

Fernanda Miler Lima Pinto
(Organizadora)

REFLEXÕES SOBRE
DIREITO E
SOCIEDADE:
fundamentos e práticas

5

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

Capa

AYA Editora

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2022 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

R3326 Reflexões sobre direito e sociedade: fundamentos e práticas [recurso eletrônico]. / Fernanda Miler Lima Pinto (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2022. 306 p.
v.5

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-106-0
DOI: 10.47573/aya.5379.2.115

1. Direito. 2. Direito à saúde - Portugal. 3. Responsabilidade penal – Brasil. 4. Psicopatologia - Brasil. 5. Hora extra - Legislação –Brasi. 6. Contrato de trabalho - Brasil. 7 Direito internacional público. 8. Nações Unidas. Conselho de Segurança. 9. Meio ambiente. 10. Poder judiciário e questões políticas. 11. Impedimentos – Brasil. 12. Adoção tardia. I. Pinto, Fernanda Miler Lima. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53
Fone: +55 42 3086-3131
E-mail: contato@ayaeditora.com.br
Site: <https://ayaeditora.com.br>
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação.....10

01

O direito à saúde das pessoas em situação de incapacidade mental em Portugal 11

Maria Joana de Sá Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.1

02

Os precedentes constitucionais vinculantes e o poder decisório do juiz ordinário29

Ludmila Moretto Sbarzi Guedes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.2

03

A inimputabilidade, seus reflexos na psicopatia criminosa e os desafios para o direito penal brasileiro45

Cleiton Pazello Soares

Felipe André Dani

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.3

04

O banco de horas pactuado por meio de acordo individual de trabalho: uma violação frontal ao texto constitucional brasileiro e a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil63

Danilo Eduardo Querido

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.4

05

ONU, conselho de segurança e TPI: a primeira jurisdição universal para crimes contra o meio ambiente?74

Djalma Alvarez Brochado Neto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.5

06

A (in)eficácia da lei nº 11.340 no tocante as medias protetivas e em caso de violência consentida84

Cleiton Pazello Soares

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.6

07

Discurso de ódio e liberdade de expressão: o caso do parlamentar Daniel Silveira.....103

Lana Mano Cervi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.7

08

O instituto do impeachment como uma manifestação do direito transnacional.....115

Júlia Dalla Rosa do Amaral e Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.8

09

A importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito125

Clayton Carneiro Alexandre

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.9

10

A técnica da ponderação de princípios no conflito de direitos fundamentais152

Vinícius Matheus Ferreira Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.10

11

A devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção: uma análise frente a teoria da perda de uma chance.....163

Nauanny Rocha da Silva

Munycck de Oliveira Silva Carneiro

Edson Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.11

12

O reflexo internacional do desarmamento à luz do estatuto do desarmamento brasileiro180

Adriano da Silva Nascimento

José de Oliveira Ribamar Café

Lucélia Keila Bitencourt Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.12

13

O fenômeno da constitucionalização do direito civil191

Niâni Guimarães Lima de Medeiros

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.13

14

A necessidade de caracterização de pornografia de vingança para fins de responsabilidade civil do ofensor203

Maria Cristina Viana Leal
Michele Alves Lustosa
Nathália Rodrigues de Almeida
Daniel da Costa Araújo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.14

15

As principais alterações da legislação penal e extravagante com a vigência do pacote anticrime216

Nara Fernandes Alberto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.15

16

A prevenção do consumidor superendividado e a preservação do mínimo existencial sob enfoque do direito contratual.....226

Aron Vitor Fraiz Costa
Luana Gabriela Dalmut.
Luiza Deretti Martins

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.16

17

A desadoção no Brasil: uma análise dos danos causados ao adotado.....238

Lucas Anderson Araújo Ribeiro
Maria dos Remédios Lopes Andrade
Lucélia Keila Bitencourt Gomes
João de Deus Carvalho Filho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.17

18

A cooperação internacional e a distribuição equitativa de vacinas como garantia à efetivação do direito à saúde: uma análise das ações governamentais no mundo durante a pandemia da Covid-19252

Mariana Carniel Ferreira
Eduardo Kucker Zaffari

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.18

19

Poder punitivo, sistema penal e execução de pena, uma suposta experiência autoritária no estado do Pará.....269

Fabio José Furtado dos Remedios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.19

20

O medo e o monstro de “O Senhor das Moscas”: interações entre direito e literatura284

Fernanda Miler Lima Pinto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.20

Organizadora300

Índice Remissivo301

Apresentação

É com muita alegria e satisfação que, a convite da renomada AYA Editora, novamente apresento e organizo essa obra intitulada “Reflexões sobre Direito e Sociedade: fundamentos e práticas”. Agora em seu 5º (quinto) volume, contamos com participação de diversos pesquisadores brasileiros que se dedicam à pesquisa jurídica.

Em um campo de estudo extremamente frutífero e trabalhando sob as lentes da interdisciplinaridade, a presente obra conta com vários estudos que navegam por diferentes áreas do saber e refletem acerca de suas implicações no mundo. Passando desde a teoria à prática, esse livro tem análises que perpassam as mais diversas áreas do Direito.

Assim, os 20 (vinte) trabalhos que compõem esse volume se comprometem a contribuir para o debate jurídico e por meio desse livro assumimos a missão de divulgar conhecimento.

Desse modo, essa obra conta com seguintes temas: Direito à saúde e pessoas com incapacidade mental em Portugal; Precedentes constitucionais vinculantes e poder decisório do juiz ordinário; Inimputabilidade, psicopatia e Direito Penal brasileiro; Banco de Horas e acordo individual de trabalho; ONU, Conselho de segurança e TPI; Discurso de ódio e liberdade de expressão; Impeachment e Direito transnacional; Políticas públicas e direito de trânsito; Ponderação de princípios e conflito de direitos fundamentais; Devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção; Estatuto do desarmamento brasileiro e reflexos internacionais; Constitucionalização do Direito Civil; Pornografia de vingança e responsabilidade civil; Consumidor superendividado, preservação do mínimo existencial e direito contratual; “Desadoção” no Brasil; Cooperação internacional e distribuição equitativa de vacinas como efetivação de Direito à saúde; Reflexos do Pacote Anticrime; Poder punitivo, sistema penal e execução de pena no estado brasileiro do Pará; Lei nº 11.340/06 e medidas protetivas; Interações entre Direito e literatura de “O Senhor das Moscas”.

Desse modo, por esta breve apresentação, já é possível perceber o quão diverso, profícuo e interessante são os artigos trazidos para este volume. Aproveito essa ocasião para parabenizar os autores, aos quais se dispuseram a compartilhar todo conhecimento científico produzido, e também para agradecer-los como cidadã por estarem ativamente refletindo sobre problemas e soluções em nossa tão complexa sociedade. Ademais, utilizo esse espaço para agradecer enormemente à parceria da editora Aya, que sempre conserva seu compromisso com a qualidade e com a difusão de conhecimento.

Espero que de uma maneira ou de outra os leitores que tiverem a possibilidade de ler este volume, tenham a mesma satisfação que tive ao organizar, acompanhar e ler o conjunto dessa obra e também dos volumes antecessores.

Boa leitura e bons estudos!

