão dicas de alimentação e exercícios, recomendando chás, *shakes*, remédios, procedimentos estéticos e outras “fórmulas” para emagrecimento.

Essa confiança pode levar às pessoas a consumirem mercadorias que, na realidade, não são boas e podem até causar graves danos à saúde. No caso das *influencers* previamente citadas, vários de seus seguidores, ludibriados pela ideia que elas projetam de terem a expertise sobre esse assunto, acabam por consumir produtos emagrecedores que podem trazer uma série de prejuízos para a saúde, podendo levar a morte, como no caso da enfermeira paulista que foi a óbito devido a uma hepatite fulminante causada pelo consumo de chás emagrecedores.

Por isso, é importante entender se os influenciadores podem ser responsabilizados pelos conteúdos que propagam nas redes sociais e pelas indicações de produtos que oferecem. Para entender essa possibilidade de responsabilização é necessário que a situação deles seja analisada por meio do Princípio da Confiança e da Teoria da Aparência.

Como afirma Batista Machado, o Princípio da Confiança é "um princípio ético – jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem" (MACHADO, 1991, p. 352).

Neste sentido, quando o *influencer* se apresenta como uma pessoa que possui expertise em determinado assunto e, por isso, detém o conhecimento necessário para julgar se um produto é bom ou não e recomendá-lo ao público, ele gera nos seus seguidores a confiança de saber sobre o que é ou não é mercadoria de qualidade.

Essa situação é muito diferente daquela em que celebridades são contratadas para participar de uma propaganda, porque o público sabe claramente que o que estão assistindo é um anúncio publicitário protagonizado por uma pessoa que não é um especialista naquele serviço. No caso dos influenciadores digitais, a publicidade é muito bem disfarçada em dicas ou aparentes demonstrações do que eles utilizam no dia-a-dia.

Faz-se evidente que a confiança gerada pelos *influencers* nos seus seguidores é fruto da projeção de uma determinada aparência de conhecimento, de que as informações e indicações são repassadas por uma autoridade no assunto. É mister que deve ser aplicada a Teoria da Aparência.

De acordo com Fernanda Sabrinni Pereira:

A aparência pode criar um direito, pois se um grupo todo acredita na aparência, ela se confunde com a realidade. De tal modo, o fornecedor que aparentemente cria uma realidade e faz com que consumidores acreditem (confiança) no que foi veiculado (publicidade enganosa ou abusiva) ele criou expectativas legítimas, e esta deve ser tutelada pelo direito. Enfim, a aparência cria direito. (PEREIRA, 2010, p. 9).

Assim, os influenciadores criam duas ilusões: a de que são especialistas no assunto e de que o que fazem não é publicidade. Dessa maneira, os seguidores são induzidos a realizar a compra e consumo de determinados produtos devido a esses atributos falsamente criados.

Logo, aplicando-se o Princípio da Confiança e a Teoria da Aparência, é possível que os *influencers* sejam entendidos como fornecedores equiparados. Afinal, apesar de terceiros na relação de consumo, se apresentam e servem como intermediários da relação principal, atuando e sendo percebidos como verdadeiros fornecedores.

Além disso, se em um dos polos encontram-se os fornecedores, no outro polo é imprescindível que exista o consumidor.

Inseridos nessa virada, tecnológica e midiática, o consumo se deslocou para novos espaços onde podem exercer uma relação consumerista. Essa nova esfera facilitou o acesso à propaganda do produto, contudo, ainda assim permanece a questão da vulnerabilidade daquele que adquire o produto que deve ser amparada pelo Direito do Consumidor, como a responsabilização civil de quem abusa de tal polo fragilizado.

A vulnerabilidade estabelece-se quando influenciadores digitais usam de técnicas refinadas da publicidade comercial, baseada em estudo das motivações para vender os produtos mais diversos, mobilizando e envolvendo seus seguidores por meio de emoções como a angústia, a sexualidade, o desejo, a avareza e a falsa ideia de beleza e saúde (BOBBIO, 1998, p. 731).

Há de se reconhecer que nessa nova realidade os seguidores das redes sociais de cada figura pública acabam, em algum momento, transitando para o polo de consumidor pelo simples motivo de receberem a oferta do produto divulgado. Na propaganda realizada por influenciadores digitais, eles apelam para uma estratégia que segundo Maria Luiza de Sabóia Campos trata-se de:





Esse tipo de publicidade desencadeia um comportamento no consumidor, em nível consciente e inconsciente, gerando uma resposta imediata devido ao conceito preexistente que se tem daquela pessoa ou grupo que está testemunhando a favor do produto, agregando-lhe valores como admiração, sucesso, riqueza, beleza, juventude, alegria, internacionalidade, tradição, notoriedade, etc. (CAMPOS, 1996. p. 222)

Nesse diapasão, diante da exposição, que é uma constante nas redes sociais, os seguidores e também consumidores, se encontram vulneráveis diante dos diversos mecanismos que atuam em favor dos influenciadores digitais, bem como das empresas que os contratam para a divulgação. Por isso, como forma de igualar e proteger a nova condição de ser consumidor nas redes sociais, é mister a atuação do Direito do Consumidor e a responsabilização civil dos influenciadores para eventuais práticas abusivas ou resultados inesperados e lesivos às partes consumidoras.

2.2.1. A figura dos influenciadores digitais como fornecedores nas relações de consumo

Diante de todo o exposto, não há como afastar qualquer mínima responsabilidade a um influenciador digital quando esse divulga um produto ou serviço. Pois, a relação de compra de um produto muitas vezes ocorre por conta da mera divulgação de uma figura pública que certo consumidor admira ou leva em consideração as opiniões e posições. Assim, resta clara uma condição *sine qua non* para que se consolide a relação de consumo.

Pois bem, configurada a condição sem a qual não se daria a compra de um determinado produto, o influenciador deve arcar com responsabilidades a ela atinentes, até porque a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – prevê as determinações para que se possa ofertar algo (arts. 30 ao 35 do CDC), bem como dispõe sobre a forma de publicizar um produto e serviço (art. 36 do CDC) e proíbe propagandas abusivas ou enganosas (art. 37 do CDC).

No mesmo caminho, por integrar a cadeia de consumo através da divulgação, e muita das vezes ainda recebem porcentagem pelas vendas realizadas, os influenciadores, por meio de “qualidades externas, como a beleza, o prestígio e a fama não são contratados pelos consumidores *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência, mas sim impostas a esses pelos anunciantes” (GUIMARÃES, 2001, p. 196).

A partir dessa relação em voga, muito em razão da condição que o influenciador digital se encontra na vida pública afetando, assim, até os desejos de seus seguidores e, agora, consumidores. Pensando na relação de consumo é que se deve refletir também acerca de que mesmo não tendo previsão expressa no CDC, são perfeitamente aplicáveis as disposições presentes nesse código, uma vez que as figuras de fornecedor e consumidor se encontram intactas, variando, apenas, o ambiente em que se forma a relação de consumo.

Para tal, é mister pensar a aplicação de alguns princípios do direito do consumidor quando a prática do consumo é fomentada pelos influenciadores digitais, principalmente, para então, compreendermos que os *influencers* devem ser reconhecidos como fornecedores de um produto, ao participarem da sua divulgação. Ao fim e ao cabo, é preciso pensar em quem deve agir nos casos de danos oriundos da aquisição de um produto, o qual não estaria nas mãos do consumidor se não fosse a atuação do influenciador digital.

Nesse liame, entendemos presentes e aplicáveis os seguintes princípios na relação de consumo.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor por si só já explica a criação de todo um sistema de proteção do consumidor, ou seja, a flagrante vulnerabilidade de quem consome em relação ao fornecedor é uma característica intrínseca à condição de consumidor. Trazendo essa ideia para o caso das relações de consumo no ambiente virtual temos que essa vulnerabilidade é ampliada, considerando: a assimetria acentuada devido à hipossuficiência tecnológica e, também, a publicidade muito mais agressiva e sedutora, a qual, muitas das vezes, desrespeita os arts. 36 e 37 do CDC, e se instala no próprio lar do consumidor e atinge a própria intimidade e seu modo de enxergar a vida.

Por fim, o princípio da confiança e o princípio da boa-fé objetiva, esse último, inclusive previsto no art. 4º, inciso III, do CDC, tal princípio exige na relação de consumo o máximo de respeito e colaboração entre fornecedores e consumidores, devendo agir pautados em comportamento leal, cooperativo e respeitoso.

Como foi falado sobre o poder da posição de um influenciador digital, é, melhor ainda pensado por Ana Paula Gilio Gasparatto, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Antônio Carlos Efig, quando se associa a forte figura do influencer com a confiança e boa-fé da relação:





No momento em que um influenciador digital indica um produto ou serviço, a sua confiabilidade agrega poder persuasivo no comportamento do consumidor, gerando segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está sendo indicado. Os influenciadores assumem, portanto, uma posição de garantidores em face dos produtos e serviços indicados. Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança. (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019, p. 79).

De acordo ainda com os autores, esses lembram que “não se pode olvidar que a confiança e a boa-fé objetiva são princípios de ordem pública e a quebra de tais preceitos gera a responsabilidade sem culpa (Enunciado no 363 do CJF/STJ), o que, em regra, está presente em relação à oferta ou à publicidade” (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019, p. 83).

Na mesma esteira, sob as lentes do Direito contemporâneo e a proteção das vulnerabilidades, inserida como um dos valores da Constituição Federal Brasileira, é importante fazer uma interpretação extensiva aos acontecimentos gerados pelo mundo virtual. Já que, ainda que escassas legislações específicas abordando a temática, pouco se tem de normas específicas de ordem garantistas. De tal modo é que pensa Stefano Rodotà:

as práticas virtuais, dentro da lógica do livre mercado, fundada na ampla liberdade, devem ser limitadas quando direcionada a abusos, como prevenção dos danos que a pessoa humana pode sofrer em sua integridade, física ou psíquica, inclusive frente à nova dimensão virtual do ser humano. E é justamente no tratamento mais efetivo do dano que a doutrina contemporânea vem demonstrando, por uma constelação de motivos, que está o renovado olhar da responsabilidade civil, de modo que o dano passa a ser visto como cláusula geral da responsabilidade civil, em especial quando se trata de direitos fundamentais à pessoa humana. (RODOTÀ, 2014. p. 289).

Dessa forma, devem ser aplicadas aos influenciadores todas as regulamentações do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil, inclusive no que concerne à responsabilidade objetiva dos influenciadores no que toca aos efeitos patrimoniais decorrentes da realização da publicidade enganosa ou abusiva e arcar com todos os outros riscos decorrentes dessa atuação de propaganda, tendo em vista que as essas figuras públicas são partes integrantes da cadeia de consumo, atuando ao lado de todos os outros fornecedores.

2.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Diante do cenário já superado no que toca a configuração do *influencer* como um fator poderoso para que determinado produto chegue até o consumidor, entendendo-o, assim, como um fornecedor dentro das noções do direito do consumidor. É imperioso considerar que a publicidade feita de forma irresponsável e, até em certa medida ilegal, quando foi causa para o consumo e gerou danos, independentemente da sua natureza, deve-se responsabilizar civil e objetivamente a figura condicionante, qual seja, o influenciador digital.

O Estado, dentre seus inúmeros deveres, deve promover a defesa do consumidor, o que irá ser demonstrado através da elaboração de normas que atendam ao interesse coletivo, conforme está previsto no art. 1º e no art. 4º, II, da Lei nº 8.078/90.

Dessa forma, Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, de modo preventivo e assecuratório, consta tanto da obrigação do fornecedor informar de forma clara sobre o produto a ser divulgado, bem como dos riscos que esse apresenta, quanto da proibição de publicidade enganosa, abusiva, coercitiva ou desleal:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

(...) (BRASIL, 1990)

Além disso, na atuação do Estado brasileiro já há uma proteção às práticas abusivas em razão da evidente superioridade de forças do fornecedor em detrimento ao consumidor, novamente ficou clara que a intenção do legislador em garantir uma relação de paridade de partes, através da previsão no rol exemplificativo de práticas abusivas vedadas do art. 39 do CDC, mais especificamente, o inciso IV que diz: “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.



Para além da vigente ação estatal como meio de prevenção, em caso de comprovação de um dano sofrido oriundo da aquisição de um produto, mostrado ainda, a condição *sine qua non* do influenciador digital, faz-se necessário observar a aplicação da reparação ou compensação integral dos danos causados ao consumidor, independente de sua natureza, a qual é prevista pelo art. 6º, inciso VI, do CDC, que diz: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

Em derradeiro, diversos tribunais pelo Brasil já reconhecem a necessidade de regulação jurídica da publicidade nas relações de consumo, como Davi Severino dos Santos bem elenca em um bom acervo de jurisprudências favoráveis quanto ao entendimento de que a publicidade fora das regulações previstas do Código de Defesa do Consumidor deve ser passível de responsabilização civil (SANTOS, 2003, p. 5).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse ínterim, é evidente que a relativamente inédita presença de figuras como os influenciadores digitais revolucionou a maneira como é feita a publicidade. Apesar disso, ainda são incipientes as tentativas ou até mesmo a discussão sobre a possibilidade de responsabilizá-los civilmente por possíveis danos que os consumidores venham a sofrer.

Foi demonstrado como os *influencers* exercem atualmente um papel fundamental na cadeia de relação de consumo, uma vez que são capazes de fazer com que determinado indivíduo adquira um produto ou serviço, através de mecanismos sofisticados de propaganda, os quais, na maioria das vezes, fazem como que ela não seja vista pelo seguidor como tal, mas sim como um conselho ou uma dica de alguém próximo. Assim, resta evidente que essa maneira de anunciar produtos gera nos seguidores/consumidores uma confiança e uma boa-fé infundada de que aquele produto ou serviço será de extrema qualidade no resultado a que se propõe.

Dessa maneira, demonstrou-se como, por meio da teoria da aparência, é possível equiparar os influenciadores a fornecedores, pois, muitas vezes eles se apresentam como tal, utilizando-se de argumentos de autoridade, da suposta expertise no assunto e da falsa impressão de proximidade que as redes sociais propiciam.

Logo, estabelecida a condição *sine qua non* já tratada, para o sucesso de uma compra, o consumidor inserido na sua vulnerabilidade contratual necessita da in-



tervenção amparada no Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, quando há uma ofensa aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, tutelando a proteção do consumidor frente aos influenciadores digitais. Configurando, assim, a responsabilidade objetiva, visto que os influenciadores estão em polo de vantagem quando comparados aos consumidores, como bem tratam Ana Paula Gilio Gasparatto, Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Antônio Carlos Efiging:

ao se asseverar pela responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais, tem-se por base que eles: a) fazem parte da cadeia de consumo, respondendo solidariamente pelos danos causados, b) recebem vantagem econômica e c) se relacionam diretamente com seus seguidores que são consumidores.

Dessa maneira, como bem trazem Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira: "quando em jogo relações que envolvam vulneráveis, está a exigir prontamente os deveres de proteção por parte do Estado, evitando-se a chamada proteção insuficiente" (MARTINS; FERREIRA, 2018, p. 24).

Portanto, a relação de consumo em que os influenciadores digitais atuam efetiva e diretamente através da propaganda de produtos e serviços, de modo a motivar escolhas de consumo deve ser responsabilizada objetivamente quando houver qualquer abuso, engano e qualquer outra ofensa a algum bem jurídico, tudo com o amparo do CDC e CC.

REFERÊNCIAS

ARPP (Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité). *Digital Advertising and Marketing Communications Code*. 2015. Disponível em: <https://www.arpp.org/nous-consulter/regles/regles-de-deontologie/digital-advertising-and-marketing-communications-code/> Acesso em: nov. 2022

ASA (The Advertising Standards Authority). *Influencer's guide to making clear that ads are ads*. 2020. Disponível em: <https://www.asa.org.uk/static/9cc1fb3f-1288-405d-af3468ff18277299/INFLUENCERGuidanceupdatev6HR.pdf> Acesso em: nov. 2022

BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. *Habeas Mente: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia*. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago. 2020.

BOBBIO, Norberto, *Dicionário de política I*: Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.



BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei 8.078/1990. Brasília, DF: Poder Executivo, 1990.

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

CALDAS, Edson. *Revista revela quanto ganham os maiores influenciadores digitais do mundo*. Época Negócios, 2017. Disponível em: Revista revela quanto ganham os maiores influenciadores digitais do mundo - Época Negócios | Tecneira (globo.com) Acesso em: 30/03/2022.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultura Paulista, 1996.

CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf Acesso em: nov. 2022

DE LUCCA, Newton et al. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FONTENELLE, Isleide Arruda. *Mídia, Acesso e Mercado da Experiência*. Revista Contracampo, n. 10/11, pp. 185-200, 2004. Disponível em: Vista do Mídia, acesso e mercado da experiência (uff.br). Acesso em: 01/04/2022

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida; EFING, Antônio Carlos. *Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais*. Revista Jurídica Cesumar, v. 19, n. 1, pp. 65-87, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>. Acesso em: 02/04/2022.

GRANDCHAMP, Leonardo. *Brasil é o 3º país que mais usa redes sociais do mundo! Rede Jornal Contábil*, 2021. Disponível em: Brasil é o 3º país que mais usa redes sociais no mundo todo! - Jornal Contábil - Contabilidade, MEI , crédito, INSS, Receita Federal (jornalcontabil.com.br) Acesso em: 30/03/2022.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001.

KARHAWI, Issaaf. Et al. *Influenciadores digitais: O Eu Como Mercadoria*. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). *Tendências em comunicação digital*. São Paulo: ECA/ USP, p. 39-58, 2016. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 24/07/2022.