Prof.ª Ma. Fernanda Miler Lima Pinto

Capítulo

01

O direito à saúde das pessoas em situação de incapacidade mental em Portugal

Maria Joana de Sá Ferreira

*Médica Psiquiatra, Grupo Luz Saúde, União das Mutualidades Portuguesas
(Conselho Nacional de Saúde Mental).*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.1

RESUMO

Um dos valores e princípios estabelecidos em vários documentos orientadores da estratégia para a saúde mental é o dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1984) constitui o grande documento orientador dos direitos humanos a nível civil, cultural, económico, político e social e a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) dá enfoque às pessoas com deficiência e respeito pelos seus direitos, liberdades e dignidade. Os princípios mais relevantes destes documentos para a saúde mental são: a proteção contra a discriminação e inclusão social, a promoção da autonomia pessoal e independência, o tratamento de pessoas no meio menos restritivo possível, a prestação de cuidados baseados em necessidades individuais e a participação em desenvolvimento de políticas. A aplicação destes princípios requer a obtenção de dados via investigação qualitativa e quantitativa, o tratamento baseado na comunidade e finalmente a mudança de crenças e atitudes, evitando o estigma.

Palavras-chave: direitos. comunidade. discriminação. estigma. políticas.

ABSTRACT

One of the values and principles set out in several strategy guidance documents for mental health is that of human rights. The Universal Declaration of Human Rights (1984) is the key guidance document on human rights at the civic, cultural, economic, political and social levels. The Convention on the Rights of Persons with Disability (2006) focus on persons with disability and the respect for their rights, freedoms and dignity. From the principles stated in both documents, the most relevant for mental health are the protection from discrimination as well as the inclusion in society; the promotion of individual autonomy and independence; the treatment of persons in the least restrictive environment; the provision of healthcare based on individual needs; and the participation in the development of policies. Applying such principles requires obtaining data from qualitative and quantitative research; community-based treatment; and a change in beliefs and attitudes to avoid the stigma.

Keywords: rights. disability. discrimination. stigma. policies.

O DIREITO À SAÚDE (MENTAL)

“Gozar do mais alto estado de saúde física e mental possível de atingir” é um direito reconhecido no artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1976) e, só assim, poderá haver saúde reconhecida como: “Um estado de completo de desenvolvimento físico, mental e bem-estar social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (OMS, 1946). A Constituição da República Portuguesa no seu artigo 64º afirma o direito à proteção da saúde como um direito fundamental: “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover” e no artigo 71º dita: “ Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos [...] consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontram incapacitados [...] O Estado obriga-se [...] a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores. ” Sendo o direito à proteção da saúde um direito fundamental

então deve-se assegurar que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto [...] à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez [...] ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”, conforme artigo 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Na saúde e tendo em vista a proteção especial dos mais vulneráveis, os desafios para garantir em matéria constitucional o direito à saúde sucedem-se: “Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com incapacidade e barreiras comportamentais e ambientais que impedem a sua participação plena e efetiva na sociedade em condições de igualdade com as outras pessoas. [...] Exigir aos profissionais de saúde a prestação de cuidados às pessoas com deficiência com a mesma qualidade dos dispensados às demais, com base no consentimento livre e informado, inter alia, da sensibilização para os direitos humanos, dignidade, autonomia e necessidades das pessoas com deficiência através da formação e promulgação de normas deontológicas para o sector público e privado da saúde.” (CDPCD, 2010, p. 7 e p. 23). A Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência (Lei n.º 38/2004) definiu o programa previsto na Constituição, elaborando o conceito de deficiência do seguinte modo: “ Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatómica suscetível de provocar de provocar restrições de capacidade, pode ser considerada em situação de desvantagem para o exercício de atividades consideradas normais, tendo em conta a idade, o sexo e os fatores socioculturais dominantes”.

Face à necessidade em encontrar alternativas mais satisfatórias às vigentes e, simultaneamente na linha dos movimentos internacionais, preocupados pelo maior respeito pela dignidade e a capacidade de cidadania das pessoas afetadas por doença mental grave, houve necessidade de rever a Lei n.º2118, de 3 de Abril de 1963, dando lugar à Lei n.º 36/98, de 24 de Julho. A Lei de Saúde Mental surge devido à questão da ilegalidade dos internamentos compulsivos após a publicação da Constituição da República de 1976, por um lado, e à desadequação do sector à estrutura orgânica do Ministério da Saúde (em particular à Lei de Bases da Saúde e aos Estatutos do Serviço Nacional de Saúde e da Orgânica do Ministério), bem como de orientações nacionais que Portugal entretanto subscreveu ou que a aderiu – Conselho de Europa, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Assembleia Geral das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde, por outro lado. No Capítulo I da Lei n.º36/98 apenas se encontram plasmados os objetivos, a proteção e promoção da saúde mental, os princípios gerais da política, a criação do Conselho Nacional de Saúde Mental e os direitos e os deveres do utente (direitos que crescem e também se sobrepõem aos consignados na Lei de Bases da Saúde). No demais aplica-se o consignado na Lei de Bases da Saúde.

O Conselho Nacional de Saúde Mental é o órgão de consulta do Governo em matéria de política de saúde mental, nele estando representadas as entidades interessadas no funcionamento do sistema de saúde mental, designadamente as associações de familiares e de utentes, os subsistemas de saúde, os profissionais de saúde mental e os departamentos governamentais com áreas de atuação concreta. (Albergaria, 2006, p. 13)

Pela mesma altura, surgem os despachos n.º 497/98, de 15 de Maio, que aprovou as orientações dirigidas às pessoas em situação de dependência por motivos de natureza física, mental ou social e a Portaria n.º 348-A/98 que, no âmbito do Mercado Social do Emprego, criou

as empresas de inserção, em que se incluem como população alvo (n.º 3, alínea g)) as pessoas com doença psiquiátrica inseridas em projetos de reabilitação. Se até 1997 a Constituição no artigo 27, n.º2, estabelecia que “ninguém pode ser total ou parcialmente da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”, esta questão foi superada com a revisão que aditou às exceções consagradas no artigo 27.º a que autoriza “o internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente”.

Ainda no final dos anos sessenta o modelo de internamento compulsivo predominava. A mudança de atitudes facilitada pelo desenvolvimento da psicofarmacologia e pelo impacto da psiquiatria comunitária defendendo que a doença mental é, em larga medida, resultado do stress social e da exclusão, fez equacionar outro tipo de respostas (centros de dia, comunidades terapêuticas, a supervisão comunitária, áreas de dia ou fóruns sócio ocupacionais). Uma segunda ordem de fatores liga-se à vitalidade das organizações instituídas no âmbito da defesa dos direitos do homem, nos anos sessenta e setenta, seguindo-se o movimento da bioética. Questões como as da economia da saúde mental e das instituições totalitárias foram objeto de largo debate. Os filmes “A Laranja Mecânica” e “Voando sobre um Ninho de Cucos” são exemplo do espírito dessa época. Na Lei de Saúde Mental o conceito de anomalia psíquica que determina o internamento compulsivo exige a gravidade da mesma, e que desta resulte: “uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial” ou que o portador “não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e o alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado” (artigo 12.º). Ao consagrar os princípios da adequação, da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade, o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, assegura o respeito pelos direitos, liberdades e garantias das pessoas. De referir, ainda assim, uma aproximação à lei processual penal estabelecendo, como se numa cartilha se tratasse, os direitos e deveres processuais de internandos e de internados (artigos 10.º e 11.º) e assumindo algum paralelismo com a situação de arguido em processo penal. O internamento deve ser pois tomado com um meio auxiliar para almejar a eficácia do ato, e não um fim em si mesmo. Uma vez que a intervenção terapêutica vai no sentido da devolução de maiores níveis de funcionalidade, autonomia e bem-estar, estamos portanto a defender um direito constitucional: o Direito à Saúde.

A mensuração da liberdade real ou da capacidade de auto-determinação que, no fundo, determina o espaço de autonomia da vontade que é necessário reconhecer nestes doentes, exige dos sistemas de justiça e de saúde, uma correta percepção da sociedade e da cultura, sem a qual, ainda que fundados em respeitáveis critérios de legalidade e de solidariedade, nos arriscamos a agredir a individualidade e a dignidade de quem queremos proteger. (Carvalho, 1999, p.52)

A recusa do tratamento é um fenómeno relativamente recente, passados que estão os tempos em que o médico era dono e senhor do saber e adotados que vêm sendo, nas sociedades atuais, os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Convém recordar que esta recusa pressupõe que o doente seja reconhecidamente competente no sentido jurídico para tomar decisões. Para além de jurídica, a exigência é também ética já que a decisão médica passa obviamente, para além da competência técnico-científica, por promover a dignidade da pessoa, combater a doença e respeitar a vida. É fundamental assegurar que os direitos dos doentes e desde logo os direitos do homem, estejam protegidos de abusos, quer dos agentes

clínicos, quer principalmente dos outros intervenientes no processo de tratamento compulsivo. No entanto, após vinte anos de Lei de Saúde Mental seria aconselhável proceder-se à sua reavaliação tendo em conta os acordos internacionais, no entretanto, ratificados.

A DOENÇA MENTAL E A INCAPACIDADE

As perturbações mentais afetam uma em cada dez pessoas (676 milhões) em todas as regiões e culturas do mundo, sendo as mais prevalentes a depressão e a ansiedade. Em termos de morbilidade psiquiátrica geral, o 1º Estudo Epidemiológico Nacional de Saúde Mental evidenciou a existência de uma alta prevalência anual de perturbações psiquiátricas (22,9%), que a nível dos vários países que integram o consórcio World Mental Health Survey, apenas é ultrapassada pelo Brasil, Estados Unidos e Irlanda do Norte (Almeida *et al.*, 2009). “Através do estudo “The Global Burden of Disease” constatou-se que na Europa as perturbações psiquiátricas eram responsáveis por 40% dos anos vividos com incapacidade, destacando-se claramente entre as dez principais causas de incapacidade (depressão, alcoolismo, esquizofrenia e doença bipolar). De acordo com dados oficiais divulgados pela DGS, em 2010 as perturbações mentais representavam 11,75% da carga global da doença, medida pelos anos de vida ajustados à incapacidade (DALYs), apenas precedidas pelas doenças cérebro/cardiovasculares, com um peso global de 13,74%.

Os utilizadores dos serviços de saúde mental podem categorizar-se nos seguintes tipos: pessoas com problemas mentais comuns; pessoas com problemas psico-emocionais e comportamentais, sem diagnóstico de doença psíquica, pessoas com doença mental grave e, finalmente, doentes com doença mental e incapacidade, os quais sofrem de restrições no exercício dos seus direitos e barreiras à sua participação na sociedade, ou seja, na vida política e pública, cultural, recreativa, de lazer e no desporto (artigo 29º e artigo 30º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência). Estas condições podem sobrepor-se, isto é, um doente com doença mental pode não viver com incapacidade, já alguém com uma perturbação mental comum pode viver com incapacidade. Independentemente do grupo a que pertencem, todos os doentes acima mencionados estão protegidos pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Estes documentos veiculam uma saúde disponível e ajustada que tem em conta os determinantes da saúde, nomeadamente da saúde mental: baixo nível sócioeconómico, violência e abuso, experiências adversas na infância, o desenvolvimento infantil nos primeiros anos de vida e relações que se querem de suporte e tolerância no seio familiar, no trabalho e noutros settings. As obrigações aplicam-se tanto à saúde física como à saúde mental. Na Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável embora não haja uma referência clara à saúde mental é afirmado: [...] Estamos comprometidos com a prevenção e o tratamento de doenças não transmissíveis incluindo distúrbios comportamentais, de desenvolvimento e neurológicos, que constituem um grande desafio para o desenvolvimento sustentável. [...] (alvo 26).

De acordo com as novas conceções, passou a entender-se que os indivíduos, mesmo em situação de incapacidade, gozam em princípio dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, já que não perdem nelas a sua condição humana. Acentua-se também a ideia de que os direitos fundamentais não são apenas liberdades individuais ou direitos subjetivos, mas

também valores comunitários, uma vez que corporizam o estatuto constitucional das pessoas. A Convenção de Nova Iorque sobre os direitos das pessoas com incapacidade pretende assegurar que as pessoas com deficiências intelectuais exerçam os seus plenos direitos como cidadãos. Por isso, apela às qualidades fundamentais da igualdade, não discriminação e autodeterminação (Neves, 2012, p.179). Uma pessoa com incapacidade psicossocial não pode ser privada de liberdade apenas com base na sua incapacidade e alegação de uma perigosidade para o próprio e/ou terceiros.

A prestação de cuidados de saúde mental a doentes que padecem de doenças mentais graves (doença bipolar, esquizofrenia e outras psicoses) tem sofrido alterações significativas nas últimas décadas. Entre outras mudanças os doentes deixaram de viver anos a fio em instituições psiquiátricas.

Quando comecei a trabalhar em psiquiatria, nos anos 70, largos milhares de pessoas que sofriam destas doenças no nosso país continuavam internadas, em muitos casos por toda a vida, em instituições psiquiátricas, onde viviam em condições deploráveis, separadas do mundo, privadas de direitos fundamentais e sem grande esperança de algum dia poderem voltar às suas comunidades de origem, para junto dos seus familiares. (Almeida, 2008, p.7)

O artigo 14 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência refere que

“[...] as pessoas com deficiência, [...] não são privadas da sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária [...]”. Não pode portanto haver uma atitude discriminatória em relação às pessoas com incapacidade no que se refere ao direito à liberdade. Quando isso acontece são frequentemente forçadas a tratamentos e as condições de vida que colocam a sua saúde mental e física em risco. A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura alerta que as crianças em situação de acolhimento residencial estão expostas a maior risco de trauma, violência e abuso e que o sofrimento emocional causado pela segregação pode traduzir-se em má assistência e tortura.

A Saúde Mental é um problema de saúde pessoal e público, porque o doente pode fazer mal a si mesmo e a quem está à sua volta. O problema é que faltam instituições suficientes capazes de atender com dignidade e qualidade. (Lemos, 2020)

O papel do Estado na efetivação do direito à proteção da saúde deve “ser objeto de moderna provisão, de modo a fazer face à evolução havida e a responder aos desafios presentes e futuros na salvaguarda das pessoas” (Monge, C., 2019: 2). O modelo organizativo e a qualidade assistencial têm uma relação íntima com o respeito pelos direitos humanos, em particular das pessoas com doença mental grave. Neste sentido, assistiu-se a mudança de um modelo centrado nos hospitais psiquiátricos para serviços na comunidade muito embora não esteja assegurado que os doentes estejam plenamente integrados nas suas comunidades.” Os obstáculos à cidadania completa devem-se, por um lado, às debilidades geradas pela doença e, por outro, às atitudes discriminatória e estigmatizadoras do público.” (Almeida, 2008:1). Ainda assim, em Portugal o esforço tem sido notório assistindo-se a uma redução significativa dos hospitais psiquiátricos e a diminuição também significativa das camas do setor público (UNHCHR, 2017, p. 12).