MACHADO, João Baptista. *Tutela da confiança e "vh"*. In: *Obra dispersa*. Braga: Scientia Iuridica, 1991. v 1.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. *Da idade média à idade média: a publicidade persuasiva digital na virada linguística do direito*. In: PASQUALOTTO, Adalberto (Org.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. v. 2,



Mulher que tomava chá para emagrecer morre após diagnóstico de hepatite. Estado de Minas, 2022. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2022/02/04/interna_bem_viver,1342756/mulher-que-tomava-cha-para-emagrecer-morre-apos-diagnostico-de-hepatite.shtml. Acesso em: 30/03/2022.

PEREIRA, Fernanda Sabrinni. *Teoria da Aparência e Confiança na Pós-Modernidade: A Tutela dos Consumidores.* In: Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 38, n.2, pp. 489-504, 2010. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18409>. Acesso em: 24/07/2022.

RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos.* Madri: Trotta, 2014.

SANTOS, Davi Severino dos. *A regulação jurídica da publicidade na sociedade de consumo.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4004>. Acesso em: 24/07/2022.



TEORIA DA DEMOCRACIA RADICAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS

THEORY OF RADICAL DEMOCRACY AND CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: POSSIBLE RAMIFICATIONS

*Arthur Phillipe Milanez Santa Cecília**
*Yasmim Vilas Boas de Araújo***

Resumo: O choque entre a democracia e constitucionalismo é figura controversa que repercute em variados momentos históricos da teoria constitucional. Contemporaneamente, esse debate não funcionaria de maneira distinta. Diante do visível dissenso existente entre a atuação do Poder Judiciário e a prática social, torna-se mister analisar as circunstâncias que rodeiam essas questões, principalmente no que diz respeito à legitimidade. Nesse sentido, justamente por a teoria da democracia radical não se debruçar acerca do campo e do limite de atuação das instituições, deve-se imaginar, a partir dos escritos desenvolvidos por seus principais autores, a qual entidade estatal restaria o encargo de lidar com o controle de constitucionalidade. Ademais, verificar se a atuação do Poder Judiciário é suficiente para nutrir as arenas agonísticas propostas por Chantal Mouffe. Para isso, o presente escrito irá traçar as principais linhas estruturais desenvolvidas pela democracia radical. Após, irá averiguar o caminho histórico traçado pelo controle de constitucionalidade e os campos teóricos que o norteiam atualmente. Com isso, no fim será estabelecida qual a possível relação entre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e a teoria da democracia radical, concluindo-se então, pela assimilação da hipótese traçada, marcada pela incompatibilidade, em certa dimensão, dessas figuras, haja vista a impossibilidade de manutenção do pluralismo agonístico no âmbito judicial.

Palavras-Chave: Democracia radical. Constitucionalismo. Controle de constitucionalidade. Revisão Judicial. Legitimidade democrática.

*Graduando do 9º módulo do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9795413074176139>. E-mail: arthur.pmsc@hotmail.com.

**Graduanda do 9º módulo do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0784861170431200>. E-mail: yvbaraujo@gmail.com



Abstract: The clash between democracy and constitutionalism is a controversial figure that has repercussions in several historical moments of constitutional theory. At the same time, this debate would not work differently. In view of the visible disagreement between the Judiciary's action and social practice, it becomes necessary to analyze the circumstances surrounding these issues, especially with regard to legitimacy. In this sense, precisely because the theory of radical democracy does not focus on the field and limits of action of institutions, one must imagine, based on the writings developed by its main authors, which state entity would be left with the task of dealing with the control of constitutionality. Furthermore, to verify if the Judiciary Power's action is sufficient to nourish the agonistic arenas proposed by Chantal Mouffe. For this, the present writing will trace the main structural lines developed by radical democracy. Afterwards, it will investigate the historical path traced by the control of constitutionality and the theoretical fields that currently guide it. With this, in the end, it will be established what is the possible relationship between the control of constitutionality exercised by the Judiciary and the theory of radical democracy, concluding then, by the assimilation of the outlined hypothesis, marked by the incompatibility, in a certain dimension, of these figures, given the impossibility of maintaining agonistic pluralism in the judicial sphere.

Keywords: Radical democracy; Constitutionalism; Constitutionality control; Judicial Review; Democratic Legitimacy.

1. INTRODUÇÃO

No cenário atual, as tensões que atravessam a relação entre o constitucionalismo e a democracia emergem cada vez mais, principalmente no que tange à atuação das instituições e a legitimidade democrática no processo de decisão. Após inúmeras discussões e produções textuais acerca da temática, surgiu, no contexto acadêmico, o modelo da democracia radical, tendo como autores precursores e principais Chantal Mouffe e Ernesto Laclau. Para essa corrente teórica a noção do conflito permeia a democracia em todas suas esferas, isto é, a política é determinada pelo seu caráter agonístico, marcado pelo dissenso político. Nesses espaços, a divergência política é vista de forma benigna e desejável. Esse modelo político enxerga com bons olhos a falta de consenso e vê como impossível a racionalidade atribuída às decisões e escolhas tidas como ideais. Para esse cenário, portanto, atribuir à determinada escolha o locus de decisão correta é modo incorreto de visualizar o que está de fato em jogo no contexto político, vez que, toda escolha, ainda que transvestida de correta é, em suma, apenas uma das escolhas dentre as possíveis.

Tendo essa análise como base teórica e sendo o controle de constitucionalidade um dos instrumentos mais controversos da teoria constitucional, desde Kelsen



e Schmitt até Dworkin e Waldron, torna-se necessário estabelecer um exercício ponderativo e imaginativo a respeito do modo como esse instituto seria pensado pela teoria da democracia radical. Espera-se, com o estudo tangencial e inicial aqui apresentado, formular presunções a respeito de como o modelo de democracia radical enxerga o controle de constitucionalidade, em especial em sua nuance forte e procedimentalista, na qual o órgão judiciário, representante de uma racionalidade máxima, é capaz de invalidar por completo atos das demais funções estatais. A hipótese aqui traçada é a de que a democracia radical enxota esse modelo de controle de constitucionalidade forte, por ele desprezar, nesta visão, o dissenso inerente das questões políticas, ao mesmo tempo em que se manifesta como um protetor racional da população, quase como uma personificação de um superego da sociedade, capaz de dar sempre a melhor e mais certa respostas para as questões levadas a ele.

Essa compreensão será efetivada a partir da utilização de um método descritivo, com uma abordagem qualitativa do tipo exploratória, com o uso de uma literatura bibliográfica sobre a teoria democrática radical e o controle de constitucionalidade. Ademais, será efetuada por meio de um estudo *ex-post-facto*, vez que investigará as relações cabíveis entre uma determinada teoria e um certo fenômeno do constitucionalismo, culminando em algumas conclusões que instigarão o debate no que diz respeito à temática tratada.

Possuindo como ponto de partida a legitimidade das instituições democráticas e do papel da sociedade no processo decisório, o presente artigo se debruçará, inicialmente, sobre as definições atinentes à democracia radical. Posteriormente, analisará a figura do controle de constitucionalidade por meio de sua evolução histórica e sobre os alicerces teóricos que o embasam. Por fim, tecerá um possível liame entre a teoria da democracia radical e o controle de constitucionalidade, a fim de verificar quais os resultados dessa intercessão.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A IDEIA DEMOCRÁTICA NA ATUALIDADE

Democracia é um conceito amplamente discutido nas mais diversas arenas sociais e acadêmicas. Nesse meio, fato que merece destaque é a amplitude que, no período hodierno, este conceito adquire na organização política global. Sem pormenores, parte considerável da doutrina que se dedica à temática trata a demo-



cracia como uma forma de governo na qual o poder de ordem é concentrado no povo. Entretanto, a ideia de democracia adquire significação abstrata e ambígua, sendo passível de se levar a registro um amplo dissenso das diversas escolas de pensamento a esse respeito.

Nesse cenário, são várias as definições e aplicações do conceito de democracia na atualidade. Desse modo, qualificar algo como democrático é pouco ou quase nada descritivo, visto que governos amplamente diversos e excludentes vestem-se com esses trajes e se proclamam democráticos. As investigações, nesses meios, portanto, não cuidam mais de dizer se determinada figura ou política é *democrática*, mas em inquirir o *que se define por democrático em certo meio*. Fato é que o compromisso democrático é quase uma parte indispensável da legitimidade política, como se pode extrair da observação de que os governos com as mais variadas posições se apresentam como democráticos. Essas lideranças políticas podem ser progressistas ou conservadoras, meritocratas ou igualitaristas, nacionalistas ou cosmopolitas, multiculturais ou favoráveis a uma única cultura, mas dificilmente se opõem abertamente à democracia. Ante o exposto, é corolário lógico que a ideia democrática é peça fundamental da organização política, de tal maneira que

No mundo contemporâneo, portanto, a aprovação à ideia de democracia é praticamente inegociável. As instituições internacionais normalmente tentam condicionar a ajuda aos países em desenvolvimento à adoção, por parte deles, de eleições regulares e de outras reformas democráticas. Os movimentos de libertação insistem que são mais democráticos que os regimes cujo lugar procuram ocupar. É verdade que as formas de governo constitucionais às vezes limitam o raio de ação da democracia, particularmente aquelas em que, como nos Estados Unidos, impera a separação de poderes. Mas geralmente as constituições também trazem dentro de si as garantias de um governo democrático. Além disso, elas próprias podem ser revistas mediante a convocação de uma assembleia constituinte ou por meio de mecanismos de emenda cuja legitimidade é confirmada pela população. Até mesmo constitucionalistas de esquerda como Bruce Ackerman concordam que as etapas decisivas da criação e da alteração da Constituição devem ser validadas democraticamente pela população, para que sejam consideradas legítimas ao longo do tempo (SHAPIRO, 2006, pp. 245-246).

Embora a importância da democracia hoje seja praticamente inquestionável, seu significado é aberto e amplamente debatido. Há uma grande divergência teórica sobre o conteúdo desse componente jurídico-político. Dentre as diversas configurações obtidas pela democracia está aquela que busca ser radical e plural, objeto de análise do presente trabalho acadêmico.



2.1.1. Teoria da Democracia radical

O modelo democrático radical vê a divergência como um elemento intrínseco da política. Para reformular as ideias envolvidas no conceito de democracia, o modelo proposto visa criar uma sociedade em que indivíduos com diferentes ideias políticas se vejam como adversários e não como inimigos. Sobre este modelo, KOZICKI (2000, p. 3, grifo nosso) leciona:

Esta matriz, nos moldes em que ela vem sendo desenvolvida no eixo anglo-saxão, principalmente por Chantal Mouffe, assume como premissa a efetivação dos princípios da liberdade e da igualdade. Ao mesmo tempo, ela parte do reconhecimento da importância do papel do poder e do conflito nas relações sociais. Nesta perspectiva, a democracia é entendida sempre como um “*jogo inacabado*”.

Em resumo, o modelo em questão, cujo expoente é Chantal Mouffe, caracteriza-se por uma organização política centrada no dissenso. Nesses termos, o que se defende é um governo em que os princípios de organização social sejam abertos e mutáveis. Este é um modelo em que o jogo político é um jogo inacabado, no qual a configuração social é volátil e se encontra em constante mudança, promovendo adaptações de acordo com as necessidades das massas.

Isso se dá porque a democracia radical rejeita configurações hegemônicas estáveis, ao mesmo tempo que advoga pelo desenvolvimento de mecanismos que permitam que os valores sociais vigentes possam ser substituídos de acordo com as necessidades sociais. A democracia radical proposta pode, dessa maneira, ser implementada apenas por meio de uma organização política na qual o conteúdo dos valores sociais tenha um significado aberto e variável; pretende-se, através dessa organização, criar uma sociedade em que a diversidade é elemento fundamentalmente resguardado. Nas palavras de MOUFFE (2005, p. 20):

Vislumbrada a partir da óptica do “pluralismo agonístico”, o propósito da política democrática é construir o “eles” de tal modo que não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, ou seja, pessoas cujas ideias são combatidas, mas cujo direito de defender tais ideias não é colocado em questão.

Dessarte, enquanto as formas anteriores de democracia baseavam-se em uma “visão positiva e unificada da natureza humana” e criavam um espaço único em que a natureza da liberdade e igualdade radicais poderiam se manifestar, a proposta de democracia radical se encontra lastreada em uma “polifonia de vozes”



que leva à construção de identidades discursivas irreduzíveis (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 282).

A identidade discursiva irreduzível é composta por várias posições de sujeito, oposições e pontos de ruptura, de modo que as posições de sujeito não podem ser contidas e explicadas por um único discurso. Dessa forma, essas identidades abandonam o discurso sobre a universalidade e seus pressupostos implícitos sobre o acesso à verdade, que só pode ser alcançado por um número infinito de sujeitos.

Assim, experiências democráticas radicais se constituem no espaço entre a lógica da identidade completa e a lógica da pura diferença, reconhecendo a diversidade das lógicas sociais e a necessidade de sua expressão. No entanto, essa formulação muitas vezes precisa ser reinventada e renegociada (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 278). Portanto, conclui-se que nesta proposta teórica, os conteúdos dos termos “justiça”, “equidade”, “liberdade” etc. são sempre apresentados de forma aberta a fim de permitir diferentes debates e conclusões sobre seu conteúdo legítimo¹.

Recorrendo ao pensamento de Carl Schmitt, Mouffe (2005, pp. 13-14) argumenta que a constituição de uma identidade sempre acarreta a formulação de diferenças, o que maximiza, dessa maneira, os antagonismos presentes nos debates políticos. Todavia, o raciocínio mouffeano propõe uma transformação dos caracteres antagonísticos em formatos agonísticos, tidos como modelos discursivos em que as divergências políticas são entendidas como legítimas e desejáveis.

Nesse ponto, então, a construção teórica proposta por Mouffe diverge da ideia de Schmitt de que “[...] a vontade da minoria derrotada na verdade é idêntica à vontade da maioria” (SCHMITT, 1996, p. 26). Enquanto para esse autor, a adoção de práticas endossadas pela maioria acarreta uma eliminação da minoria que, dessa maneira, reconhece a ilegitimidade de seus posicionamentos derrotados, para Mouffe os derrotados no debate político não devem abandonar sua defesa, mas apenas aceitar a derrota política, tendo em perspectiva a disputa em outras hegemônias que irão se formar.

Além disso, nesse campo de debate, a democracia deve se basear no conflito, que é natural das pessoas e das relações de poder que se estabelecem entre elas.

¹ Embora não seja a primeira preocupação de Mouffe, a institucionalização de medidas nesse sentido pode ser encontrada em outros autores, como Joel Colón-Ríos. Este autor propõe a implementação de um constitucionalismo fraco/débil, caracterizado pela promoção da participação e do diálogo de massas no contexto da reforma constitucional. Nesta perspectiva, o povo, que detém o poder constituinte, não tem sua participação na construção de uma constituição apenas através de uma Assembleia Constituinte. De fato, o autor sugere que as pessoas possam demonstrar seu poder por meio de programas de revisão constitucional ou de substituição (COLÓN-RÍOS, 2013; HUTCHINSON e COLÓN-RÍOS, 2013).



Isso se deve à abundância de ideais na sociedade. No entanto, apesar de tomar esse argumento do ponto de vista schmittiano, Mouffe aponta para o fato de que essa relação não deve se dar na forma de *amigo/inimigo*, mas na construção de uma relação modelada no formato de *nós/eles*.

Dessa forma, o que esse modelo propõe é uma democracia adversarial na qual as diferenças políticas são desejáveis e respeitadas.

Nessa seara, Mouffe propõe a substituição da política antagonista por uma política agonística, que será responsável pelo sentido pleno da identidade do sujeito. Essa satisfação plena ocorre porque, em um estado sem estruturas opostas, nenhuma pessoa ou força oposta é capaz de fazer sua presença conhecida. A motivação deste evento baseia-se no fato de que os sujeitos se exprimem como um *ser* e um *não ser* de tal forma que a pluralidade nessa organização não possibilita uma positividade plena. Nessa perspectiva, “o antagonismo escapa à possibilidade de ser apreendido pela linguagem, uma vez que a linguagem só existe como esforço para fixar aquilo que o antagonismo subverte” (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 202).

Contextualmente, a construção da democracia real, segundo os princípios mouffeanos, baseia-se na adoção de processos políticos capazes de promover, ao mesmo tempo, diálogo e abertura quanto ao conteúdo de cada aspecto do sistema político, bem como organizar a dissidência para que o indivíduo que detém o discurso dissidente possa obter legitimidade política. O resultado dessa construção democrática é que sempre é possível que diferentes vozes se expressem.

Desse modo, portanto, Mouffe tece fortes críticas ao modelo de democracia liberal como é atualmente formulado e defendido, em especial à incorporação de caracteres morais à política que se tem observado na contemporaneidade². A autora argumenta que, como o debate político atualmente se dá no campo da ética, a relação entre adversários políticos também é repleta de aspectos éticos. Dessa forma, as relações políticas que antes tinham o formato *nós/eles* passam a ser vistas de forma *certa/errada* (MOUFFE, 2015, p. 5). Dito isto, quando as discussões políticas são baseadas em uma discussão do bem contra o mal, tem-se que “[...] os antagonismos não podem assumir uma forma agonística” (MOUFFE, 2015, pp. 74-75) fazendo com que a controvérsia seja vista como uma forma pela qual os adversários políticos, mesmo quando não encontram uma saída lógica do conflito, não

² É necessário deixar claro que Mouffe não nega o liberalismo. A autora, inclusive, não afasta a conformação da sociedade baseada em igualdade e liberdade. Lado outro, Mouffe almeja novas perspectivas para essa posição política. A cientista política defende, desse modo, uma constante resignificação dos valores político-sociais, realizada por meio da construção de hegemonias precárias, sempre passíveis de mudança.

enxerguem legitimidade das declarações conflitantes. Portanto, quando o quadro é organizado com base nessas diretrizes, não só se deve lutar contra os pensamentos opostos, mas contra aqueles que os produzem.