O estigma “entrincheirado” e a discriminação estão subjacentes aos abusos dos direitos humanos. Os estereótipos negativos estão disseminados não apenas na população, em geral, mas as crenças e as atitudes estigmatizadoras estão também presentes nos próprios profissionais de saúde mental, mesmo nos países desenvolvidos (Thornicroft *et al.* 2009). Do estigma, o qual afeta particularmente determinados grupos: migrantes, deficientes físicos, doentes mentais

e portadores de outras doenças crónicas, decorre a exclusão social, a violência e a subalternização. Os portadores de doença mental tornam-se ainda mais vítimas da sua doença sofrendo de discriminação e violação dos seus direitos humanos.

As doenças mentais graves como a esquizofrenia, doença maníaco-depressiva (bipolar), outras psicoses, e mesmo a depressão, conduzem frequentemente à incapacidade. "We take the term to embrace those with a mental disorder or impairment that has persistence over time and who may therefore have a range of encounters with the mental health system, experience the effects of social stigma or remain without access to needed health supports" (Szumukler *et al.*, 2015, p.2). A incapacidade é considerada pelo modelo biomédico como uma condição do indivíduo, provocada pela doença, trauma ou outro problema de saúde, que requiere tratamento médico adequado, individualizado, por técnicos habilitados. Neste modelo, a assistência em relação à incapacidade tem como finalidade a cura ou o ajustamento do doente e/ou a mudança do seu comportamento. No modelo social de incapacidade esta condição não é própria do indivíduo, mas sim uma condição resultante da sociedade, passando a sua resolução pela integração plena do mesmo na comunidade. Se no primeiro caso, a nível político, a resposta passa pela alteração ou reforma das políticas de saúde, no segundo caso, a solução dos problemas das pessoas passa por uma responsabilidade social coletiva da sociedade e, a nível político, por questões ideológicas que se configuram numa questão de direitos humanos (CIF, 2004).

Na CIF, o termo deficiência corresponde, a alterações apenas no nível do corpo, enquanto o termo incapacidade seria bem mais abrangente, indicando os aspetos negativos da interação entre um indivíduo (com uma determinada condição de saúde e seus fatores contextuais (fatores ambientais ou pessoais), ou seja, algo que envolva uma relação dinâmica. Um indivíduo pode apresentar uma deficiência (no nível do corpo) e não necessariamente viver qualquer tipo de incapacidade. De modo oposto, uma pessoa pode viver a incapacidade sem ter nenhuma deficiência, apenas em razão de estigma ou preconceito (barreira de atitude). (Nubila & Buchalla, 2008, p. 330)

A magnitude do problema da incapacidade entre as pessoas com perturbações psiquiátricas não é conhecida, sendo até subvalorizada. No fim da década de 80 e início de 90, a investigação epidemiológica mostrou que as perturbações mentais eram tanto ou mais incapacitantes que as doenças físicas crónicas comuns. Verificou-se uma maior probabilidade dos pacientes com doença mental, sem resposta aos tratamentos, sofrerem incapacidades em termos sociais mais significativas e duradouras. Esta relação entre incapacidade e doença mental não sofre alteração mesmo depois de controladas as comorbidades médicas. A incapacidade associada à doença mental deve-se, por um lado, aos efeitos da doença e à gestão da mesma por parte dos técnicos de saúde e, por outro, à reação do público. A introdução, nos anos 50, de medicação capaz de controlar as perturbações psiquiátricas facilitou a colocação de doentes nas comunidades. Infelizmente, estes fármacos produzem efeitos secundários com impacto a nível da psicomotricidade e do comportamento em geral. Confrontados com o estigma e preconceito por parte da comunidade (incluindo dos media) podem integrar a imagem que os outros têm deles como inexplicáveis, perigosos e imprevisíveis. A pobreza e desvantagem social são prementes: dadas as dificuldades em conseguir e manter empregos e porque os apoios sociais, quando existentes, são insuficientes mesmo para as necessidades mais básicas, ficam excluídos de atividades sociais lúdicas, forçados a coabitação ou a viverem em condições favorecedoras da exploração e exclusão. Assim, estamos longe de alcançar o proclamado no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "Todas a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais

indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.” Os problemas das incapacidades de longo termo devido às doenças mentais graves não vão deixar de existir com o desaparecimento dos hospitais psiquiátricos pois estão a surgir da comunidade “novos” doentes crónicos. Estes pacientes vão precisar de programas centrados e consistentes para os ajudarem a ultrapassar as limitações.

[...] alternativas de inserção socioprofissional às pessoas que por doença mental tradicionalmente tinham apenas o(s) internamento(s) prolongado(s) numa instituição psiquiátrica ou a dependência da família ou da caridade pública ou religiosa como alternativas para a incapacidade ou a desvantagem psicossocial resultantes de patologia psíquica. (Carvalho, 2000, p.17)

Uma efetiva desinstitucionalização deve ter em conta que o direito a viver em comunidade é mais do que um realojamento físico da pessoa, tal como sugerido pelo artigo 19 da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O suporte social às pessoas que vivem com incapacidade deve estar simultaneamente disponível, isto é, o apoio à habitação condigna, aos cuidados médicos, o apoio monetário, o acesso à educação e ao trabalho, etc. São especialmente importantes as instituições e os grupos de suporte a nível comunitário, em resposta às situações de crise e de emergência, cuja criação e desenvolvimento devem ser amplamente estimuladas. O processo de recuperação do doente passa por apoiar a pessoa em todos os aspetos da sua vida, como o desenvolvimento pessoal, o exercício da sua autonomia e a participação e inclusão na comunidade. Tal como referido anteriormente, a doença mental pode implicar quadros de incapacidade em que pessoa se vê limitada no exercício dos seus direitos ou cumprimento dos seus deveres. O código civil de 1966 contemplava três classes de doentes em situação de incapacidade: a menoridade, os interditos e os inabilitados. A incidência da anomalia psíquica no direito civil, até ao surgimento da Lei n.º49/2018, de 14 de agosto, do Maior Acompanhado, traduzia-se essencialmente nos institutos da interdição e da inabilitação. “Uma pessoa maior com deficiência deve poder ser ajudada sem que para isso tenha que perder a sua capacidade de exercício”(Monteiro, 2016). Nos termos do artigo 138.º do Código Civil, aqueles que, por anomalia psíquica, se mostravam incapazes de governar as suas pessoas e os seus bens podiam ser interditos do exercício de direitos. Eram aplicáveis aos interditos, com os necessários ajustamentos, as disposições que regulam a incapacidade por menoridade. A inabilitação aplicava-se a pessoas cuja anomalia, embora de carácter permanente, não fosse de tal modo grave que justificasse a interdição (artigo 152.º). Já os reflexos criminais da anomalia psíquica são mais extensos. Eram pois, processos não flexíveis, e não desenhados à medida do incapaz que, equiparando o indivíduo à menoridade, não promoviam o exercício dos direitos, criando a necessidade de se adotar um regime mais ajustado à perspetiva atual dos direitos humanos. Entre outros aspetos não promovia a mobilização das capacidades remanescentes existentes na pessoa. No regime do Maior Acompanhado: “o maior impossibilitado, por razões de saúde ou pelo seu comportamento, de exercer plena, pessoalmente e conscientemente os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento” (Artigo 138.º). Para além da Convenção das Nações sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência também os princípios elencados na Convenção de Haia relativos à proteção de adultos incapazes de protegerem os seus interesses, nomeadamente com incapacidade, foram cruciais para se alterarem os regimes acima mencionados. Em Portugal a convenção foi ratificada e aprovada para adesão em 2014. No seu artigo 3.º pode ler-se: “A determinação da incapacidade e a instituição de regime de proteção (...) A designação e as funções de qualquer pessoa ou organismo encarregados da pessoa ou dos bens do adulto, bem como a sua apresentação ou