Nesses termos, o pensamento de Mouffe defende que as organizações democráticas não podem superar o conflito baseado na dicotomia *nós/eles* construindo consensos, mas sim mecanismos amplos que permitam que o conflito ocorra de tal forma que todos os pensamentos encontrem seu lugar, mantendo, neste caso, o pluralismo e preservando a dimensão plural fundante da democracia.

Ainda na análise de Mouffe da crise da democracia liberal como atualmente proposta, a racionalização da política e de suas instituições, que encontra defesa em alguns autores liberais, na verdade é tida como uma ideia errada e ineficaz na formulação do que está em jogo na política.

Por conseguinte, como observa Mouffe, o racionalismo liberal surge do desconhecimento sobre o papel desempenhado pela influência política. No contexto criado pela racionalização da política, os atores políticos são vistos como “[...] indivíduos racionais, orientados apenas por seus interesses racionais, atuando no melhor dos casos sob as coações da moralidade. As paixões são apagadas do campo da política, que é reduzido ao campo neutro do jogo de interesses” (MOUFFE, 2003, p. 12). Este fato traz como consequência a incapacidade de compreender as organizações políticas coletivas e massificadas. Nesses casos, os partidos tradicionais não conseguem alcançar o sucesso almejado no processo eleitoral, pois não se orientam pelas reais demandas populares e promovem a exclusão dos fanáticos políticos. Por outro lado, partidos populistas de direita dão ao povo esperança de mudança social, muitas vezes ilusória e baseada em mecanismos de exclusão inaceitáveis, o que, nesse cenário, entretanto, acaba por levá-los ao poder. Esse acontecimento se baseia na ideia de que:

[...] quando as paixões não podem ser mobilizadas pelos partidos democráticos porque eles privilegiam um “consenso ao centro”, essas paixões tendem a encontrar outras saídas, em diversos movimentos fundamentalistas, em volta de demandas particularistas, questões morais não negociáveis ou em partidos populistas anti-establishment. (MOUFFE, 2003, p. 20).

O resultado desses eventos é o fortalecimento de uma identidade coletiva que odeia a governança democrática. A politização, nesta formulação, é responsável por desenvolver governos que carecem de responsabilidades democráticas.



Finalmente, na sistematização da teoria da democracia radical, ainda que as propostas se baseiem na interpretação sempre aberta de símbolos sociais e políticos, esse modelo requer algum consenso. No entanto, tal consenso deve ser dado apenas em relação a quais ideais morais e políticas devem compor a sociedade. Essas ideias precisam, posteriormente, ser definidas por meio de uma intensa discussão que advém de várias e contraditórias interpretações sobre que conteúdo e significado que estes conceitos devem adquirir. Desse modo, o consenso possível na democracia deve ser uma espécie de “consenso conflitual” de modo que o conceito a ser formulado acerca dos fatos sociais sempre esteja aberto a debates e reformulações. Nessa perspectiva:

Desde que esses princípios [valores ético-sociais fundantes do modelo democrático], contudo, possam apenas existir através de muitas interpretações diferentes e conflitantes, tal consenso está prestes a ser um “consenso conflitual”. Por essa razão, uma democracia pluralista necessita oportunizar o dissenso e instituições através das quais ele possa se manifestar. Sua sobrevivência depende das identidades coletivas formadas em torno de posições claramente diferenciadas, assim como da possibilidade de escolha entre alternativas reais. Daí a importância de encarar a natureza da cidadania numa perspectiva agonística. Neste caso, não existe uma única concepção de cidadania que deveria ser aceita por todos. (MOUFFE, 2003, p. 17)

Por isso, os processos sociais, em todas as suas dimensões, são categorizados como articulatórios. Desse modo, nesse cenário, o social não é a expressão de alguma coisa já adquirida, mas uma constante construção de novas diferenças. Decorre dessa construção, assim, a ideia de que o político e seus desdobramentos não podem ser algo *a priori* consensual, mas um espaço aberto em constante debate.

2.2. A RELAÇÃO ENTRE A DEMOCRACIA E O CONSTITUCIONALISMO PELA ÓTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade consiste, em síntese, na declaração de invalidade e na paralisação da eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2015, *passim*), agindo como um mecanismo de adequação no âmbito formal.

Nesse esteio, a origem prática do controle de constitucionalidade judicial remonta à discussão do caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1803, decidiu pela aplicação da “supremacia da cons-

tituição, e impôs, por outro lado, o poder e o dever dos juízes e negar aplicação às leis contrárias à Constituição mesma” (CAPPELLETTI, 1992, p. 47). Na decisão desse precedente, tornou-se evidente a necessidade de uma escolha entre as constituições rígidas e flexíveis, de forma que as soluções foram enunciadas com insuperável clareza (CAPPELLETTI, 1992, *passim*).

Com efeito, sob o argumento de John Marshall, houve a difusão da hipótese de que a constituição é superiormente hierárquica e deve preponderar sobre as leis ordinárias, de modo que o texto contrário àquele definido pela Carta Magna não deve prosperar em um ordenamento jurídico submetido a ela³. Ademais, foi consolidada a tese de que a lei que viole a constituição é passível de nulidade, tal como de que competiria aos juízes aferir a compatibilidade entre a legislação e à constituição; nesse sentido, sendo função fundamental do Poder Judiciário promover a interpretação da lei, ainda que a constituição não houvesse determinado a autoridade judicial como detentora do controle de constitucionalidade, cumpriria àquele exercer tal função, principalmente ante independência do Judiciário quando comparado aos poderes Legislativo e Executivo.

Insta ressaltar que as bases teóricas que norteiam a figura do controle de constitucionalidade judicial foram identificadas em momentos anteriores, a partir da obra *Os Federalistas* (1787), mais especificamente através da leitura dos ensaios de Hamilton e Madison, uma vez que, para os autores, a compreensão de um Judiciário independente, pela natureza de suas ações, fez com que este se tornasse o poder mais apto a resguardar os direitos políticos declarados pela Carta Magna. De tal modo, sendo a Constituição a lei fundamental, caberia aos juízes efetuar a interpretação de outras leis a partir de suas disposições normativas⁴.

3 Segundo Ackerman (2006, p. 10), um novo equilíbrio institucional surgiu desse conflito entre republicanos e federalistas, o presidencialismo e os partidos ganharam um grande poder que os founding fathers não haviam imaginado, e a independência judicial da Suprema Corte, em relação aos outros poderes, conseguiu sobreviver e assentar as bases para reivindicar poder no futuro. Contudo, na medida em que se distanciou no tempo das circunstâncias turbulentas em que a decisão foi tomada, *Marbury v. Madison* adquiriu maior dimensão e passou a ser exaltada universalmente como o precedente que inaugurou o controle judicial de constitucionalidade no constitucionalismo moderno (BARROSO, 2011b, p. 32).

4 Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar [...] que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem. [...] De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. (HAMILTON, 2003, p. 480-481).



Para mais, a perspectiva de um judiciário independente, nos escritos em tela, apresentou-se como necessária à proteção dos direitos individuais, principalmente no que diz respeito à influência de conjunturas particulares, haja vista que estas poderiam gerar perigosas inovações governamentais e graves opressões às minorias (HAMILTON, 2003, *passim*). Assim, a autonomia judicial seria o mecanismo apto a manter a forma e estabilidade da constituição.

Por decorrência lógica, tendo como pano de fundo essas considerações, a atuação judicial corroboraria de maneira direta “como uma espécie de imparcialidade e desinteresse no raciocínio jurídico no exercício do julgamento” (BUSTAMANTE; FERNANDES, 2016, p. 1 *apud* PAULINO, 2016, p. 24), além de exercer um papel essencial na política de freios e contrapesos, delineada por Montesquieu em épocas ainda mais remotas.

Imbuído dessa lógica, a noção do *judicial review* encontra-se respaldada, mais recentemente, pela teoria do filósofo do direito Ronald Dworkin. Para o autor, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário funciona como um fórum de princípios, afastando-se de uma noção antidemocrática, no que diz respeito às questões sensíveis à escolha, de modo a proporcionar uma conjuntura política na qual há uma proteção especial às liberdades – sobretudo, a de expressão – além de promover a possibilidade de discussão por parte do cidadãos, culminando em um incentivo das minorias, que praticamente não têm nenhum incentivo na política comum (DWORKIN, 2005, *passim*). Em suma, a revisão judicial funcionaria como ato de salvaguarda das garantias fundamentais, com um propósito contramajoritário.

Em sentido diametralmente oposto, no entanto, o *judicial review* também é alvo de críticas por boa parte da teoria constitucional, tendo estas como ponto nevrálgico o argumento de legitimidade. Essa argumentação decorre justamente da não participação popular no procedimento decisório, dentro das Cortes Constitucionais, fator que promove uma certa inviabilização da consecução do ideal da igualdade política, já que provoca uma falta de transparência dos casos abordados – no tocante à interpretação por parte da sociedade como um todo – e privilegia a vontade de uma minoria restrita formada por ministros não eleitos.

Nesse diapasão, destaca-se que as críticas são dirigidas, principalmente, ao controle de constitucionalidade forte, haja vista que a decisão jurisdicional, em tais hipóteses, acaba por modificar os efeitos propostos por uma lei elaborada pelo Poder Legislativo, mecanismo, em tese, representante do povo, ou, até mesmo, recusam sua aplicação, gerando, dessa forma, uma perda de eficácia.



Consoante a estes entendimentos, depreende-se que os atos decisórios do Judiciário, quando formam precedentes vinculantes, funcionariam como estratégia de exclusão das normas elaboradas pelo Congresso, composto por representantes democraticamente eleitos, em prol da suposta defesa de direitos fundamentais. Ato contínuo, esses atos corroborariam para uma solução definitiva dos dissensos sociais, sem a consagração do debate efetivo sobre o assunto.

Não raro, quando se vislumbra tais disputas no âmbito social, torna-se inviável que a resposta da problemática seja realizada sem a participação popular. É precisamente na busca pelo acordo entre os dissensos em que se molda a imperatividade necessária, através do debate das razões defendidas por todas as partes.

Portanto, em observância às visões anteriormente descritas, em uma resposta à tensão entre a democracia e o constitucionalismo, nota-se que a definição do agente que irá exercer o controle abordado poderá transitar por dois meios hegemônicos, quais sejam o judicial e o político. É imbuída dessa noção que cumpre trazer à baila o seguinte comentário:

[...] a enorme variação institucional em relação a que órgãos podem exercer o controle, e em que momento, é o fator mais ilustrativo de que se trata de decisão baseada em considerações de conveniência e oportunidade, não de decorrência supostamente lógica da rigidez e supremacia constitucional (SILVA, 2021, p. 564).

Resta saber, então, qual dos modelos mais se adequa à compreensão da democracia radical, conforme os termos traçados por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe.

2.3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A DEMOCRACIA RADICAL

Inicialmente, é precípua destacar que nenhum dos principais teóricos da democracia radical se debruçou propriamente a respeito das instituições e suas definições no desenho democrático, muito menos traçou limites de ações para cada um dos poderes definidos pela teoria de sua separação. Assim, o presente tópico irá realizar um exercício imaginativo, a partir do uso das bases da democracia radical, delineando quais as possíveis repercussões de sua adoção no tocante às instituições e ao controle de constitucionalidade.



2.3.1. A possibilidade de justificação do *judicial review* a partir da democracia radical

Em primeiro lugar, é uma tarefa inviável desvencilhar a democracia do direito, haja vista que este último é o meio pelo qual as salvaguardas dos indivíduos são declaradas. Sob a égide dessa noção, para a democracia radical, a Constituição, como carta de direitos, distancia-se dos debates acerca da legitimidade, atuando não apenas como um texto morto a ser interpretado, mas sim, como uma operação contínua, de alterações e criações constantes.

Tendo isso como pano de fundo, a atividade jurisdicional funcionaria como um meio de formação de direitos, principalmente nas hipóteses em que são verificadas certas falhas democráticas no que diz respeito ao sistema representativo.

No momento em que a postura ativa do Poder Legislativo, por intermédio de seus representantes, distancia-se dos compromissos traçados por aqueles que os elegeram, não remanesçam opções variadas para que estes os obriguem a manter o comprometimento realizado no momento das eleições. Assim, nessa conjuntura, a produção de efeitos pelo Poder Judiciário não assumiria uma caracterização antidemocrática, mas, pelo contrário, estabeleceria a possibilidade de manutenção e aplicação dos direitos delineados constitucionalmente, de forma a atender as demandas sociais.

Sobre isso, cabe mencionar a exposição elaborada por Trindade, De Marco e Moller (2020, p. 30) acerca da matéria:

Outros meios mais indiretos de alcançar a democracia foram buscados: os contrapoderes, formas de desconfiança frente à democracia representativa. O primeiro foi o poder de controle (vigilância, denúncia e qualificação); o segundo, de sanção e obstrução; a terceira forma de contrademocracia é o aumento do poder do povo-juiz, marcado principalmente pela judicialização da política, causado pela passividade do governo diante das demandas sociais. O direito acaba ganhando via judicialização o discurso necessário para desvelar as relações de poder na sociedade. A judicialização ganha forma metapolítica considerada superior às eleições porque produz resultados mais tangíveis. Assim, manifestações contrademocráticas são modos de superar a democracia eleitoral-representativa. A contrademocracia é social pois é uma força material, resistência prática, reatividade direta, já a democracia eleitora obedece ao ritmo lento das instituições.

Um outro argumento, nesse ínterim, seria que a aplicação e desenvolvimento dos direitos não deve incumbir, unicamente, aos atores extrajurídicos. Essa visão, inclusive, aparenta ser problemática. Nos termos da crítica elaborada por Unger

(1996, *passim*), a adversidade relacionada a esse pensamento é concernente ao abandono da tarefa de pensar as medidas apropriadas para o restabelecimento do direito, seja a curto ou a longo prazo. A consequência disso, para o teórico, é que o direito deixa de servir como fonte de imaginação institucional e que impossibilita o surgimento de propostas de arranjos institucionais mais promissórios que aqueles existentes, justamente para promover a promessa transformadora na realidade.

Em suma, a adoção dessa ideia impediria a consecução do cerne da democracia radical, vez que não permite a transformação da esfera pública informal e do sistema formal da democracia por meio de conexões e arranjos na resolução de questões políticas que versem sobre direitos, principalmente quando adotados mecanismos de participação popular no processo decisório, como a implementação de um constitucionalismo fraco/débil, caracterizado pela promoção da participação e do diálogo de massas no contexto da reforma constitucional ou a adoção de programas de revisão constitucional ou de substituição. De tal modo, o Judiciário poderia servir, como uma das principais instituições, para transformar as estruturas de poder.

2.2 UM POSSÍVEL CONTRAPONTO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO PODER JUDICIÁRIO

No entanto, essa visão explicitada anteriormente corresponderia, exclusivamente, aos casos em que as garantias mínimas políticas houvessem sido ameaçadas, não sendo possível ampliar o controle de constitucionalidade forte a situações diversas. Isso porque o controle de constitucionalidade promove o consenso como uma maneira de solução, racionalizando o processo de construção da decisão.

Entretanto, Mouffe (2015, *passim*) assume que as organizações democráticas não devem superar as divergências políticas por meio da eliminação do conflito, mas promover uma sociedade em que todos os pensamentos possam ser defendidos de forma legítima. Desse modo, os adversários políticos, independentemente do grau de divergência existente, devem ser vislumbrados como integrantes legítimos da mesma sociedade, integrando, logo, o fenômeno político do agonismo, isto é, “[...] uma relação nós/eles em que as partes conflitantes, embora reconhecendo que não existe nenhuma solução racional para o conflito, ainda assim reconhecem a legitimidade de seus oponentes” (MOUFFE, 2015, p. 19).

Por essa razão, o controle de constitucionalidade seria apartado da democracia radical, justamente por privar, em grande parte, a possibilidade de construção



de uma arena que estabelecesse discussões agônicas sobre o político. Como interpretado por Kozicki (2000, p. 112), no modelo de democracia radical-plural “o direito e os direitos, sempre estão sujeitos a uma intrínseca abertura de sentido, não havendo jamais um supremo juiz que lhes possa outorgar um sentido definitivo”.

Dessarte, uma performance mais incisiva do Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, poderia mitigar a relação permanente entre o poder constituinte e a democracia, na medida em que “[...] ambos reforçam um ao outro em seu compromisso com a noção de que pode e deve haver uma participação em massa, direta e contínua no processo de elaboração da constituição” (HUTCHINSON, COLÓN-RÍOS, 2013, p. 8)⁵. Sendo o processo de elaboração decidido por alguns juízes togados, sem a oitiva dos desacordos ecoados na sociedade, poder-se-ia definir tais decisões como antidemocráticas.

É com base nessa concepção que Mouffe tece uma crítica às visões procedimentalistas e liberais da democracia, a exemplo das matérias elencadas por Rawls e Dworkin:

Isso demonstra que procedimentos somente existem como um conjunto complexo de práticas. Essas práticas constituem formas específicas de individualidade e identidade que tornam possível a aliança quanto a procedimentos. É porque elas estão inscritas em formas compartilhadas de vida e acordos de valores que procedimentos podem ser aceitos e seguidos. Eles não podem ser vistos como regras criadas com base em princípios e posteriormente aplicadas a casos específicos. Regras, para Wittgenstein, são sempre atalhos para práticas, que são inseparáveis de específicas formas de vida. Assim sendo, a distinção entre o procedimental e o substancial não pode ser tão clara e precisa como muitos liberais gostariam que fosse. No caso da justiça, por exemplo, isso significa que alguém não pode – como muitos liberais fazem – aceitar a ideia de justiça material e justiça formal sem reconhecer que a justiça formal/procedimental já pressupõe ela própria a aceitação de alguns valores. É a concepção liberal de justiça que afirma a prioridade do direito sobre o bem, mas esta já é a expressão de uma noção específica de bem. A democracia não é somente uma questão de estabelecer os procedimentos corretos, independentemente das práticas que tornam possíveis formas democráticas de individualidade (MOUFFE, 2004, p. 385-386).