assistência (...) A autorização de uma intervenção específica para a proteção da pessoa ou bens do adulto.” De notar que o pedido de acompanhamento pode ser efetuado pelo beneficiário e que os acompanhantes podem desempenhar diversas funções. Em causa estão direitos como: casar, de constituir situações de uniões e facto, de procriar, incluindo o recurso à procriação medicamente assistida, de adotar, de perfilhar ou adotar, cuidar e educar os filhos, escolher profissão, se deslocar no país ou no estrangeiro, fixar domicílio e residência, estabelecer relações com quem entender, testar (incluindo o testamento vital) e também capacidade para aceitar e/ou recusar tratamentos que medicamente lhe são indicados ou propostos. Em Portugal quem é responsável pelas medidas previstas na Convenção é a Procuradoria-Geral da República.

A lei possibilita que se recorra a decisores alternativos, nomeadamente o Ministério Público – que é considerado pelo seu estatuto representante dos incapazes, tendo competência para suprir o seu consentimento quando a causa de pedir é a incapacidade da pessoa [...] e o gestor de negócios – quando alguém assume a direção de um negócio, de um interesse da pessoa incapaz, no interesse e por conta desta, sem ter obtido a necessária autorização [...] Além destes mecanismos, na área da saúde estão hoje consagrados instrumentos de expressão prospetiva da autonomia do paciente que permitem antecipar decisões ou nomear decisores para a eventualidade de uma incapacidade futura: as diretivas antecipadas de vontade, quer na forma de testamento vital, quer de procuração de cuidados de saúde (cf. Lei n.º 25/2012, de 16 de julho). (Vitor, 2017, p. 73)

O CONSENTIMENTO INFORMADO

“Discriminação” significa qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha como consequência anular ou comprometer o gozo de direitos em condições de igualdade. Não serão consideradas discriminatórias as medidas especiais adotadas unicamente com o objetivo de proteger os direitos, ou assegurar a melhoria da condição, das pessoas com doença mental. (ONU, 1991, p.2)

O consentimento informado é uma condição fundamental para garantir o respeito pela autonomia e autodeterminação individuais e assegurar o respeito pela dignidade humana. Quando dado com base na deturpação ou ausência de informação, sob ameaça ou em contexto médico duvidoso, o tratamento é equivalente a um tratamento involuntário. Os profissionais de saúde mental devem fazer todos os possíveis para obter um consentimento livre e informado. Diversas práticas nas instituições psiquiátricas põem em causa os artigos 15, 16 e 17 da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: tratamentos coercivos, permanência em quartos de isolamento, medicação excessiva e forçada, incluindo com falsas pretensões e sem informação dos riscos associados; não só violam o consentimento livre e esclarecido, como podem ser bem entendidas como formas de tortura.

O paciente de uma instituição de saúde mental será informado, logo que possível após o ingresso, de todos os seus direitos em conformidade com os presentes Princípios e com o direito interno, de uma forma e numa linguagem que compreenda, devendo a informação incluir uma explicação desses direitos e da forma de os exercer. Caso o paciente seja incapaz de compreender tal informação, e enquanto persistir esta situação, os direitos do paciente serão comunicados ao seu representante pessoal, se este existir e se tal for adequado, e à pessoa ou pessoas melhor colocadas para representar os interesses do paciente e dispostas a fazê-lo. (ONU, 1991, p.9)

A ideia do paciente como centro de decisão sobre a sua saúde e doença, que está implicada no modelo de consentimento informado, importa que seja veiculada pelo clínico a informação suficiente sobre o projeto terapêutico proposto (onde se inclui a referência e explicitação

das alternativas a esse mesmo plano) e sobre os efeitos exetáveis (possibilidades de sucesso e risco que coenvolve) e que o profissional se assegure de que o doente compreendeu de facto o sentido daquelas informações (e, portanto, seja usada linguagem simples e de acordo com o nível cultural do paciente). Fora destas exigências estão as intervenções diagnósticas e terapêuticas que decorrem no âmbito do internamento compulsivo (sem prejuízo das limitações à psicocirurgia) ou em quadros de urgência em que há risco para o próprio e/ou terceiros. Ainda assim, o clínico deve esforçar-se em obter aquele consentimento – direito à autodeterminação do doente só deve ceder, e na medida em que tal seja proporcionado, quando outros valores o exijam. A eletroconvulsivoterapia, intervenção terapêutica que consiste na aplicação de corrente elétrica em regiões apropriadas por forma a provocar no doente uma crise convulsiva, e altamente eficaz em determinados quadros psiquiátricos, dado o seu carácter invasivo, só é legitimado com o consentimento escrito do paciente ou nos termos do n.º3 do Artigo 5.º da Lei de Saúde Mental: “Os direitos referidos nas alíneas c), d) e e) do n.º1 são exercidos pelos representantes legais quando os doentes sejam menores de 14 anos ou não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento”.

Tratando-se de um adulto e incapaz de facto (sendo incapacidade em relação a determinado ato médico, de compreender o alcance e sentido do consentimento, não exercendo a sua autonomia) a Lei de Saúde Mental não previu mecanismo concreto de representação. Deste modo, fora os quadros de intervenção urgente (v.g., com perigo para a vida) dever-se-á ouvir os familiares do doente (caso existam e estejam disponíveis) por forma a ponderar sobre a vontade presumida do mesmo (artigo 38.º da CDOM). Uma vez que o Código Deontológico não tem força de lei, a justificação do comportamento do médico deve assentar das normas de lei atinentes ao consentimento presumido (v.g., artigo 39.º do CP). Cabe a quem legitimidade, o Ministério Público, instaurar, se for o caso, o competente processo de Maior Acompanhado nos termos da lei civil, assim conferindo ao portador de anomalia psíquica os pertinentes mecanismos de representação. Quanto à competência para averiguar daquela incapacidade para consentir caberá aos médicos psiquiatras *a avaliação da capacidade de decisão*.