O trâmite judicial, no controle de constitucionalidade, por não observar as formas democráticas de individualidade e identidade, constituiriam, dessa forma, o processo decisório menos adequado à resolução de demandas comuns e extensivas à coesão social-constitucional mínima.

5 No original: “[...] they both reinforce each other in their commitment to the notion that there can and should be mass, direct and continuing participation in the constitution-making process.”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou tecer algumas considerações acerca da relação entre o constitucionalismo e a democracia a partir da teoria da democracia radical e do instituto do controle de constitucionalidade. Mediante um exercício criativo de compreensão, foi possível elencar o papel da jurisdição constitucional como mister, todavia, desde que fundado no pressuposto de uma sociedade democrática, utilizando-se dos instrumentos de debate e participação popular, nas hipóteses de um controle de constitucionalidade forte concernente à violação de direitos e ao mínimo político.

Nas situações de atuação do Judiciário que se afastam dessas prognoses, o ideal, a partir de uma concepção emancipadora da cidadania, seria decidir as questões que surgem através da emergência de arenas agonistas. A última palavra deve pertencer aos membros da comunidade política, eis que promoventes do poder constituinte de maneira contínua. Contudo, sem possuir uma pretensão de uma solução final, de um consenso imutável atinente ao conteúdo das normas constitucionais.

Em síntese, Mouffe (2005, p. 4) aponta que a democracia liberal requer sucesso no tocante às regras do jogo, mas também demanda a constituição de identidades coletivas que girem em torno de posições certamente diferenciadas e a possibilidade de escolha dentre alternativas reais. Nessa perspectiva, o “pluralismo agonístico” é elemento constitutivo da democracia moderna e, ao invés de vislumbrá-lo como ameaça, o que se deve é percebê-lo como representante da própria condição de existência de tal democracia

Exsurge disso que a conexão entre direitos, democracia e constitucionalismo sempre será um debate complexo, uma vez que tais elementos irão conviver em uma tensão inevitável e constitutiva de sua interação. Assim sendo, no eixo definido pela democracia constitucional e pelo controle de constitucionalidade, este último nunca atingirá um consenso permanente e a jurisdição não poderá ser declarada como a instituição a que incumbe esta última palavra, na maior parte das vezes, mas sim os locais de pluralismo agonístico.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernado (org.). *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Heidelberg: Springer, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.
- COLÓN-RÍOS, Joel I.. *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON; James. *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HUTCHINSON, Allan; COLÓN-RÍOS, Joel I.. Democracy and Revolution – an enduring relationship. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*, v. 3, n. 5, pp. 1-18, 2013.
- KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista: por uma política democrática radical*. São Paulo: Intermeios; Brasília: CNPq, 2015.
- MOUFFE, Chantal. *The return of the political*. London: Verso, 2005.
- MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política & Sociedade*, v. 2, n. 3, pp.11-26, 2003.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. *Dossiê Democracias e Autoritarismos*. Curitiba, v. 1, n. 25, p. 11-25, 2005.
- MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- MOUFFE, Chantal. *Teoria política, direitos e democracia*. Trad. Katya Kozicki. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo horizonte: Forum, p. 380- 392, 2004.
- SCHMITT, Carl. Democracia e sistema parlamentar. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, pp. 23-32, 1996.
- SHAPIRO, Ian. A democracia. In: SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245-291.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

A HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS SUBCOTAS RACIAIS

*Arthur Procópio Barbosa dos Santos**

SANTOS, Arthur Procópio Barbosa dos. **A Heteroidentificação como Instrumento de Efetivação do Objetivo Constitucional das Subcotas Raciais.** 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2022.

Objetivo: compreender como as comissões de heteroidentificação desempenham papel central na efetivação dos objetivos constitucionais intrínsecos à Lei 12.711/2012. Método: O trabalho foi realizado por meio de revisão bibliográfica do tipo qualitativa, de caráter exploratório e do tipo documental. Resultados: as cotas raciais são ações afirmativas, criadas em decorrência dos mandamentos constitucionais, calcadas nos objetivos da República e nas garantias fundamentais. Portanto, possui em si a finalidade de política pública de discriminação positiva. Nesse sentido, a fim de que se possibilite a efetivação de tal política pública, constituiu-se as comissões de heteroidentificação, do qual realizam o procedimento de validação da autodeclaração do candidato. Esse procedimento permite a execução de um mecanismo de controle social e cumprimento da finalidade da política pública. Conclusão: Após essa revisão bibliográfica, verificou-se que as comissões de heteroidentificação constituem procedimento necessário ao cumprimento de requisitos de validação da autodeclaração, bem como ao cumprimento da finalidade da política pública de ação afirmativa de subcotas raciais, não obstante, ao atendimento dos anseios constitucionais, conforme entendimento atual e reiterado do Supremo Tribunal Federal (STF).

Palavras-chave: Comissões de Heteroidentificação. Autodeclaração. Cotas Raciais. Subcotas Raciais. Supremo Tribunal Federal.

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).
E-mail: arthur.santos1@estudante.ufla.br.



ABSOLVIÇÃO EM CRIME DE ESTUPRO DEVIDO À FALTA DE PROVAS ACERCA DA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

*Thaís Bertin**

Julgada em 29 de outubro de 2015, a presente decisão refere que o apelante O. A. S. foi condenado pela prática do crime de estupro. Conforme exposto pela denúncia, O. A. S. constrangeu a vítima A. B. M. B., sua vizinha, a ter conjunção carnal, mediante grave ameaça, enquanto ela estava em sua própria residência, sozinha. Apresentados os fatos, sobreveio a sentença condenatória, e após, foi interposto o recurso de apelação em pauta, restando admitido.

Desta forma, as normas jurídicas aplicadas aos fatos são o art. 213 do Código Penal, o qual afirma que “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” e o art. 386, VII do Código de Processo Penal.

A defesa requereu absolvição por ausência de provas acerca da inexistência do consentimento. Nesse caso, o apelante afirma ter mantido relação sexual consentida com a vítima, não se enquadrando na conduta delituosa.

Para a sentença de 1º grau e para a Desª. Ivanira Feitosa Borges, a materialidade do caso foi comprovada pelas provas dos autos, quais sejam: o depoimento da vítima, de relevância especial, o depoimento da sua irmã, que confirmou os fatos narrados na denúncia, o relatório psicológico atestando o retardo mental moderado da vítima, mas que não compromete a sua capacidade de relatar os fatos, bem como o laudo do exame de corpo de delito que atesta a existência de hematomas na genitália da vítima, característico de penetração forçada (estupro). Contudo, para os Desembargadores Valter de Oliveira e Hiram Souza Marques, as provas apresentadas pela acusação não foram suficientes para trazer concretude à assertividade da decisão condenatória proferida em primeiro grau em razão de

*Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da UFSC.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5043268866288264>. E-mail: bertinthais@gmail.com.



não confirmar a falta de consentimento da vítima para a prática do ato; assim, proferiram seus votos em favor do provimento do recurso do apelante.

Trata-se de acórdão firmado entre Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, sob a relatoria da Des^a. Ivanira Feitosa Borges, no qual, por maioria dos votos, decidiu-se por dar provimento ao recurso de apelação que pretendia a absolvição do réu O. A. S. pelo crime de estupro, que havia sido previamente condenado em 1º grau.

Na presente decisão, foi invocado o princípio *in dubio pro reo* para rechaçar a palavra da vítima e as demais provas juntadas ao processo pela acusação, sendo alegado que, embora tenha havido a conjunção carnal com fortes indícios de violência sexual, não seriam suficientes para comprovar se o ato teria ocorrido, de fato, sem o consentimento da vítima. Assim, levando em consideração a presunção de inocência e a impossibilidade de condenação em caso de dúvidas, decidiu-se pela absolvição do réu.

Realizando a análise da decisão, torna-se evidente a necessidade de serem traçados limites entre a possibilidade de uso do princípio *in dubio pro reo* em casos de estupro.

É imprescindível ressaltar a dificuldade processual presente nos casos que abarcam os crimes contra a dignidade sexual, uma vez que, na maioria das vezes, a palavra da vítima é a única possível ferramenta probatória juntada aos autos, haja vista raramente haver testemunhas, além do constrangimento imposto por tal tipo de delito à vítima e as ameaças feitas, que comumente resultam na demora em apresentar os fatos à autoridade competente.

Na esteira da legislação, prevista no Código de Processo Penal, em seu Título VII, estão previstos os meios de prova admitidos em juízo, quais sejam: o exame de corpo de delito, o interrogatório do acusado, a confissão, o depoimento do ofendido e das testemunhas, entre outros. Sob essa ótica, destaca-se que, acerca do caso tratado, o art. 158 do CPP prevê que, sempre que o crime deixar vestígios, é necessário o exame de corpo de delito, além da comprovação de que houve, de fato, resistência por parte da vítima, como proferido por Fernando Capez:

O laudo pericial deve comprovar ainda a violência empregada, pois a mera comprovação da conjunção carnal não é capaz de mostrar a resistência da vítima. Ele deve levar em conta se houve qualquer tipo de defesa, como por exemplo, arranhões no corpo do acusado. (CAPEZ, Fernando, 2020)



Contudo, em casos da prática de atos libidinosos, em que pode não haver a conjunção carnal, e nem testemunhas, ou em caso da apresentação dos fatos posteriormente, o único elemento probatório a ser juntado no processo é o depoimento da vítima, que deve ser tratado de forma diferente em relação aos outros crimes, resultando em uma valoração especial. Como afirma Elvinis Talon:

[...] prova pericial é fundamental para que o Ministério Público conclua pela materialidade da infração. Todavia, nem todos os delitos deixam vestígios. Nesses casos, **a palavra da vítima ganha uma maior atenção e valoração** por parte dos Magistrados e Tribunais. (grifo nosso) (TALON, Elvinis, 2020)

Logo, tendo uma atenção maior ao depoimento da vítima em casos de delitos de violação à dignidade sexual, consoante Cezar Roberto Bitencourt, o critério exigido, passível de verificação, é a coerência entre as suas alegações e a firmeza com que as apresenta. Em caso de dúvidas, deve-se analisar as demais informações juntadas, como os antecedentes do acusado, as inseguranças e contradições no seu depoimento.

Nesse sentido, também assinala Júlio Mirabete, que enfatiza a necessidade de absolvição do acusado em caso de dubiedade acerca da palavra da vítima, quando for o único elemento probatório:

Embora verdadeiro o argumento de que a palavra da vítima, em crimes sexuais, tem relevância especial, não deve, contudo, ser recebida sem reservas, quando outros elementos probatórios se apresentam em conflitos com suas declarações. Assim, existindo dúvida, ainda que ínfima, no espírito do julgador, deve, naturalmente, ser resolvida em favor do réu, pelo que merece provimento seu apelo, para absolvê-lo por falta de provas. (MIRABETE, Júlio, 2019)

Em relação ao *in dubio pro reo*, é evidente que consiste em um princípio lapidar do direito penal e processual brasileiro, já que busca proteger as garantias dos denunciados em face das possíveis arbitrariedades praticadas pelo *juiz inquisidor*, sendo imprescindível a sua aplicação, de igual forma, nos casos de crimes sexuais. Como profere Aury Lopes Júnior, é um “princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância”. Também afirmam Geovano Flor e Guilherme Nucci, acerca da dúvida razoável:

Entende-se como dúvida razoável o fator incerto quanto a culpa do acusado. É, em apertada síntese, a falta de condições plenas de imputar ao acusado a ampla responsabilidade pelo cometimento do delito. O fator incerto, aquele que gera determinada dúvida quanto à existência do ato infracional, bate de



frente com o princípio da presunção de inocência, e por este é plenamente repellido do campo da capacidade de imputação de responsabilidade penal ao acusado. (FLOR, 2016)

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu- e sua liberdade e o direito- dever de o Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando não existem provas suficientes na imputação formulada. (NUCCI, 2020, p. 103)

Portanto, pode-se observar que, nos casos de delitos contra a dignidade sexual, como é o caso que está previsto no art. 213 do Código Penal, o depoimento da vítima deve ter valoração especial, justamente por se tratar de casos em que a prova testemunhal e o exame de corpo de delito, muitas vezes, tornam-se impossíveis de serem juntados.

CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. REVALORAÇÃO DAS PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVO. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima-menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato -, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório.

II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes.

III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (grifo nosso) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 700.800/ RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Diário Judiciário- DJ, 18 abr. 2005).

Outro ponto a ser assinalado acerca dos casos em pauta é que, embora haja uma maciça doutrina, como já demonstrado, acerca da aceitação da argumentação da vítima, há também autores que fomentam o descrédito, em especial nas vítimas do sexo feminino, influenciando, mesmo que de forma tácita, os julgadores, e contribuindo para que ocorra um constrangimento maior ainda, para além da lesão já causada, reproduzindo a revitimização das mulheres que ocupam o polo ativo da ação judicial, sistematizando a agressão sofrida por meio da violência institucional.

Esse fato ocorre pois, além de outros fatores, há a influência e a imposição de certos rótulos às mulheres, contemplando uma sequência de condutas esperadas para as “seguidoras dos bons costumes”, e colocando as outras no barco das



“prostitutas”, de modo que a primeira categoria seria a única merecedora da tutela penal em casos de crimes contra a dignidade sexual, pois além da violência sofrida, haveria a violação da sua reputação e honra.

Nesse sentido, assinalo alguns trechos citados por consagrados autores penalistas, conhecidos pela grande maioria dos operadores do direito:

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e boutades picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrupuloso com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca [...]. (HUNGRIA, Néelson, 1981, p. 82X)

O bem que o dispositivo tem em vista é a virgindade da mulher aliada à inexperiência, que lhe é própria em nosso meio, como também à confiança que, por sua condição biossociológica, vem quase sempre a depositar no homem, em quem espera encontrar apoio e proteção. É a pureza da alma e do corpo da mulher que se tem em vista, atributo necessário à constituição da família, da qual a mulher – quer queiram quer não – é o mais forte esteio. Os bons costumes, entre nós, impõem-lhe essa conduta e, conseqüentemente, nada mais natural do que, então, defendê-la por meio da lei. Todavia, não é apenas em seu nome que a norma atua; existe um interesse social na preservação daquele bem, que condiz com a moralidade pública e com os costumes sãos. (NORONHA, Magalhães, 1976, p. 144)

Somos de parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro de prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se alugar, de comerciar com o corpo, não perde o direito de dispor dele e, conseqüentemente, merece proteção legal. [...] Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece haver grande distância. A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia, arrastará por todo e sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta, há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido. (NORONHA, Magalhães, 1976, p. 102)

A ironia foi também uma das virtudes com as quais Néelson Hungria desarmava opositores, persuadia espíritos em dúvida ou comentava os casos de rotina. Após examinar os aspectos da violência e da grave ameaça no estupro e concluir que, de modo geral, ‘um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente’ arrematou com esta pérola de humor: Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudo-estuprada que o acusado, para conter-lhes os movimentos de



defesa, se servira durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: 'Mas quem foi que conduziu o ceguinho?' E a queixosa não soube como responder. (DOTTI, René, 1999, p. 447)

Pode-se depreender, assim, que as mulheres são constantemente descreditadas, pois como apresentado, de acordo com estes reconhecidos autores, constantemente citados em jurisprudências e tomados por base concisa para formação de pensamento, somente as "seguidoras dos bons costumes", "puras" e "honestas" deveriam ser protegidas pelo direito penal nos crimes de estupro. Ainda, de acordo com Néelson Hungria e René Dotti, uma mulher "adulta, normal e sã" não poderia ser violentada por um só homem.

Logo, mesmo que de forma supostamente velada, hodiernamente a violência é sistematizada quando se trata de crimes contra a liberdade sexual, haja vista a dominação patriarcal registrada e reproduzida nos manuais, tornando a palavra da vítima uma alegação ínfima, dependendo de outros meios probatórios para ser tomada por legítima.

Embora seja de extrema importância a proteção das garantias dos acusados pelo Poder Judiciário, a palavra da vítima é, como assinalado, primordial nos casos em comento. É evidente que urge a análise de todo o conjunto probatório acostado no processo, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo* caso os depoimentos do polo ativo sejam incoerentes e ocasionem incertezas quanto à culpabilidade do réu.

Para além disso, é necessário o reconhecimento de que autores penalistas como Néelson Hungria e Magalhães Noronha, os quais tiveram contribuições imensuráveis para a formação dos operadores do direito, também foram responsáveis pela continuação da reprodução de ideais machistas, que constroem as mulheres dia após dia no Brasil, pondo em cheque suas palavras contra agressores e explicitando a falha da tutela penal em relação às mulheres vítimas de crimes sexuais.

A questão posta para análise no presente comentário gira em torno da possibilidade de, apenas a palavra da vítima, ser suficiente para ensejar a condenação pelo crime de estupro, previsto no art. 213. E, nesse ínterim, pode-se afirmar que, caso o depoimento seja coeso e firme, poderá sim fundamentar a sentença condenatória.

Ante o exposto, retomando ao recurso de apelação objeto deste comentário, é evidente que a decisão passa a ser inteiramente questionável do ponto de vista legal. Deprendendo-se que somente a palavra da vítima já é elemento suficiente para condenação, em um caso onde há um amplo conjunto probatório, com exame



de corpo de delito atestando a penetração forçada, a presença de hematomas na genitália da vítima, bem como a prova testemunhal, a decisão mais acertada a ser proferida seria o desprovimento do recurso interposto, mantendo a sentença condenatória.

Todavia, foi invocado o princípio *in dubio pro reo* sem nenhum respaldo concreto, apenas amparado na alegação de que a palavra da vítima se mostrou incoerente em alguns pontos muito específicos, e, dessa forma, não seria possível aferir se houve ou não o seu consentimento. É simples constatar o fato de que o exame de corpo de delito refuta inteiramente tal fundamentação para o provimento do recurso.

Portanto, a decisão analisada não foi amparada legalmente e contraria os entendimentos consolidados na doutrina e na jurisprudência imparcial aplicável ao caso. Somente quando analisada sob o viés dos doutrinadores penalistas previamente citados, os quais afirmam que uma mulher não pode ser vítima do crime de estupro quando o ato for praticado por um só homem, a decisão faz sentido.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. *As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 173/2020, p. 467 – 486, nov. 2020. Disponível em < https://www.academia.edu/44628566/As_mulheres_e_os_penalistas_representa%C3%A7%C3%B5es_sobre_a_moral_e_os_pap%C3%A9is_sexuais_nos_manuais_de_direito_penal_Garcia_Mariana_Mayora_Marcelo_RBCCRIM_n_173_ > Acesso em: 15 de agosto de 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 700.800/ RS. Relator: Ministro Gilson Dipp. Diário Judiciário- DJ, 18 abr. 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Rondônia (1ª Câmara Criminal). Recurso de apelação 0001338-03.2013.8.22.0022. Relatora: Desª. Ivanira Feitosa Borges. 29 de outubro de 2015. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ro/295458222/inteiro-teor-295458232> > Acesso em: 24 de julho de 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Ed. RT, 1999.



FLOR, Geovano Prudêncio. *A dúvida razoável e o princípio do in dubio pro reo*. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/53826/a-duvida-razoavel-e-o-principio-do-in-dubio-pro-reo> > Acesso em: 24 de julho de 2022.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V, arts. 121-136.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; LACERDA, Romão Cortes. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. VIII, arts. 197-249.

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

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. v. 2 – Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 3.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TALON, Elvinis. *A palavra da vítima no processo penal*. 2018. Disponível em: < <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/572157833/a-palavra-da-vitima-no-processo-penal> > Acesso em: 24 de julho de 2022.

FARIAS, Gilmar Ferreira de. *Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os possíveis riscos de condenação*. 2021. Disponível em: < <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/palavra-da-vitima> > Acesso em: 24 de julho de 2022.



A HETEROIDENTIFICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO CONSTITUCIONAL DAS SUBCOTAS RACIAIS: ANÁLISE DE ANULAÇÕES DE DECISÕES DAS COMISSÕES DE HETEROIDENTIFICAÇÃO

*Arthur Procópio Barbosa dos Santos**

INTRODUÇÃO

As Leis 12.711/2012 e 12.990/2014 instituíram respectivamente as subcotas raciais, no âmbito da entrada no ensino superior quando da proveniência do aluno de escola pública e as cotas raciais no âmbito dos concursos públicos federais. Nesse sentido, passou-se a realizar o procedimento administrativo denominado heteroidentificação ou heteroatribuição, que consiste na convalidação da autodeclaração racial realizada pelo candidato.

Em relação à heteroidentificação, o procedimento foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, na ADPF 186, bem como na ADC 41 em 2017. Na primeira, o tribunal analisou tanto a constitucionalidade das cotas – que, à época ainda não havia se tornado política pública por meio de lei federal – quanto a constitucionalidade do procedimento de heteroidentificação, no âmbito do ingresso no ensino superior. Na época, o tribunal, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade de ambos.

Em 2017, ambos os questionamentos – a cota e a heteroidentificação voltam à discussão da corte suprema, com a diferença de que o contexto era direcionado aos concursos públicos federais. Logicamente, por coerência do próprio entendimento já desenhado pela corte, entendeu-se, novamente, pela constitucionalidade de ambos.

Apesar disso, mesmo após o reiterado entendimento do STF, pode-se encontrar decisões que vão de encontro à superação do tema pela suprema corte. Foram

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA).
E-mail: arthur.santos1@estudante.ufla.br



elencadas três dessas decisões, que ganharam forte notoriedade nas mídias, devido à explícita contrariedade ao entendimento do STF, trazendo a possibilidade de insegurança jurídica. No intuito de analisar as fundamentações dessas decisões, bem como incitar a discussão sobre o tema, uma vez que a Lei 12.711/2012 será objeto de revisão, é que se realiza o presente trabalho.

2. UFSM EM 2015

A seleção dessas decisões se dá devido a notoriedade que tomaram ao contrariar as comissões de heteroidentificação. A mais antiga dentre as selecionadas trata-se de um mandado de segurança interposto contra a Universidade Federal de Santa Maria, pedindo pelo “reconhecimento da autodeclaração”. O pedido foi deferido e a sentença trata da apelação feita pela UFSM contra a decisão em primeiro grau. A sentença que termina por extinguir o processo sem exame do mérito é fundamentada pelo Relator Desembargador Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle.

Para o relator, o Estado estaria realizando o que ele denominou de “seleção racial” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000923-98.2015.404.7102/RS, p. 3, 2015) e a heteroidentificação seria inconstitucional, pois que “ainda que não haja elementos de má-fé dos agentes públicos, sua conduta deve ser prontamente barrada, impondo-lhes os limites postos pela própria Constituição”. A fundamentação do desembargador é construída com elementos que criticam a intervenção estatal na “seleção racial” dos seus “súditos”. Segundo ele

Não se questiona aqui a constitucionalidade do sistema de cotas, afirmada de forma definitiva pela Corte Suprema, mas a utilização de metodologias indignas na sua efetivação. Diz que o Estado, por razões tidas por legítimas pela Suprema Corte, pode favorecer grupos sociais 'historicamente desfavorecidos', não significa autorizar que possa, na implantação de tal política, ultrapassar as barreiras do digno e mergulhar num assustador sistema de seleção racial, da competência de juntas administrativas (grifo do autor) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000923-98.2015.404.7102/RS, p. 4, 2015).

Percebe-se, no entanto que o relator, apesar de citar a decisão do Supremo Tribunal Federal, desconsidera que essa também acolhe a constitucionalidade da heteroidentificação, concomitantemente. Ainda, decide que “ultrapassa as barreiras do digno”, contudo, não comprova tal afirmação, nem pela legislação, jurisprudência ou doutrina.



Denota-se, portanto, que não houve fundamentação a respeito da possibilidade de anulação do ato administrativo, uma vez que em momento algum a sentença trata de questionar a legalidade do ato, o que autorizaria a hipótese de intervenção pelo Judiciário. Nesse sentido, não há que se falar em anulação da decisão da comissão, posto que não fora vislumbrado em momento algum vício no ato.

3. UFRGS EM 2020

A partir dessa seção e a seguinte, o cenário jurídico já contava cronologicamente com duas decisões do STF (ADPF 186; ADC 41) que reiteram entre si a constitucionalidade dos procedimentos aqui tratados, quais sejam da realização de heteroidentificação como procedimento conjunto da autodeclaração no momento de efetivação de inscrição de candidatos ao ensino superior ou a concurso público federal que optaram pela reserva de vagas constituída pelas Leis nº 12.711/2012 e 12.990/2014. No entanto, pela presente razão da realização do trabalho, a jurisprudência permanece não pacificada no sentido de aceitar a constitucionalidade da heteroidentificação e, ainda, de compreender que se trata de ato administrativo.

A ação de número APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS será tratada em dois momentos, posto que interessa a análise dos argumentos utilizados nos dois momentos processuais, quais sejam o indeferimento do pedido em juízo de primeiro grau e a posterior procedência do pedido quando remetido ao segundo grau.

No pedido, a autora alega que o procedimento de heteroidentificação é ilegal, alega ainda que não é “minimamente plausível” que seu irmão tenha sido aprovado na mesma universidade, na mesma modalidade de reserva de vagas. A juíza federal Ana Maria Wickert Theisen em decisão detalhadamente fundamentada entendeu que a heteroidentificação não se constitui como procedimento ilegal, vez que recepcionado constitucionalmente e ainda explica:

entendo que tal critério se mostra justificado, visto que, normalmente, é a aparência do indivíduo que atrai para si atitudes sociais discriminatórias, o que permite a adoção da avaliação das suas características físicas como o critério mais adequado para autorizar a concorrência às vagas reservadas. Não se pode negar que a sociedade analisa e discrimina a partir da aparência dessa ou aquela etnia e isso é refletido na política de quotas. Trata-se de estabelecer, a partir do exame das características étnicas mais evidentes (fenotípia) se o candidato se inclui como beneficiário da política de quotas raciais (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 6)



A magistrada traz em sua fundamentação o ponto suscitado no presente trabalho, qual seja do caráter de ato administrativo, quando argui que é inviável a interferência do Poder Judiciário no mérito do ato, ou seja, como o ato deve se dar. Ao mesmo tempo, ressalta que “não se vislumbra qualquer dos vícios capazes de invalidar a não confirmação da matrícula da parte autora, visto que a Administração não desbordou do campo que lhe é reservado à avaliação dos fatos e à correspondente decisão administrativa (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.7)”.

Por fim, em relação à alegação de que deveria ser aprovada pelo fato de o irmão ter sido aprovado, restou demonstrado que à época da aprovação do irmão, a Universidade não havia adotado o sistema de heteroidentificação, valendo-se tão somente da autodeclaração, condição que foi vinculada à heteroidentificação no edital do qual se valeu a autora para inscrever no processo seletivo.

Em um segundo momento, a impetrante recorre da decisão de primeira instância e consegue procedência em seu pedido, ensejando a anulação da decisão da comissão de heteroidentificação. Parte-se para a análise da decisão de segunda instância, pela perspectiva da fundamentação utilizada para conferir validade à decisão. A decisão será analisada primeiramente pelos votos favoráveis, quais sejam do Desembargador Rogerio Favreto e da Relatora Desembargadora Vânia Hack de Almeida e, posteriormente, do voto contrário proferido pela Desembargadora Marga Barth Tessler, que teceu raciocínio similar ao da juíza de primeiro grau, do qual fazem jus aos expostos trazidos no presente trabalho.

O voto favorável foi realizado pela Des.^a Vânia Hack, que foi seguida pelo Des. Rogerio Favreto. Nele, é reconhecida a constitucionalidade do procedimento, contudo, para os desembargadores se tratou de caso em que a identidade da autora se encontra “nas zonas de certeza positiva e nas zonas de certeza negativa sobre a cor (branca ou negra) do candidato” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.8). Baseando-se nas fotos anexadas pela autora, considerou-se suficiente para o estabelecimento da “dúvida”. Citando a própria decisão do STF na ADC 41, argumentam que,

em que pese os traços fenótipos serem critérios primordiais para a aferição da validade da autodeclaração, não se olvida que a primazia da autodeclaração busca justamente assegurar ao indivíduo que, ainda que não detenha traços externos marcantes, tenha experimentado os efeitos nefastos do preconceito racial durante seu desenvolvimento humano. Não se está a admitir, como não se admite pela legislação, que a hereditariedade seja critério subsidiário a tanto. Mas que, em hipóteses para as quais os traços fenótipos sejam objeto de



controvérsia, é dizer, que a heteroidentificação realizada pela Administração vá de encontro ao conteúdo da autodeclaração do candidato, seja permitido que este demonstre que, a despeito da controvérsia concreta acerca da fenotípia (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p.8)

Deve-se trazer aqui que a ADC 41/STF entende que, “quando houver dúvida razoável sobre o seu fenótipo, deve prevalecer o critério da autodeclaração da identidade racial (2012, p. 64)”. Tal entendimento, no entanto, deve ser tido como uma orientação à Administração Pública quando da adoção da política de reserva de vagas, sendo motivo ainda maior para a adoção do procedimento de heteroatribuição. Mais adiante, afirma-se que “embora as dificuldades inerentes à aferição do componente étnico-racial existam, dada a ampla zona de incerteza envolvida, elas por certo não invalidam a alternativa por ações afirmativas de recorte racial (2012, p. 82)”. Ainda, há que se falar que, quando da constatação da existência de dúvida razoável, a própria Administração Pública deve corrigir o ato, conforme mandamento do art. 55 da Lei 9.784/1999 (BRASIL, 1999), bem como pelo amplo entendimento doutrinário a respeito da possibilidade ora levantada (PIETRO, 2021, p. 252; SPITZCOVSKY 2022, p. 437).

Ademais, ao argumentar sobre a dúvida em relação à identidade racial da autora, afirmam que puderam constatar sobre a condição de parda da candidata pela análise de fotos, como demonstrado abaixo:

O conjunto fotográfico da conta da ancestralidade negra da família de LARA o que, somado ao fato de seu irmão bilateral já ter sido aceito na mesma universidade pelo sistema de cotas, confirma seu direito a, na qualidade de pessoa parda em razão de características fisionômicas apresentadas (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 8)

Tem-se, como na decisão anteriormente analisada, a supressão dos requisitos eleitores de anulabilidade do ato administrativo. Os desembargadores entenderam pela “qualidade de pessoa parda” da autora. O problema reside no fato de que o procedimento de heteroatribuição é ato administrativo e, portanto, não pode ser emanado do Poder Judiciário. Ao afirmar que a candidata possui condição de parda pelo conjunto fotográfico, os desembargadores não fundamentam a necessidade de anulação do ato, tampouco exigem a correção pela Administração Pública, apenas interpelam o ato administrativo e impõem que a matrícula seja deferida, sem comprovar que o ato fora viciado.

Resta realizar análise quanto ao voto contrário proferido pela Des.^a Marga Barth Tessler, da qual sintetiza seu entendimento quando afirma que



A Comissão da UFRGS é composta por 16 membros, entre elas pessoas com qualificação técnica em antropologia e sociologia, e esta magistrada, isoladamente e subjetivamente, não tem condições de dizer se alguém é pardo ou não. O certo é que a autora não obteve nenhum voto, nem dos discentes negros. Não houve ilegalidade. A Comissão atuou com autonomia e utilizando seus critérios com justificativa (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022677-97.2018.4.04.7100/RS, 2018, p. 9-10).

O entendimento pronunciado pela desembargadora faz jus ao defendido nesse trabalho, vez que compreende que o procedimento realizado pela comissão de heteroidentificação, por se tratar de ato administrativo, não deve sofrer interferência sem a constatação de ilegalidade.

4. UFMG EM 2021

Em pedido feito por meio de tutela antecipada antecedente, o juiz Vinicius Magno Duarte Rodrigues concedeu pedido feito pelo requerente de concessão de procedimento de matrícula e, ainda, entendeu pelo não preavalecimento da conclusão da comissão de heteroidentificação que invalidou a autodeclaração. O magistrado fundamentou arguindo que “diante das fotos acostados aos autos pelo autor, a condição de candidato pardo restou suficientemente demonstrada, caracterizando, assim, o erro grosseiro, constatável à primeira vista, apto a justificar a excepcional intervenção do Poder Judiciário (PROCESSO: 1034488-10.2021.4.01.3800, 2021, p. 7)”.

Ocorre que, além de não competir ao Judiciário o procedimento de validação da autodeclaração, que deve ocorrer por meio da heteroidentificação, de igual forma nas decisões acima analisadas, preteriu os requisitos que justificam a anulação do ato administrativo, afirmando apenas que o ato constituiu “erro grosseiro”. Contudo, como já explicitado nas seções anteriores, a consideração da existência de erro grosseiro não importa condição necessária a anulação do ato administrativo, sendo que não fora colocado a prova a existência de ilegalidade no procedimento. Além disso, mesmo que o ato fosse viciado, conforme já defendido no texto presente, não caberia a chegada da conclusão de que o candidato seja apto à reserva de vagas, devendo o procedimento ser revisto pela Administração Pública (PIETRO, 2021, p. 252; SPITZCOVSKY 2022, p. 437; BRASIL, 1999).

O que se depreende da análise dessas sentenças é que os magistrados ignoram que o ato de heteroidentificar realizado pelas comissões, seja no acesso ao



ensino superior ou em concursos públicos federais, este se trata de ato administrativo. As decisões contêm fundamentação que ora considera inconstitucional o procedimento, ora considera constitucional, contudo, ignora que se trata de ato administrativo e defere anulação sem comprovação da existência de vício a ser eivado. Ainda que fosse o caso de ato viciado, o art. 55 da Lei 9.784/1999, bem como o entendimento doutrinário apresentado acima, aduz que a própria Administração deve corrigir o ato, em se tratando de vício sanável. Depreende-se, portanto, que as três decisões aqui trazidas são inconstitucionais e, ainda, ilegais, por não se aterem aos princípios constitucionais, nem à legislação ordinária, suprimindo requisitos necessários para a eleição da possibilidade de intervenção judiciária.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Diário Oficial da União, Brasília, DF.
- BRASIL. *Lei Nº 12.711, de 29 de Agosto de 2012*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, agosto de 2012.
- BRASIL. *Lei Nº 12.990, de 9 de Junho de 2014*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, junho de 2014
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª região). *Tutela antecipada antecedente nº 1034488-10.2021.4.01.3800*. Requerente: Felipe Magalhães Bambirra. Requerido: Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz: Vinicius Magno Duarte Rodrigues. Belo Horizonte, 8 de junho de 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Agravo de instrumento nº 5007081-38.2015.404.0000*. Agravante: Universidade Federal de Santa Maria. Agravado: Bianca Serena de Moraes. Relator: Luís Alberto d Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). *Apelação Cível nº 5022677-97.2018.4.04.7100*. Apelante: Lara Tomazzini Rosa. Apelante: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Apelado: os mesmos. Relatora: Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida. Porto Alegre, 9 de outubro de 2019.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Editora Forense, 2021.
- STF. *Ação Declaratória se Constitucionalidade 41*. Relator: Min. Roberto Barroso. 08/06/2017.
- STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26/04/2012.



ADR, ODR E PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO: QUAL MEIO É MAIS EFICAZ PARA A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS?