O CASO DAS DEMÊNCIAS

[...] Existem pessoas que pelas suas circunstâncias e pelos contextos em que vivem podem encontrar-se sujeitas a uma maior vulnerabilidade. [...] E em algumas circunstâncias particularmente vulneráveis – há assim evocação de *special vulnerability* ou *special individual vulnerabilities* [...] um idoso é reconhecido como vulnerável, pela redução das suas capacidades (físicas e mentais). (Nunes *et al.*, 2014, p.15-16)

Os direitos fundamentais foram-se afirmando na história da Humanidade precisamente perante as investidas ou as ameaças dos poderes sociais e no contexto das relações de domínio dos homens. O catálogo dos direitos fundamentais tem vindo a alargar-se, mediante um processo acumulativo, reagindo contra os novos perigos que ameaçam, em cada época, os valores pessoais. São disso exemplo as Demências, doenças heterogêneas e progressivas, que provocam défice cognitivo em vários domínios, perda de autonomia e funcionalidade, com comprometimento importante de várias competências fundamentais para o dia-a-dia tornando a pessoa dependente de terceiros. De acordo com a *Alzheimer Portugal* (2009) o número estimado de pessoas portadoras de demência em Portugal é de 153 mil. Devido às dificuldades de comunicação provocadas pela doença julga-se frequentemente que o doente se torna insensível

ao modo como é tratado. Na realidade, tal não se verifica e é fundamental assegurar-se uma vivência plena de identidade, até mesmo nas fases terminais da demência. De um modo geral, pode dizer-se que se deve ter presente a vontade manifestada pela doente, no que concerne, nomeadamente, os tratamentos e intervenções a instituir. No entanto, na área dos direitos, a preocupação fundamental será prevenir, informando quais os mecanismos jurídicos que permitem um exercício efetivo da autonomia mesmo que a capacidade de tomar decisões livres e esclarecidas se vá perdendo. A este respeito relevo a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), a Lei sobre Direitos das Pessoas em contexto de Doença Avançada e em Fim de Vida (Lei n.º 31/2018 de 18.07), a Lei que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, e a nomeação do Procurador de Cuidados de Saúde e cria o Registo Nacional de Testamento Vital (Lei n.º 25/2012 de 16-07), a Portaria que aprova o modelo de Diretiva Antecipada de Vontade (Portaria n.º 104/2014 de 15-05), a Portaria que regulamenta a organização e funcionamento do Registo Nacional do Testamento Vital (Portaria n.º 96/2014 de 05.05) e a Lei n.º 15/2014 de 21.03 que consolida a legislação sobre Direitos e Deveres dos utentes dos Serviços de Saúde: “Valorização da pessoa como um todo para além da doença e das capacidades que perdeu [...] Ser informado sobre a possibilidade de fazer um testamento vital e de escolher pessoa ou pessoas que o ajudem ou representem na tomada de decisões: cuidador; procurador para cuidados de saúde; mandatário; acompanhante [...] Ser ouvido e respeitado na sua vontade mesmo que a sua capacidade se encontre diminuída e já tenha alguém que o ajude ou represente na tomada de decisões”.

O FUTURO E O EMPOWERMENT

Falta apoio político e financiamento adequado à implementação e desenvolvimento sustentado das medidas do Plano Nacional de Saúde Mental e medidas que assegurem o acompanhamento na doença mental grave. (Castelão, 2020)

Entre os desenvolvimentos mais marcantes na área da psiquiatria destaca-se o surgimento e o crescimento das organizações de familiares de pessoas com doenças mentais graves. São uma voz ativa em proporcionar apoios para os seus utentes, em exercer influência para que sejam dirigidos recursos psiquiátricos para as pessoas com os problemas mais graves, em promover a educação pública e em impulsionar a investigação. Trata-se de devolver o poder ao utente - *empowerment* é promover a sua capacidade de participação e envolvimento na gestão dos próprios cuidados, nos processos da sua recuperação e na defesa dos seus direitos. O *empowerment* é do indivíduo mas também da comunidade: ações multissetoriais influenciando a saúde e a qualidade de vida da comunidade. Em 2008 assistiu-se à formação da Comissão Consultiva para a Participação de Utes e Cuidadores de assessoria à Coordenação Nacional, mais tarde apelidada de Programa Nacional para a Saúde Mental. Teve como objetivos: a salvaguarda dos direitos dos doentes no contexto do tratamento e reabilitação psicossocial, o apoio aos cuidadores, ajuda à participação da sociedade civil na gestão dos serviços de saúde mental, ajuda no desenvolvimento de ONG's de utentes e familiares e grupos de ajuda mútua e ajuda ao movimento de defesa dos direitos das pessoas com problemas de saúde mental (advocacy) a nível nacional e internacional. A União Internacional de Apoio à Liberdade da Mente (mindfreedom.org/) organiza, atualmente, junto ao congresso da Associação Americana de Psiquiatria uma manifestação para publicitar os tratamentos psiquiátricos “forçados” no sistema de saúde

mental. Em 2018 o tema foi “Do No Harm”. Critica a capacidade que a indústria farmacêutica tem de influenciar a política e a prática psiquiátrica. A organização considera que o apoio do governo aos grupos de doentes é uma forma de cooptação que enfraquece a sua independência e a sua capacidade para o ativismo relativo aos direitos da pessoa humana. Os pacientes ativistas reforçam o movimento em direção ao fortalecimento da sua capacidade de autonomia, colaboração e reconhecimento dos direitos da pessoa humana. Alguns obstáculos a esta propaganda “fora do paradigma” adquire a forma de um movimento social que oferece alguma legitimidade mas avança num sentido diferente: é mais provável que aqueles que adotam o modelo o façam em resultado de uma experiência de “conversão”, semelhante a uma conversão religiosa”(Leff *et al*, 2008). Apesar de mais lenta e onerosa, a evolução “dentro do paradigma”, com a legitimidade comprovada e baseada nas leis e recomendações nacionais e internacionais, racional e fundamentada em provas será porventura a que mais satisfaz as necessidades destes doentes. À semelhança do que acontece no Reino Unido, na Escandinávia, na Alemanha e nos Estados Unidos da América as Comissões de Cidadãos podem-se constituir, como um modelo a adotar, enquanto decisores políticos de saúde: debater, questionar peritos e tornar públicas as suas conclusões. Os cidadãos comuns são assim envolvidos nos processos de tomada de decisão, o que por si só, aumenta o nível de transparência dos mesmos.

The collection of comprehensive qualitative and quantitative data is a vital component of a human-right approach. In the context of mental health, data collection should focus, inter alia, on resource allocation, disparities in access to health care and support, the identification of the most vulnerable and marginalized, patterns of discrimination, access to employment, housing and education, and the general socioeconomic situation of persons [...] Data should be disaggregated by age, sex, socioeconomic status, disability and other factors, as relevant to the national context, and should be utilized to inform policy formulation and legislation and develop effective responses.(OHCR, 2017, p. 12)

As mulheres, as crianças, as minorias étnicas e culturais, bem como as pessoas com deficiência e/ou incapacidade estão entre os grupos marginalizados e vulneráveis que sofrem de problemas de saúde devido à discriminação. Neste sentido, é preciso ter em conta a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR), de 1965, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDM), de 1979, referindo-se ao acesso à saúde e cuidados médicos sem discriminação. De futuro, os serviços de saúde mental deverão assegurar: a disponibilidade, o que inclui a existência de programas adequados; a acessibilidade, o que inclui a acessibilidade económica e a informação adequada; a aceitabilidade, o que inclui serem culturalmente sensíveis e respeitando a ética médica (ex. a confidencialidade) e a qualidade (ex. centros de referência dirigidos ao trauma).

De acordo com o artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e do artigo 32 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, aos países cabe o dever de cooperar internacionalmente, especialmente cooperação técnica e económica, visando progressivamente reforçar o direito à saúde. Tal como indicado pelo Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais é responsabilidade dos estados cooperar na assistência internacional a outros países. No que se refere às pessoas com incapacidade, entre outras atividades, é importante: ajudar na capacitação dos técnicos de saúde, outros profissionais, e sociedade social; oferecer suporte técnico de modo a que outros países desenvolvam políticas, planos, procedimentos, leis e serviços que protejam os direitos das pessoas com incapacidade e sinalizar situação de segregação, exclusão social ou mesmo de violação de direitos humanos.