Jéssica Bruna Silva Lima Luz*

Yandra Sofia Trindade Santos*

DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Curso de direito Processual Civil**. Vol. 1, 14^a ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

Com fulcro no livro “Curso Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e parte de conhecimento”, doutrinada por Freddie Didier (2012), para acionar o judiciário, seja para solucionar conflitos ou homologar direitos, é necessário que o cidadão detenha o poder de ação e enfim possa promover um processo em pauta do que deseja. Dessa forma, pode-se entender a ação como um poder/direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, sendo ela subjetiva, visto a possibilidade de escolha em alguns casos específicos de direitos violados. Nessa perspectiva, o processo é o instrumento utilizado para provocar o judiciário e assegurar o poder/direito. Partindo desse pressuposto, o livro “Teoria Geral do Processo: com comentários sobre a virada tecnológica processual” escrito por Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron, lançado em 2020; objetiva trazer conceitos basilares sobre o processo.

* Graduada em Direito na Universidade do Estado da Bahia, Campus XX Brumado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1569331044141998> E-mail: jessicabruna82@outlook.com.

** Graduada em Direito na Universidade do Estado da Bahia, Campus XX Brumado. Integrante ativo do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA/UNEB/Cnpq) e da Liga Acadêmica de Processo Civil (LAPROC/UNEB). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6051826951926826>. E-mail: santos.yst@gmail.com.

Justificativa: A presente resenha tem por objetivo analisar a obra “Teoria Geral do Processo: com comentários sobre a virada tecnológica processual”, escrito por Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Quinaud Pedron, e apresentar as reflexões profundas acerca dos benefícios, maléficos e impasses na implementação dos modelos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, são eles: as Técnicas Alternativas de Conflitos (ADR’s), Resoluções de litígios online (ou ODR’s) e o Processualismo Constitucional Democrático. Para tanto, trará brevemente uma contextualização histórica que culminou em cada modelo, bem como suas respectivas definições.



Os autores buscaram como enfoque o público que almeja aprofundar no tema em tela, porque compreender como funciona o rito processual contribuirá veementemente numa orientação de como reivindicar do Estado seus direitos fundamentais. Com isto, eles trazem uma proposta com linguagem acessível e profunda nas discussões que culmina tanto no entendimento de quem compõe a categoria de graduandos em direito, quanto por interessados que não fazem parte do campo jurídico. Isso se dá pelo fato dos autores possuírem propriedade para tal feito. Além do exposto, logo após o lançamento, tornou-se uma obra crucial para os juristas interessados neste debate contemporâneo, a fim de transformarem o ambiente jurídico em um espaço mais democrático na legitimação de direitos.

Alexandre Bahia é doutor em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBMEC) e professor universitário de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC de Belo Horizonte. Outrossim, Dierle Nunes, também doutor, é integrante fundador do Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), integrante da International Association of Procedural Law, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IBDP), Instituto Panamericano de Derecho Procesal; além de atuar como professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC) e na UFMG. Já o doutor Flávio Quinaud Pedron, compõe o quadro docente no programa de Mestrado em Direito da UniFG (Bahia), é professor adjunto da PUC-Minas e membro do IBDP, da ABDPC, da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

A obra é dividida em quatro partes, são elas: (I) reconstrução da ciência processual, (II) teorias da jurisdição, (III) teoria da ação e (IV) teoria do procedimento. No entanto, devido a sua extensão, a presente resenha limita-se aos pontos mais relevantes do capítulo 2. Destarte, os tópicos analisados resgatam algumas fases processuais adotadas pelo Estado brasileiro desde 1980 com a abertura econômica às políticas neoliberais de mercado somente elencadas a partir da década de 90 - nos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso -, de maneira que influenciou o uma reforma na dimensionalidade processual e até o movimento de democratização processual.

Ante o postulado, entende-se que as engrenagens geradoras da teoria geral do processo, seja ele cível ou criminal, relaciona-se a uma análise histórica da América Latina, por isso, deve-se destacar seus aspectos políticos, sociais, culturais e econômicos. Em evidência, os autores abordam que no contexto brasileiro vê-se a construção política e jurídica do Estado relacionado com a preeminência do personalismo



e clientelismo, fruto das políticas econômicas neoliberais defensoras do privatismo das esferas públicas. Para Bahia et al, “a síndrome de privatização da cidadania, desse modo, no Brasil (e, talvez, em outros países em desenvolvimento) faz com que a busca da socialização padeça de dificuldades” (BAHIA et al, 2020, p. 106.)

Os autores trazem um rico arcabouço teórico, o que contribui bastante no aprofundamento do tema abordado. Na visão de Nelson Saldanha - um dos autores citados -, o problema inicia com o não entendimento da “coisa pública” no Brasil Colônia e perdura hodiernamente. De forma costumeira, há no Brasil o personalismo de comparar o público com o privado e dimensionar a igualdade em formas privadas e não públicas, corroborando com o ideário cidadão de padecimento em práticas sociais, bem como confusões de instituições com pessoas físicas. Em contraponto, existe uma falta de confiabilidade nos serviços públicos dada a sua ideia de insuficiência. Este personalismo está presente em países latinos e foi um dos responsáveis pela aderência à tendência neoliberal processual na década de 1990.

Vale salientar que em face ao processo de globalização, a interferência norte-americana na América Latina, a pressão do FMI juntamente com o Banco Mundial e a ascensão dos acordos no Consenso de Washington, culminaram na aderência de reformas que visavam a estabilização monetária e o pleno estabelecimento das leis de mercado em países Latino, a exemplo, o Brasil. Assim, reforçaram o discurso do fundamentalismo de livre mercado e promoveram a supressão da crença na solidariedade, justiça e igualdade por valores morais.

Destarte, ao pensar nas políticas neoliberais, as quais se interessam por uma autonomia jurisdicional para a defesa da economia de mercado e de quem a controla, surge a necessidade de um modelo processual que garantisse o direito à propriedade. Desse modo, essa tendência econômica começa a reformar bruscamente o campo do direito processual, na medida em que propõe a execução de um esquema de resoluções de conflitos - sejam eles grandes ou pequenos-, sistematizado para responder ao mercado, propriedade e a burocratização dos processos. Para isso, a ideia do protagonismo judicial, ativismo jurídico (proatividade do poder), fizeram-se necessárias. Do mesmo modo que, a autorregulação da sociedade se refletiu no sistema judiciário e colocou o cidadão jurisdicional não como um sujeito processual, mas um cliente da “justiça”.

Vale salientar que Bahia et al utiliza-se dessas discussões introdutórias para enfim apresentar seus objetos de estudo, são eles: as Técnicas Alternativas de Conflitos (ADR's), Resoluções de litígios online (ou ODR's) e o Processualismo Consti-



tucional Democrático. Assim, as ADR's, conhecidas como métodos adequados de solução de conflitos, são formas de solução de conflitos reconhecidas legalmente pelo judiciário e intermediadas por um terceiro (árbitro, mediador ou conciliador). Elas podem ser divididas em autocomposição - mediação ou conciliação - e heterocomposição - arbitragem. Madrugada et al (2021) conceitua que a autocomposição é outra maneira de solucionar os conflitos, diferente da convencional, o judiciário, da qual as partes podem fazer uso, se assim quiserem e de forma espontânea encontrar o melhor acordo para solucionar o objeto litigioso, ocorrendo fora ou dentro do processo.

Ademais, o autor caracteriza a autocomposição pela possibilidade de ser conduzida por um terceiro, que pode ou não ter relação com as partes, na conciliação, por exemplo, o conciliador pode sugerir soluções entre as partes por não possuir relação jurídica ou afetiva com os envolvidos, o que diverge da mediação, visto que o mediador apenas "auxilia os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos." (Madrugada et al, 2021, p. 97) A arbitragem, ou justiça privada, é o único desses métodos que se assemelha a jurisdição estatal, pois faz coisa julgada e a decisão final não pode ser revogada se acionado o judiciário, apenas em casos expressos pela lei que a regula, o que diverge da conciliação ou mediação, por exemplo, que pode ter decisões revogadas, se for comprovado a violação de um direito e "injusta" a decisão final. Entende-se que indivíduos que fazem uso da arbitragem optam por ela por reconhecer seu "poder jurisdicional", diferente de alguns casos com mediação ou conciliação, que só a conhecem porque hoje faz parte do rito processual. Ademais, justiça privada caracteriza-se como a intervenção de um terceiro imparcial, que é pago para exercer a função de árbitro, regulada pela Lei nº 9,307/1996 e pelo art. 3º do CPC/15.

Segundo Laura Nader (1994), em seu artigo "Harmonia Coerciva: a economia política dos modelos jurídicos", nota-se que a implementação das *alternative dispute resolutions*, ou Técnicas Alternativas de Conflito (ADR's), foram estruturadas e disseminadas mesmo com a ausência de dados empíricos para demonstrar "sua eficácia como um modo preferencial de resolução dos conflitos, e para combate do uso da litigância estratégica que viabilizava direitos pela via jurisdicional para minorias." (BAHIA, et al. 2020, p. 114-115) Ainda nessa perspectiva, Bahia et al complementa:



No que tange as ADR's é óbvio que as mesmas podem viabilizar uma excelente via de dimensionamento de conflitos quando as partes da autocomposição (ou heterocomposição - arbitragem) possui simetria informacional e de poder negocial. O que se em discussão são os riscos do uso dessas técnicas na grande massa (v.g.) das autocomposições empreendidas em nosso país, nas quais a condução é feita por pessoas despreparadas e existe grande assimetria entre os contentores, que se utilizam do privilégio informacional e de poder para impor a quem não pode esperar ou desconhece todos os riscos e efeitos da autocomposição em ajuste sub-ótimo. (BAHIA, et al. 2020, p. 114-115)

Essa corrente não questiona a legitimidade ou o potencial para resolução de conflitos das ADR's, mas sim, põe em pauta os riscos do uso dessas técnicas “na grande massa”. Pois, no contexto brasileiro, por serem implementadas a pouco tempo, nem todos os profissionais que as utilizam são preparados e compreende a ausência do privilégio informacional de alguns cidadãos, culminando ao “não acesso à justiça” e reforço da ideia “mais produtividade, é melhor”, como sugere as regras do capitalismo. Ainda por viés, Gabbay, Costa e Asperti afirmam que “o objetivo da reforma judiciária foi (...) adaptar o Judiciário às condições da globalização, reduzindo os custos e o tempo dos litígios judiciais para favorecer o crescimento econômico”. (GABBAY et al, 2019, p. 166)

Ainda dentro da ótica neoliberal e das imposições da globalização, há um movimento de virada tecnológica na década de 1990 e com ela vem uma tendência ao emprego de tecnologias no Direito. É nesse sentido que as *Online Dispute Resolution* (ODR) nascem junto com as novas tecnologias, conhecido também como Resoluções de litígios online. Elas trazem uma padronização do direito por meio do algoritmos postos nos aplicativos, tem-se então, 3 características principais: força, independência e eficiência. Em virtude disso, tem-se como consequência uma alta taxa de satisfação entre seus consumidores, visto o fato de esta tendência buscar como resultado a celeridade e a diminuição das custas processuais. Essa celeridade seria positiva se houvesse uma contenção da fragilização do sistema jurídico, um cuidado com as desigualdades existentes nos litigantes e uma fiscalização pública para que os interesses privados das empresas não forneçam apenas dados excelentes de adulteradas eficiências.

Os autores tecem uma crítica a essa ótica de produtividade na perspectiva processual neoliberal. Pois esta, segundo eles, contamina o judiciário nacional. Dessa forma, nota-se sua evidência enfatizada nas posturas dos magistrados do país quando se substitui a busca pública e garantista democrática constitucional por um discurso baseado em concepções funcionais e de eficácia. Essas posturas



adotadas pelo judiciário se sustentam em seu discurso ineficiente, que na verdade está afogado de litigantes estratégicos e oferece uma promessa de mais eficácia no acesso à justiça.

Atualmente no mercado, há a GAFA (Google, Apple, Facebook e Amazon) junto com o Ebay dominando o campo das arbitragens. Outrossim, a capacidade das tecnologias é reduzir esse tempo de espera de uma solução de conflitos quando comparado ao judiciário. Entretanto, por serem programadas com um modelo de resolução, as ODR's não conseguem olhar para um processo reconhecendo suas peculiaridades em detrimento de outrem, já que visa apenas o lucro e a solução, com certo imediatismo. Por isso, dentro do direito, surge a necessidade de outra perspectiva processual que se atenta ao princípio da razoabilidade processual.

Em contraponto a tudo isso, vê-se em meados dos anos 2000 um movimento do pós constitucionalismo, denominado de democratização processual, tal atividade vem pressionando os juízes a terem olhares profundos e cuidadosos para com a resolução dos litígios, em especial na realidade brasileira com o pós promulgação da Constituição Federal de 1988. Sua base está posta em tais elementos: (a) efetiva adoção do processo constitucional, (b) juiz garantidor de direitos fundamentais, (c) interdependência dos sujeitos processuais e (d) processos como garantia de participação e obtenção de direitos. Ademais, Bahia et al afirma:

O denominado processualismo constitucional democrático parte dos macro-modelos de estruturação do processualismo científico (liberalismo processual e socialização processual) centrados em dogmas de protagonismo (das partes e advogados ou dos juízes) para demonstrar que estes não conseguiram resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos sistemas normativos (extremamente complexos) da atualidade. (BAHIA et al, 2020, p. 122)

Outrossim, os autores discorrem sobre o Processualismo Constitucional Democrático, nele, a ideia central é um modelo processual policêntrico de modo a perceber a interdependência de todos os sujeitos judiciais, coloca-se o processo como uma garantia e a Constituição sendo base para o processo de aprendizado social. No entanto, há uma dificuldade a ser enfrentada para eficácia deste modelo, pois tem-se no Estado brasileiro uma crise institucional dos poderes. Esta por sua vez, principal responsável pela sobrecarga política e no judiciário, pois, por mais que o acesso ao Direito seja considerado o acesso à justiça, há uma desigualdade socioeconômica e informacional que fragiliza essa dinâmica. Nesse sentido, a leitura desses tópicos é excelente para quem busca conhecer mais sobre a Teoria



Geral do Processo, matéria na qual se estruturam os princípios fundamentais do Direito processual.

Ademais, pensar em promover uma reforma processual - estilo Fordismo, mais resoluções proferidas de forma célere -, não é garantir o acesso à justiça, é reforçar uma ideia ultrapassada que confunde Justiça com o acesso ao Poder Judiciário. Dito isso, vale ressaltar que o Direito processual é um meio essencial para concretização da eficácia dessa garantia. Além disso, o Direito processual é definido como público, já que há relação intrínseca com a função de jurisdição do Estado. Sendo ela, uma função essencial e que emana da soberania nacional. Seu exercício é comumente direcionado aos magistrados e tribunais, mas também pode ser exercido por órgãos e sujeitos não-estatais, através de formas “alternativas” de resolução de conflitos.

Bahia *et al* pensa o direito processual, sem simplificações de litígios complexos a partir de resoluções simples e padronizadas, seja mecanicamente por algoritmos ou por um molde processual engessado, “de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave” (BAHIA *et al*, 2020, p. 123). Nessa acepção, é necessário lembrar o que é defendido no corpo do Código Processual Civil de 2015: “não se pode mais acreditar que em um Estado Democrático de Direito o Judiciário deixe de julgar casos e passe somente a julgar teses, como lógica de produtividade e eficiência a qualquer custo parece impor” (BAHIA *et al*, 2020, p. 125). Portanto, é função do juiz perceber o cidadão dentro do processo não como um cliente de um serviço que ele presta e sim como uma pessoa gozando de sua personificação jurídica.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre. NUNES; Dierle. PEDRON; Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo: com comentários sobre a virada tecnológica processual*. 1º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. Capítulo 2: Desenvolvimento dos meios de solução de conflitos na história. P. 105-126.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2022.



DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito Processual Civil*. Vol. 1, 14ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GABAY, Daniela; COSTA, Susana; ASPERTI, Maria. *Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa*. Revista brasileira de sociologia do direito, v.6, n.3, set/dez. 2019. p.152-183.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro. *Processo Civil*. Volume único. 13º ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 1.600p.

NADER, Laura. *Harmonia coerciva: A economia política dos modelos jurídicos*. Revista Acervo Combate Racismo Ambiental. Disponível em: <<https://acervo.racismoambiental.net.br/2011/05/09/harmonia-coerciva-a-economia-politica-dos-modelos-juridicos/>>. Acesso em 23 de maio de 2022.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010. Disponível em <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/118>>. Acesso em 21 maio de 2022.



O ADVOGADO NÃO PEDE. ADVOGA: UMA RESENHA DO MANIFESTO DE PAULO LOPO SARAIVA

*Giovana Alencar da Costa**

SARAIVA, Paulo Lopo. **O advogado não pede. Advoga: manifesto de independência do advogado.** 1. ed. São Paulo: Edicamp, 2002.

Dentre as inúmeras qualidades como jurista, o autor, professor Paulo Lopo Saraiva, se posiciona como um “advogado militante” e íntimo defensor da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). É dessa forma que, em sua tese central do “Manifesto de Independência do Advogado”, sustenta a importância do Advogado em relação ao Promotor de Justiça e ao Juiz, haja vista o paradigma implícito de uma hierarquia entre eles no processo.

Segundo o autor, essa hierarquia se escancara quando a própria categoria advocatícia se presta unicamente a postular segundo expressões suplicantes, tal qual fosse o Magistrado exemplo de Providência a quem se pede favores. Em verdade, para Lopo, deve o advogado ressignificar sua atividade: em vez de limitá-la ao ato de pedir (petição inicial), conceber o solene ato de instaurar o processo judicial (termo de instauração de processo judicial).