What kind of legislative Framework would thus be non-discriminatory? One of us has proposed what has been termed a “Fusion Law”. This is a single, generic statute, covering everyone, in any medical speciality, in any area of healthcare – and indeed social care – in any setting. That is, there would be no separate mental health or civil commitment law. [...] The treatment would need to be in the person’s “best interests”, and more clearly, according to the best interpretation of what the person would have chosen if they had retained capacity in the present circumstances. [...] A major advance of the proposed provisions is that the impaired capacity could be from any cause – a head injury, post-epileptic confusion, schizophrenia, confusion due to an adverse drug reaction or infection, Alzheimer’s disease and so on. [...] Again, non-consensual treatment would end with the recovery of capacity. (Szmukler, 2015, p. 5)

Em 28 de janeiro de 2010 foi publicado o Decreto-Lei n.º 8/2010 que diz respeito às unidades que se destinam às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontram em situação de dependência: “as estruturas multidisciplinares de cuidados continuados integrados de saúde mental, em articulação com a rede nacional de cuidados continuados integrados (RNCCI) e com os serviços locais de saúde mental (SLSM) (...) passando a prestar cuidados de saúde mental a ser assegurada por equipas e unidades multidisciplinares habilitadas a responder, de forma coordenada, aos aspetos médicos, psicológicos, sociais, de enfermagem e de reabilitação”. A proposta de futuro e tendo em conta que: “os cuidados de saúde mental integram o sistema geral de saúde, nos seus vários níveis (primário, secundário, terciário, continuado e paliativo. E tanto quanto se precisam de consultas periódicas e vigilância de saúde, na mesma intensidade se carece de avaliação e vigilância da saúde mental” (Nunes *et al.*, 2014, p.19), uma perspectiva desenvolvimental possibilitará prestar atenção, em cada momento, aos fatores de risco e de proteção, na infância, na adolescência e no envelhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Naturalmente, existe uma relação clara entre a saúde mental e os direitos humanos sendo facilmente reconhecido que as violações dos direitos humanos têm impacto negativo na saúde mental das pessoas. E as pessoas afetadas por doenças, problemas ou transtornos mentais, têm os mesmos direitos básicos que todas as outras – o que claramente varia é a sua circunstância, muito mais vulnerabilizadora e que as incapacita para o pleno exercício dos seus direitos.(Nunes *et al.*, 2014, p.14)

As evidências demonstram que a doença psiquiátrica constitui um fator de risco no aparecimento da incapacidade. “Assim, os esforços para melhorar os resultados em termos funcionais exigem mais do que tratamentos eficazes, eles exigem também sistemas eficazes capazes de administrarem esses tratamentos à população” (Korff, 2001, p. 83)

A ausência de formação sistemática dos profissionais de saúde mental, no campo dos direitos humanos, facilita a perpetuação do estigma no campo clínico o que implica, por sua vez, comprometimento na prestação de cuidados, e até, inadequação dos serviços face às exigências internacionais que visam o melhor respeito pelos direitos humanos. “There are also significant data and research gaps in mental health, particularly in relation to the identification of the human rights situation of persons with mental health conditions and users of mental health services, and the impact of policy measures” (UNHCHR, 2017, p. 8). No entanto há razões para se manter o otimismo em relação ao futuro das pessoas com doença mental e incapacidade. Nas últimas décadas, assistimos à formação e empoderamento de várias organizações comunitárias, grupos profissionais, grupos governamentais e não-governamentais e entidades comerciais, juntos na luta contra o estigma. Cada vez mais profissionais e legisladores reconhecem que a exclusão

das pessoas com doença mental, e em particular daquelas com incapacidade, alimenta a auto estigmatização entre os doentes dificultando a sua recuperação.

As medidas de futuro devem promover a adoção de comportamentos mais disponíveis para a intervenção em meio comunitário, à continuidade de cuidados e ao encontro de parcerias nessas comunidades. Estou a referir-me nomeadamente à formação dos Médicos de Família na área de intervenção em Saúde Mental, ao enfoque do papel da Psiquiatria de Ligação, à disponibilização de técnicos do serviço social em número adequado e às potenciais sinergias com a Segurança Social e outras redes sociais de suporte de nível comunitário.

A capacitação passa também pela sociedade civil, pelos advogados, pelos juízes e polícias e outros agentes, de modo a se promoverem os direitos humanos, a capacidade jurídica e o modelo de recovery da saúde mental, em sintonia com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e outros padrões internacionais na área dos direitos humanos. Aos profissionais de saúde mental, que ligam com a perda da liberdade daqueles que cuidam, exige-se a adoção de boas práticas, procurando ir de encontro aos desejos e preferências dos doentes, num contexto menos restritivo possível e mais capacitador.

Poucos são os países que dispõem de um enquadramento legal que proteja os direitos dos utilizadores dos serviços de saúde mental, dos portadores de perturbações mentais ou doença mental grave e daqueles portadores de incapacidade. É especialmente importante assegurar a acessibilidade aos serviços de saúde mental especialmente para aqueles que vivem com incapacidade, que vivem em contexto prisional e em outras situações de privação da liberdade.

Tendo em conta o impacto direito que as políticas e as leis têm na realização dos direitos humanos apenas um contexto jurídico adequado os pode proteger firmemente. Estas leis devem ser depois escrutinadas no sentido de se perceber até que ponto estes doentes disfrutam em pleno dos direitos humanos, quer no sistema mental de saúde, quer num contexto social mais alargado. Devem ter um impacto positivo em áreas como o emprego, igualdade e não-discriminação, proteção social, habitação e educação, garantindo que às pessoas portadoras de doença mental com, ou sem incapacidade, são-lhe oferecidas as mesmas oportunidades. Os processos de certificação de incapacidade podem não reconhecer a incapacidade dessas mesmas pessoas deixando-os “de fora” dos mecanismos de apoio social, específicos, ou não, da saúde mental. O acompanhamento da implementação das mudanças em curso aplica-se também, por exemplo, ao regime do Maior Acompanhado, já que são expetáveis dificuldades (sobrecarga dos tribunais, indisponibilidade de acompanhantes) que podem colocar em causa a plena aplicação dos direitos da pessoa, muito embora a mudança de paradigma observada.

Os cidadãos, nomeadamente os que se debatem com incapacidade, devem ser chamados a fazer parte do planeamento e desenvolvimento dessas mesmas políticas, reforçando os seus direitos, tal como indicado na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais: proibição da privação arbitrária de liberdade baseada em argumentos como os da incapacidade, potencial risco de perigo para o próprio e/ou para outros, ou da necessidade em serem prestados cuidados; assegurar a todos os doentes o acesso ao consentimento livre e informado e a adoção de um enquadramento legal integrado, valorizando os processos de decisão partilhados, diretivas antecipadas e a melhor interpretação do desejo e preferências da pessoa como último recurso. É preciso uma atenção particular para a perpetuação da segregação que pode tomar a forma de “novas” instituições ou de intervenções

cosméticas nas já existentes e/ou de fraca alocação de recursos humanos nas mesmas.