Em analogia, portanto, os protagonistas da Justiça estão dispostos feito um triângulo equilátero cujos vértices se encontram em igual distância. Assim é a tríade integrada pelo Advogado, Juiz e Promotor, na qual todos são igualmente vitais à administração da Justiça. Posto isso, o autor propõe que a grandeza da OAB, “maior instituição ética brasileira”, seja compartilhada por todos os seus membros, inibindo as relações subordinativas e promovendo as coordenativas. Lopo literalmente invoca a dignidade dos advogados brasileiros para que se recolorem com brio na cena judiciária, honrando todo o percurso histórico da Advocacia e sua função constitucional hodierna.

* Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6840365977770373>. E-mail: giovanalencar@yahoo.com.br.



Impõe-se, de logo, destruir essa linguagem subjugatória, muito ao gosto de certos protagonistas do Direito, que imaginam viver no olimpo. Não há 'petição inicial', mas termo de instauração de processo judicial, enfatiza-se. [...] Que não se ponham mais, nas 'petições iniciais', expressões que tais: 'Nestes termos, peço deferimento'; 'receba, douto julgador, esta súplica' (SARAIVA, 2002, p. 52-53).

Coaduna com isso, além de figurar um dos fundamentos legais da obra, as disposições mandatórias do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei nº 8.906 de 1994 (BRASIL, s.p.), o qual reitera a inexistência de subordinação ao mesmo tempo em que promove a organização de um ambiente digno, propício à advocacia.

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Em obra diversa, vale pontuar, Lopo tece comentários específicos sobre o artigo apresentado, no qual infere uma relação diretamente proporcional, haja vista quanto mais igual e equilibrada a relação magistrado-advogado-promotor, "mais forte se torna a direção ética que o preceito encerra no sentido do relacionamento profissional independente, harmônico, reciprocamente respeitoso e digno." (SARAIVA, 2009, p. 49). Em Lopo, é evidente a representação do advogado como "anjo da guarda" protetor da dignidade da pessoa humana, e, de certa forma, "o *'primus iudex causae'* (primeiro juiz da causa), competindo-lhe a verificação dos excessos hermenêuticos que atinjam a dignidade dos acusados." (SARAIVA, 2015, s.p.)

No final do Manifesto e de forma subsidiária, o autor faz menção a uma proposta ousada: uma parceria entre o judiciário e a advocacia para uma justiça mais célere, na qual seria possível a convocação de profissionais para atuar em posições somente ocupadas mediante aprovação em concurso público. Esta possibilidade, porém, não é o objeto da discussão. Faz-se mister, por outro lado, retornar à tese infeliz de que a advocacia está submissa aos protagonistas da justiça e citar alguns casos a fim de racionalizar as ideias do autor, porquanto o que se espera é a retomada de uma reflexão significativa, tanto à dignidade dos advogados, quanto ao bom funcionamento da justiça.

Nesta senda, em junho de 2022, vale lembrar, o Caso Henry foi novamente prolapado pela mídia brasileira e dividiu não apenas a opinião de juristas, mas também



a pública, quando do desentendimento entre a magistrada e os procuradores do acusado¹. Sem adentrar as razões de mérito, a discussão se iniciou após os advogados se recusarem veemente a se sentarem frente à ordem da juíza, que não prosseguiu os trabalhos. Muito da argumentação favorável aos advogados esteve fundada no art. 7º da Lei nº 8.906, em seu inciso sétimo, o qual permite ao advogado “permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença” (BRASIL, 1994, s.p.). Ainda assim, precípuo é que o leitor tire suas próprias conclusões armado de razoabilidade.

No mesmo sentido, em julho de 2016, o professor Lenio Streck escreveu coluna crítica à realidade dos advogados brasileiros². Para ele, a “Advocacia virou exercício de humilhação e corrida de obstáculos”, enumerando diversos casos de desurbanidade e desrespeito. Na coluna, Streck explica com excelência a questão do promotor, do qual infere: “pior ainda: o Ministério Público, fiscal da lei, nada fez. Quedou-se silente em relação ao requerimento do advogado, ao que sei.” (2016, s.p.) Não são poucos os exemplos e, portanto, não é de difícil argumentação, a existência de um evidente desequilíbrio na relação juiz-advogado-promotor, nas palavras de Streck:

Quando ao proceder do juiz, o que dizer? Milhares de advogados sofrem com esse tipo de coisa todos os dias. *Exercer a advocacia nestes tempos difíceis é um exercício de humilhação cotidiana*, como me disse dia desses uma pessoa muito próxima, que sofre cotidianamente com esse tipo de coisa. Só para registrar, de novo: eis um jogo de soma zero e que atinge também o MP, que não se dá conta dessas coisas, porque se comporta como o antigo “promotor público” (ibidem, s.p.).

Logo, considerando que o Manifesto de Lopo foi publicado no início do novo milênio, o professor consagra-se como advogado dos advogados do Brasil frente a um problema “implícito”, vez que a advocacia está institucionalizada e protegida pela Carta Cidadã, mas agoniza em seu funcionamento diariamente. Por fim, embora o cerne do Manifesto seja conjurar uma nova postura por parte dos advogados,

1 O desentendimento está disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367903/caso-henry-advogados-se-recusam-a-sentar-e-juiza-corta-microfone>.

2 Na coluna, Streck propõe uma discussão sobre a relação hierarquizada entre os sujeitos do processo em data próxima ao dia 11 de agosto, Dia do Advogado no Brasil, na qual faz um apelo, *in verbis*: “advogados de todo o Brasil, façamos do dia 11 de agosto um dia de reflexão”. Tal postura, de invocação aos advogados como categoria, é marcante em Lopo e se justifica na forçosa quebra da tradição de submissão advocatícia, que só pode ocorrer pelo comportamento dos próprios profissionais.



há muitos esclarecimentos de pontos constitucionais e estatutários ao longo da obra, bem como a exposição de detalhes históricos sobre a atividade advocatícia. Isso porque, para entender a urgência da proposta, foi necessário argumentar por tudo que a Advocacia representou e representa. Ainda que direcionada a uma categoria, a leitura é contundentemente recomendável a todos os aplicadores do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 49.

SARAIVA, Paulo Lopo. Advogado é “anjo da guarda” do cliente, pois preserva valores. *Conjur*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-08/paulo-lopo-saraiva-advogado-anjo-guarda-cliente>. Acesso em: 18 jul. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Advocacia virou exercício de humilhação e corrida de obstáculos. *Conjur*, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-28/senso-incomum-advocacia-virou-exercicio-humilhacao-corrida-obstaculos>. Acesso em: 18 jul. 2022.



OS IMPACTOS DAS REPARTIÇÕES DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

*Rodrigo Coppla Mann**

*KFOURI JR., Anis. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.*

Anis Kfouri Júnior é Doutor em Direito pela USP, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e presidente do Instituto Orgulho de Ser Advogado e Defesa da Cidadania. Além de professor de direito, é Especialista em Gestão de Tributos pela Faculdade Trevisan e Pós-graduado em Comércio Exterior.

O presente resumo crítico do livro “Curso de Direito Tributário” traz uma reflexão específica acerca das repartições das receitas tributárias, que tratam do destino da arrecadação de tributos do governo, bem como o repasse entre os entes federados, sendo a mesma um meio garantidor da autonomia política. No Brasil, a repartição se dá a partir do nível mais elevado para o de menor abrangência, ou seja, a União acaba concentrando a arrecadação e promovendo a sua distribuição aos demais entes da Federação (Estados, DF e Municípios). O tema envolve apenas relações intergovernamentais e está diretamente relacionado com a autonomia financeira dos entes públicos. Sobretudo, na obra, o autor abordou a repartição das receitas tributárias analisando a arrecadação tributária nos três níveis do Estado Federal, vale dizer, na esfera federal, estadual e municipal.

Devido à disparidade econômica entre os entes federativos brasileiros, o legislador constituinte estabeleceu a repartição do produto de arrecadação de determinados tributos instituídos e cobrados pelas entidades federadas. Há de se afirmar, ainda, que as desigualdades econômicas entre esses entes tornam imprópria a distribuição das receitas decorrente tão somente da atribuição constitucional de

*Graduando da 10ª fase de Direito na PUCPR. Graduando da 5ª fase de Ciências Contábeis na PUCPR. Bolsista PIC-EAD pela PUCPR. Membro integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica (GRAED-PUCPR). Membro convidado do Grupo de Estudos Avançados em Direito Societário (GEADS-MACKSP). Monitor voluntário de Direito Civil na PUCPR. Foi pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Tributário (GCTAX-PUCPR), conquistando o Prêmio Gustavo Cavalcanti Costa (I Tax Moot Pernambucano) em 2021/2. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4206420844656513>>. E-mail: rodrigocoppla@gmail.com.



competências. Por isso, no Brasil, tem-se a possibilidade de repartição das receitas tributárias do ente maior repassando para o ente menor: União para Estados, DF e Municípios, e dos Estados para o Município. Dessa forma, nota-se que o DF e os Municípios não farão repasses, mas apenas vão receber.

Tal forma de repartição (de cima pra baixo) tem sua origem na própria história brasileira, onde as receitas pertenciam à Coroa Portuguesa, sendo parcialmente concedidas aos governos locais de acordo com as reais necessidades. Apenas após a Proclamação da República, as províncias passaram a ser conhecidas como “Estados”, porém, mantinha-se a centralização do controle de finanças, com grande parte da arrecadação controlada pelo Governo Federal (KFOURI JR., 2012, p. 385).

Neste contexto, fica evidente a importância da repartição de receitas tributárias para a adequada conjuntura federativa do Estado brasileiro, sendo que qualquer discussão acerca de uma eventual reforma tributária deve, indispensavelmente, abranger a detalhada análise deste sistema, adequando-o para fortalecer a autonomia financeira dos entes políticos, notadamente dos Estados e dos Municípios.

Durante a obra, o autor sintetiza duas espécies de repartição de receitas. São elas: a repartição direta e a indireta. A primeira é realizada diretamente do ente que arrecada para o ente beneficiado, sem qualquer intermediário e sem precisar passar por qualquer fundo de participação. Já a segunda, também conhecida por participação indireta, caracteriza-se pelo fato de que a repartição não é passada diretamente entre os entes, mas os recursos são direcionados a um fundo intermediador, sendo alguns desses conhecidos como “fundos de participação”.

Por meio de um federalismo de feições cooperativas e com a finalidade de mitigar a insuficiência financeira de alguns entes federativos, a Constituição Federal (CF/88) denota uma segunda fonte de receitas, para além da arrecadação pelo próprio exercício de suas próprias competências tributárias: a repartição das receitas, que detém sua própria seção (VI) dentro de um capítulo do Sistema Tributário Nacional, que compreende ao artigo 157 ao 162.

Conforme Luciano Amaro (2019, p. 96) o sistema de repartição de receitas se caracteriza como:

[...] o produto da arrecadação de determinados tributos, instituídos por certo ente político, não é por este apropriado, ou não é por ele totalmente apropriado, mas partilhado com outros entes políticos. Desse modo, as decisões sobre o nível de incidência dependem do ente político titular da competência; mas a arrecadação resultante das leis que ele editar não lhe pertence integralmente, pois é partilhada.



Primeiramente, o autor elencou os tributos que não fazem parte da repartição. São eles: Impostos Municipais (ITBI, IPTU e ISS); Imposto Estadual (ITCMD); Impostos da União (Imposto sobre Importação [II], Imposto sobre Exportação [IE], Imposto sobre Grandes Fortunas [IGF], Imposto Extraordinário de Guerra [IEG]); todos os impostos de competência do DF (art. 32, *caput*, CF/88). Além desses, em regra, os tributos vinculados também não fazem parte da sistemática de repartição (há exceções, como o CIDE Petróleo).

Em seguida, a obra expõe detalhadamente os tributos que fazem parte deste sistema de repartição, iniciando com os de arrecadação federal. O primeiro que foi abordado foi o Imposto de Renda (IR). Muito embora consista em um tributo federal, do total de sua arrecadação, são distribuídos 50% aos Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio dos denominados Fundos de Participação (FPM, FPE, FCO, FNE, FNO) (KFOURI JR., 2012, p. 387)¹. Ou seja, apenas os outros 50% dos recursos arrecadados a título de IR competem à União Federal.

Concomitantemente ao IR, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), também de competência federal, possui o dever de entregar aos Estados e ao DF, 10% do seu produto de arrecadação, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados². Destaca-se que tal repartição não leva em consideração o volume de exportação, mas, sim, os valores da exportação de produtos industrializados, de modo que, quanto maior o valor agregado no produto industrializado exportado em determinado Estado, maior tenderá a ser o valor a ser recebido.

1 Constituição Federal de 1988: “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 50% (cinquenta por cento), da seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; f) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de setembro de cada ano.”

2 Constituição Federal de 1988: “Art. 159. A União entregará: [...] II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.”



Ainda quanto ao IR, de acordo com o art. 159, §3º da CF/88³, do montante recebido pelos Estados, 25% deverão ser repassados para os seus Municípios.

Já quanto ao Imposto Territorial Rural (ITR), imposto de competência federal e que possui como fato gerador a propriedade, há de se frisar que o montante de 50% da arrecadação do ITR será destinado aos Municípios onde os respectivos imóveis estiverem situados. Caso os Municípios optarem por fiscalizar e cobrar o ITR, eles terão o direito a 100% da arrecadação do imposto⁴.

Adiante, o professor faz algumas considerações acerca da repartição do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro (IOF-Ouro). Embora não previsto na Seção VI (Da repartição das receitas tributárias), a Constituição Federal estabeleceu a transferência da arrecadação do IOF para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, no art. 153, §5º,⁵ nas hipóteses de operações com ouro – quando utilizado como ativo financeiro ou instrumento cambial (KFOURI JR., 2012, p. 392).

Ou seja, quando o ouro é utilizado com essas finalidades, incide IOF na operação de origem, onde aconteceu a aquisição, e o produto dessa arrecadação, que é feita pela União, deve ser partilhado, sendo 30% para Estados e 70% para Municípios.

Ademais, não é novidade que a União detém a denominada “competência residual”, ou seja, possui a competência de criar novos impostos não previstos originalmente na Constituição Federal⁶. Nos dizeres de Roque Antônio Carraza, (2010, p. 514) “*criar tributos é legislar; arrecadá-los, administrar*”. Sendo assim, é neste contexto que surgem os denominados “impostos residuais” que, de acordo com o

3 Constituição Federal de 1988: “Art. 159. A União entregará: [...] § 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.”

4 Constituição Federal de 1988: “Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III.”

5 Constituição Federal de 1988: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] § 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do “caput” deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem; II - setenta por cento para o Município de origem.”

6 Constituição Federal de 1988: “Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.”



art. 157, II, da CF/88, 20% da receita adquirida com tais impostos será diretamente repassada aos Estados e ao DF⁷.

Outro tributo passível do fenômeno da repartição tributária é o CIDE-Petróleo (Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico) relativo às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e álcool combustível. Nos termos do art. 159, § 4º, os Estados deverão destinar 25% dos recursos recebidos pela transferência direta da CIDE-Petróleo para os municípios de seu território, na forma da lei. Esse recurso deve ser usado para financiar programas de infraestrutura de transportes⁸.

Partindo para os tributos de arrecadação Estadual, conforme o art. 158, inc. IV, da CF/88, os Estados repassam para os Municípios 25% do produto de arrecadação do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)⁹. Este valor é distribuído entre os Municípios conforme proporções e critérios específicos, que estão definidos no art. 158, § único, da CF/88¹⁰.

7 Constituição Federal de 1988: "Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: [...] II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I."

8 Constituição Federal de 1988: "Art. 177. Constituem monopólio da União: [...] § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes." Constituição Federal de 1988: "Art. 159. A União entregará: [...] III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. § 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso."

9 Constituição Federal de 1988: "Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação."

10 Constituição Federal de 1988: "Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos."



Já a respeito do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), o art. 158, inc. III, da CF/88¹¹ estabelece que 50% do valor arrecadado a título de IPVA pertence aos Municípios, de forma que podemos dizer que o IPVA é um tributo meio a meio (Estado/Município), embora a competência para legislar seja sempre dos Estados e do Distrito Federal (KFOURI JR., 2012, p. 394). Tanto o IPVA quanto o ICMS são considerados como “partilhas diretas”.

Em síntese, o autor conseguiu elucidar de forma brilhante o sistema de repartição das receitas tributárias. Tal sistema foi justamente a solução encontrada pelo legislador perante a impossibilidade (ou dificuldade) de promover mudanças nas competências tributárias constitucionalmente previstas. Percebe-se, portanto, que se trata de uma técnica que visa diminuir as diferenças regionais, tornando menos distante o idealismo proposto pelo legislador no art. 3º da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRAZZA, ROQUE ANTONIO. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26ª ed. São Paulo, Editores Malheiros, 2010.

11 Constituição Federal de 1988: “Art. 158. Pertencem aos Municípios: [...] III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;”



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: O FANTASMA NA MÁQUINA¹

Ruan Ricardo Bernardo Teodoro*
Deyvid Richard Aparecido Morais**

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência artificial e direito*. 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

A revolução tecnológica das últimas décadas marcou de maneira irreversível a vida em sociedade, afetando as mais diversas esferas do cotidiano, a exemplo do trabalho, da família, da política, do lazer e, sobretudo, do direito. Nessa última esfera, a tecnologia tem ganhado mais espaço a cada ano, de modo que 44 tribunais brasileiros, além do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já empregaram, em suas atividades, programas de inteligência artificial (PORTAL FGV, 2022).

Diante desse contexto inédito, apresenta-se ao operador do direito a necessidade de compreender e familiarizar-se com conceitos e termos até então alheios ao direito, quais sejam, inteligência artificial (IA), *machine learning* (“aprendizado de máquina”), algoritmo, entre outros. Por essa razão, o presente texto tem por escopo demonstrar a relevância do assunto para o direito e quem o opera, além de

¹ O “fantasma na máquina” é uma metáfora utilizada em filosofia. O filósofo Gilbert Ryle descreve a mente enquanto um “fantasma na máquina”, apontando para a ilogicidade da ideia, defendida pelos pensadores de concepção dualista, da separação mente-corpo. O filósofo, nesse sentido, fazia referência de maneira especial ao dualismo cartesiano.

*Graduando do 3º período do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0923581803226795>. E-mail: ruanricardoteodoro@gmail.com.

**Graduando do 3º período do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7046280054950778>. E-mail: ofdeyvid@gmail.com.

Justificativa: tendo-se que a inteligência artificial é uma tecnologia em construção, atraindo o interesse de muitos pesquisadores, inclusive de aplicadores do direito, faz-se, portanto, necessária que uma discussão a respeito dos fundamentos e das possíveis aplicações ao direito seja realizada – uma vez que, caso a promessa da tecnologia torne-se realidade, o direito, aliado à inteligência artificial, ganhará em grande proporção.



ponderar a respeito de um comportamento adequado quanto à utilização da tecnologia, apontando desafios concernentes à adaptação entre o direito e a tecnologia. Destaca-se, ainda, que incumbe ao direito realizar a manutenção das novas técnicas que se apresentam, a fim de aperfeiçoar de forma contínua o ordenamento jurídico. Dessa maneira, a obra de Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva, “Inteligência artificial e direito”, prova-se fundamental para a introdução de conceitos e de discussões éticas relacionados ao estado da arte da inteligência artificial aplicada ao direito.

A princípio, convém examinar a noção de inteligência artificial. Segundo os autores da obra em questão, a IA refere-se a um conjunto de técnicas capazes de “[...] solucionar dado problema, resolvendo-o, raciocinando e aprendendo com as situações” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 20), ou seja, a inteligência artificial é composta por uma série de códigos computacionais que atua em tarefas analíticas, manuais e informacionais de acordo com a pré-configuração estabelecida pelo desenvolvedor do sistema. Cabe mencionar, em adição, que *machine learning* configura uma dessas técnicas, a qual será conceitualizada mais adiante.

Importa, ainda, diferenciar os termos “algoritmo” e “inteligência artificial”, dado que, muitas vezes, são mencionados erroneamente enquanto sinônimos. Em primeira análise, os algoritmos são definidos como um conjunto de instruções finitas para a solução de determinado problema. Assim, é necessário “receber” (*input*) e “despachar” (*output*) dados, dentro de comandos inteligíveis (*definiteness*), finitos (*finiteness*) e realizáveis por qualquer pessoa (*effectiveness*). Em síntese, um algoritmo é uma sequência limitada de códigos computacionais que funciona conforme o protocolo definido pelo programador.

A inteligência artificial, por sua vez, dado o seu caráter interdisciplinar em relação às ciências, não possui uma definição precisa. Para alguns pensadores, a IA seria um conjunto de técnicas capaz de emular as faculdades da inteligência humana – possuindo funções de aprendizado, percepção, planejamento, raciocínio e entendimento de linguagem e robótica. Por consequência, “[...] os sistemas de IA são compostos de algoritmos [...] [mas] nem toda aplicação de algoritmo se refere a um sistema de IA” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 84), já que, devido à sua intenção de emular as capacidades humanas, a inteligência artificial possuirá maior autonomia computacional em relação ao algoritmo.

Apresentados os conceitos propedêuticos, passa-se a avaliar os possíveis vínculos que possam ser estabelecidos entre o direito e a inteligência artificial. Nesse sentido, é cada vez mais comum encontrar no mercado as chamadas *legaltechs*



(“tecnologias jurídicas”), serviços e produtos tecnológicos desenvolvidos com o fim de auxiliar escritórios de advocacia, departamentos jurídicos de empresas e tribunais. A título de ilustração, uma dessas ferramentas seria os programas de jurimetria – IA que une a estatística ao direito, com o intuito de encontrar padrões pelos quais se possa descobrir, por exemplo, a porcentagem de sucesso de uma demanda em determinado juízo, as fundamentações jurídicas já utilizadas que possuem maiores chances de serem bem apreciadas, etc. (HIGÍDIO, 2022). Ademais, a IA pode ser empregada para a análise de documentos, identificação de raciocínios jurídicos e para a pesquisa processual (*legal research tools*), intuindo-se a “[...] previsão de decisões judiciais que, quando alimentandas [sic] com elementos fáticos e o contexto legislativo, analisam os cenários e tendências decisórias” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 112-113).

Assim, em um primeiro momento, entende-se benéfica o amálgama que se forma entre o direito e a IA. Disso decorre que, a par dos avanços proporcionados pela utilização da inteligência artificial e de sua novidade, é prudente cogitar, antecipadamente, alguns critérios éticos para nortear a utilização dessa tecnologia com o objetivo de prevenir eventuais falhas e lesões ou violações ao direito público e privado. Nesse sentido, é mencionado na obra quatro critérios a serem respeitados durante a exploração da IA pelo direito, quais sejam, a verificação, a validação, a segurança e o controle – expostos adiante (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 37).

Tratando-se da verificação de resultados pela IA, é indispensável que ela seja realizada durante o uso dessas ferramentas. Imagine, por exemplo, a IA aplicada ao direito penal: uma falha durante a execução do programa poderia levar à condenação injusta de um cidadão, ao se presumir que, devido à sua etnia, haveria um padrão de que pessoas de seu grupo possuiriam maiores chances de cometerem crimes, fato que, evidentemente, se mostra como uma violação ao direito de um indivíduo. Em verdade, um evento semelhante ocorreu com a plataforma de IA da empresa *Northpoint Inc.*, em 2016, quando seu programa, aplicado a certos tribunais estadunidenses, formulou um padrão cognitivo enviesado, ao apontar pessoas negras como aquelas com maiores taxas de reincidência (ANGWIN *et al*, 2016). Desse modo, a verificação consiste em uma análise pormenorizada do programador acerca da qualidade e natureza das informações ofertadas aos programas de IA, prevenindo, assim, informações de má qualidade que direcionem a resultados falsos e enviesados.

Assim, percebe-se a necessidade de verificar os resultados dos programas de IA para prevenir vieses de algoritmos ou qualquer outra falha. Em seguida, os



dados obtidos pela IA serão não só verificados, mas também validados pelo aplicador do direito, a fim de garantir que a produção de resultados seja “[...] adequada e compatível com um bom comportamento sob o ponto de vista ético” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 38). Logo, a validação a ser feita dos dados é uma das etapas fundamentais de todo o processo a ser realizado pela máquina, configurando um critério determinante, já que é nesse momento que a IA será validada pelo jurista a partir das informações que foram inseridas e respostas que foram obtidas.

A segurança, por sua vez, no que diz respeito à IA, é um elemento que deve ser tratado de maneira ainda mais cuidadosa. Nesse sentido, a contenção de ciberataques é tarefa imprescindível para a utilização da IA aplicada ao direito, tendo-se que as tentativas de ataques cibernéticos no Brasil atingiram o número de aproximadamente 32 milhões no 1º semestre do ano de 2022 (OLIVEIRA, 2022). A despeito dessa quantidade alarmante, a segurança das plataformas de IA não se restringe apenas à contenção de ciberataques, abrangendo, também, vulnerabilidades outras que deverão ser atendidas, como a detecção de intrusos (*hackers*), a análise de vírus e a revisão de códigos maliciosos destinados ao furto de informações (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 39).

Por último, o critério de controle humano da tecnologia refere-se ao processo da IA que estabelece o equilíbrio entre a autonomia da máquina e a supervisão humana. Nesse ponto, a obra em questão reconhece que tal controle representa a convergência de todos os momentos até então destacados. A verificação, a validação e a segurança serão executadas por indivíduos cientes da situação concreta sobre a qual essas tecnologias impactarão, de modo que, sendo os resultados da IA utilizados para o suporte de decisões judiciais, seja de responsabilidade do aplicador do direito moderar a execução das plataformas de IA a fim de haver a “[...] realização de justiça e [...] inclusão em todas as etapas do desenvolvimento de modelos de IA” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 40).

De modo seguinte, é relevante destacar que, embora o uso da inteligência artificial se mostre benéfico ao direito, há, entre os pensadores, ideias divergentes quanto à sua aplicação, as quais variam entre o pessimismo e o radicalismo tecnológicos (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 52). Nessas discussões, filia-se ora a correntes extremas quanto à apropriação da inteligência artificial pelo direito, em uma atitude intransigente a favor da tecnologia, ora a correntes que levam em conta a periculosidade vinculada à sua utilização, em uma atitude cética em relação aos avanços tecnológicos.



Nesse sentido, os diversos mitos associados à IA são apontados pelos autores da obra em estudo – entre eles, o mito que imagina a máquina dominando os sentimentos humanos através da racionalidade fria e mecânica dos computadores, culminando na extinção dos seres humanos. A partir disso, esclarece-se que essa ilustração da IA pertence apenas à ficção e que, na realidade, a inteligência artificial é um instrumento útil para a detecção de fraudes, para a automatização de processos repetitivos e para a saúde pública. Reforça-se, ainda, que “[...] a IA está mais para salvar vidas com mecanismos atentos e ágeis do que o contrário” (BENTLEY *et al*, 2018 apud PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 54).

Com efeito, aponta-se, na obra em questão, três leis (BENTLEY *et al*, 2018 apud PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 54-58) a partir das quais a IA deve se basear. A primeira lei destaca que dificuldade gera inteligência, isto é, a IA é apenas empregada em resposta a um problema encontrado, e não o contrário. A segunda lei, por sua vez, aponta que para cada problema encontrado, será necessário um *layout* (“esquema”) de algoritmos únicos para o caso, ou seja, a melhor solução não provém de quantidades cada vez mais volumosas de códigos, mas sim do esforço técnico aplicado pelo programador no desenvolvimento das funções da IA. Por último, a terceira lei realça que quanto mais inteligente um sistema é, mais testes deverão ser realizados para a verificação de eventuais falhas. A partir do reconhecimento dessas leis, depreende-se que a IA não pode evoluir sem a intervenção humana, sendo condicionada a testes que inviabilizam a criação de uma suposta consciência autônoma e destrutiva que poderia causar a extinção da humanidade.

Não obstante a isso, é necessário ao operador do direito ter em consideração a privacidade e a *accountability* (“prestação de contas” ou “transparência”) enquanto dimensões éticas que estão diretamente relacionadas à IA. Nesse sentido, identifica-se uma linha divisória tênue entre a privacidade e a transparência, sendo que, embora haja a necessidade de se conhecer os dados fornecidos ao sistema de IA, existem algumas informações de foro íntimo as quais não cabem serem expostas a público (dados concernentes à etnia, a opiniões políticas, à sexualidade etc.). Assim, em casos que haja conflito entre a transparência e o direito à privacidade, é preciso que o aplicador do direito pondere, de maneira razoável, a respeito de qual direito deveria subsistir no caso fático.

Para além disso, é necessário que se faça conhecer, ao operador, a ferramenta de *predictive coding* (“codificação preditiva”), a qual é utilizada para hierarquizar os processos em função de sua relevância – funcionando da seguinte maneira (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 63):



- 1) uma amostra inicial de um conjunto de dados filtrados/estruturados é revisada e categorizada por uma pessoa ou um conjunto de pessoas qualificadas (especialistas);
- 2) o sistema de computador analisa os documentos que foram sinalizados e identifica principais ocorrências (conceitos e temas);
- 3) o sistema de computador aplica as identificações (conceitos e temas) a um conjunto maior de dados, marcando aqueles que considera relevantes;
- 4) há um processo de revisão humana (não tendo a informação do “tangeamento” feito pelo sistema na etapa anterior). A relevância identificada pelo revisor é enviada ao sistema;
- 5) esse processo é repetido até se chegar a uma acurácia (documentos selecionados pela máquina revertidos pela revisão), isto é, uma precisão aceitável.

Em um segundo momento, demonstra-se quais seriam as mecânicas básicas da IA que mais podem influenciar no direito, quais sejam, o processamento de linguagem natural, o *machine learning* e o *deep learning* (“aprendizado profundo”).

De mais a mais, o processamento de linguagem natural consiste no reconhecimento de discursos, diálogos, perguntas e respostas e tradução pelos programas de IA. O processamento fundamenta-se na utilização de neurônios artificiais, pelo empirismo e/ou por regras de raciocínio prefixadas; obtém-se, assim, o entendimento de enunciados linguísticos, fornecendo respostas a eles. Um exemplo da utilização dessa técnica está nos sites jurídicos que possuem assistentes *online* eletrônicos, os quais oferecem respostas programadas em relação às diretivas enviadas pelos usuários.

O *machine learning*, por sua vez, refere-se ao conjunto de técnicas capazes de encontrar padrões em um determinado *dataset* (“banco de dados”) disponível. É um dos atributos mais examinados e aplicados na pesquisa a respeito de IA; sua função precípua é, a partir de uma grande quantidade de dados, encontrar padrões nessas informações, a fim de aperfeiçoar o algoritmo das tarefas associadas à inteligência artificial. Por meio de uma metáfora, o *machine learning* assemelha-se a uma criança dando seus primeiros passos: primeiro, ela começa a engatinhar; após isso, ela levanta-se e, por muitas vezes, cai; e por fim, a seguir das diversas tentativas, habilita-se a andar. É, pois, um aprendizado análogo ao que a inteligência artificial realiza. Destaca-se, ainda, que através do *machine learning* a máquina torna-se capaz de discernir padrões ocultos em uma grande quantidade de informações (*bigdata*), reunindo-as em *clusters* (“conjuntos”), ou seja, em grupos de elementos semelhantes. Com isso, aplicando-se ao Poder Judiciário, é possível



reconhecer o padrão de decisões vinculadas a um juízo, de maneira a fornecer informações a respeito do sucesso – ou falta deste – em determinada demanda; além de, por exemplo, identificar e reunir ações judiciais conforme sua classe processual. Nesse sentido, notabiliza-se o projeto Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), que consiste em uma IA que analisa, entre outras coisas, a elegibilidade de um processo para a definição de temas de repercussão geral a ser realizada pelo tribunal (STF, 2021).

Já o *deep learning* está relacionado às múltiplas camadas de *inputs* e *outputs* interconectados em um complexo semelhante à rede neural humana. Devido à enorme quantidade de conexões, esses complexos são capazes de realizar a manutenção de tarefas intrincadas; no entanto, seus resultados podem ser obscuros, dado à confusão no entendimento e na verificação do processo cognitivo utilizado pela máquina, fator este que demonstra a necessidade de mais e melhores pesquisas a respeito disto em IA. Como exemplos dessa técnica tem-se os veículos autônomos – sem motorista – e o reconhecimento facial.

É relevante notar, em adição, que a qualidade das respostas fornecidas pela IA está estritamente relacionada com a qualidade das informações inseridas no *dataset*. Assim, para efeito de potenciais injustiças e discriminações mediante a utilização dessas ferramentas, reconhece-se que “[...] as soluções de IA são projetadas por pessoas [...] [logo] esse aprendizado se realiza com base na experiência dos algoritmos em um dataset que é produto das relações humanas” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 102). À luz disso, para que não haja a reprodução dos preconceitos latentes na percepção humana, é necessário supervisionar tendências de *algorithmic/machine biases* (“vieses de algoritmo/máquina”) nos programas, a fim de haver a pronta correção. Conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução nº 332/2020 (CNJ, 2020), é importante que haja a adoção de uma política de transparência, evitando-se preconceitos durante a utilização da IA nos tribunais brasileiros.

Em conclusão, a obra “Inteligência artificial e direito” se mostra como um escrito propedêutico adequado para o operador do direito familiarizar-se com a IA. Assim, percebe-se a relevância do jurista conhecer os conceitos e as técnicas relacionadas à inteligência artificial, com o intuito de se adaptar a essas tecnologias e lançar mão dos benefícios que sua utilização, de maneira ética, possa trazer à prática do direito. Ainda que resistam alguns dos temores e mitos quanto ao seu futuro, a IA apresenta uma múltipla dimensão de aplicabilidade para a juris-



dição contemporânea, desde a utilização nos tribunais – para o reconhecimento de temas repetitivos e para a análise da volumosa quantidade de processos, por meio do *deep e machine learning* –, até, enfim, ao suporte oferecido, através das *legaltechs*, aos escritórios advocatícios. Diante desse cenário, será difícil imaginar o futuro do direito destituído da inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

ANGWIN, Julia et al. Machine bias. *ProPublica*, 23 maio 2016. Disponível em: www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acesso em: 9 set. 2022.

BENTLEY, P. et al. *Should we fear artificial intelligence?: in-depth analysis*. Directorate General for Parliamentary Research Services, European Parliament, 2018. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/412165>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 332*, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 08 ago. 2022.

Estudo revela que 44 tribunais, além do Conselho Nacional de Justiça, usam Inteligência artificial. *Fundação Getúlio Vargas: Portal FGV*, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/estudo-revela-44-tribunais-alem-conselho-nacional-justica-usam-inteligencia-artificial>. Acesso em: 15 set. 2022.

HIGÍDIO, José. Boom das *lawtechs* e *legaltechs* fortalece tecnologia em escritórios e tribunais. *Consultor Jurídico*, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-17/boom-lawtechs-legaltechs-fortalece-tecnologia-escritorios-tribunais>. Acesso em: 15 set. 2022.

OLIVEIRA, Ingrid. Levantamento mostra que ataques cibernéticos no Brasil cresceram 94%. *CNN Brasil*, 19 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/levantamento-mostra-que-ataques-ciberneticos-no-brasil-cresceram-94/>. Acesso em: 15 set. 2022.

Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. *Supremo Tribunal Federal (STF)*, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331>. Acesso em: 15 set. 2022.



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

www.revistaavant.paginas.ufsc.br
revistaavant.ufsc@gmail.com