A habitação e as políticas de proteção social, tal como enfatizado nos artigos 19 e 28 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, são essenciais para garantir níveis de vida aceitáveis para os doentes com incapacidade. “As perturbações mentais precedem habitualmente a vida na rua embora esta situação as tenha agravado. A vida de sem-abrigo pode, nalguns casos, precipitar o uso e abuso de drogas, mas geralmente o consumo é anterior” (M. J. S. Ferreira, comunicação pessoal, 14 de janeiro de 2016). As medidas dirigidas à habitação e à família, à eliminação da pobreza, ao combate à má-nutrição e à exclusão social têm um impacto significativo na saúde física e mental de todos, sobretudo dos que vivem em situação de incapacidade. Os países deverão incluir no mercado de trabalho pessoas com incapacidade garantindo-lhes, deste modo, um suporte monetário.

A Saúde Mental não é uma questão meramente médica ou de saúde mas em larga medida uma matéria de direitos humanos, dignidade e justiça social. Deve ser o doente a figura central nestas preocupações; a experiência de viver com uma doença mental é fortemente influenciada pela histórica e continuada marginalização da saúde mental nas políticas públicas resultando em desigualdades sociais e prevalência elevada nas pessoas vivendo em condições de pobreza. Há uma associação forte entre pobreza e doença mental tendo em conta a incapacidade para estes doentes exercerem os seus direitos económicos, sociais e culturais, como o direito à educação, trabalho, a uma casa e comida. Um dos mais importantes desafios na saúde e nos direitos humanos é precisamente o direito à saúde dos que vivem em situação de pobreza. Uma abordagem da saúde mental baseada nos direitos humanos deve ter em conta os determinantes sociais: violência e abuso, experiências adversas na infância, desenvolvimento infantil deficitário, relações familiares disfuncionais e más condições de trabalho. Abordar estes determinantes implica uma ação coordenada da área da saúde e de outros setores relevantes da sociedade de modo a produzir políticas coerentes e que integrem em definitivo a autodeterminação e os direitos daqueles que vivem com doença mental e incapacidade, aspetos que dessem ser reconhecidos e protegidos.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Pedro Soares de – A Lei de Saúde Mental. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, C. LEFF, J, WARNER, R - Tradução de Ana Paula Lopes. Inclusão Social de Pessoas com Doenças Mentais. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3556-7.

ALMEIDA, Caldas *et al.*- Estudo Epidemiológico Nacional de Saúde Mental. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2009. (1º Relatório n.978 – 989 –98576 – 0 - 5).

BENEDEK, Wolfgang - Compreender os direitos humanos, Manual de educação para os direitos humanos. (Coord. Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes). Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae, Centro de Direitos Humanos, 2014. <http://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/D.pdf>, consultado em 9 de fevereiro de 2020.

CARVALHO, Álvaro *et al* - A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Instituto de Medicina Legal, Coimbra Editora, Limitada, 2000. ISBN 972-32-0985-3.

CASTELÃO, Joaquina – Health Parliament Portugal. Lisboa: 2020, 10 fev. <https://healthparliament.pt/noticias/2020-02-10-Saude-mental-continua-a-procura-de-respostas.-E-de-dinheiro>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

CONVENÇÃO DE HAIA. Convenção Relativa à Proteção Internacional de Adultos. (2000-01-13).

DECRETO-LEI n.º 78/87. Código de Processo Penal. D.R. I Série. (1987-02-17). <https://dre.pt/application/conteudo/662562>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

DECRETO-LEI n.º 8/2010. Cria um conjunto de unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, destinados às pessoas com doença mental grave de que resulte incapacidade psicossocial e que se encontrem em situação de dependência. D.R. I Série. 19 (2010 – 01 – 8) p. 257. <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/616776/details/normal?l=1>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

DESPACHO CONJUNTO N.º 407/1998. Orientações reguladoras da intervenção articulada do apoio social e dos cuidados de saúde continuados dirigidos às pessoas em situação de dependência. D.R. II Série. 138 (1998 – 06 – 18) p. 8328 – 8332. http://www.seg-social.pt/documents/10152/35243/Desp_C_407_98, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

KORFF, Michael Von – Perturbações Mentais Comuns nos Cuidados Primários. Capítulo 4. Incapacidade e Doença Psicológica nos Cuidados Primários. (Coord. Michele Tansella e Graham Thornicroft). 1. ed. Coimbra: Climepsi Editora, 2001. ISBN 972-796-003-0.

LEI n.º1/2005. Constituição da República Portuguesa. 7. ed. Assembleia da República: Lisboa, 2016. ISBN 978-972-556-433-2.

LEI DE SAÚDE MENTAL n.º 36/1998. D.R. I Série. 169 (1998-07-24) pp.1-11.

LEI n.º 38/2004. Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência. D.R. I Série. 194 (2004-08-18) pp. 5232-5237.

LEI n.º 49/2018. Lei do Maior Acompanhado. D.R. I Série. 156 (2018-08-14) pp. 4072-4086.

LEI n.º 41/2003. Código de Processo Civil. D.R. I Série. 121 (2013-06-26). <https://dre.pt/application/conteudo/497406>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

LEI n.º 95/2019. Lei de Bases da Saúde. D.R. I Série. 169 (2019-09-04) pp.55-66.

LEI n.º 25/2012. Regula as Diretivas Antecipadas de Vontade, designadamente sob a forma de Testamento Vital, e a nomeação de Procurador de Cuidados de Saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital. D.R. I Série. 136 (2012-07-16). <https://dre.pt/application/conteudo/179517>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

LEI n.º 15/2014. Lei consolidando a Legislação em matérias de Direitos e Deveres do Utente dos Serviços de Saúde. D.R. I Série. 57 (2014 – 03 – 21). <https://dre.pt/application/conteudo/571943>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

LEMOS, Manuel – Health Parliament Portugal. Lisboa: 2020, 10 fev. <https://healthparliament.pt/noticias/2020-02-10-Saude-mental-continua-a-procura-de-respostas.-E-de-dinheiro>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

MONGE, Cláudia – O Direito Fundamental à Proteção da Saúde. E-pública Revista Eletrónica de Direito Público. Lisboa. ISSN 2183-184X 6, 1 (2019), 1-29. http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000100006, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

MONTEIRO, António Pinto – Código Civil – Edição Comemorativa dos 50 Anos 1966-2016. Almedina: Coimbra, 2016. ISBN 9789724068374.

NUBILA, DI, *et al* - O Papel das Classificações da OMS – CID e CIF nas Definições de Deficiência e Incapacidade. Revista Brasileira de Epidemiologia. São Paulo. ISSN 1415 – 790X. 11, 2 (2008), pp. 324-335. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1415-790X2008000200014&lng=en&nrm=iso&tlng=pt, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

NUNES, Lucília; SOUSA, M. – Bioética e Saúde Mental. Lisboa: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2014. (Memorando).

OHCHR (2017). Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights: resolução A/HRC/34/32, Geneve.

OMS (2004), Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, Lisboa. <https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/documentos-para-download/classificacao-internacional-de-funcionalidade-incapacidade-e-saude-cif-pdf.aspx>, consultado em 2 de fevereiro de 2020.

ONU (1976). International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf, consultado em 2 de fevereiro de 2020.

ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos humanos. <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#preambulo>, consultado em 2 de fevereiro de 2020.

ONU (1984). United Nations Convention against Torture, Committee Against Torture, New York. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cat.aspx>, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

ONU (2010). Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Opcional. Edição do Instituto Nacional para a Reabilitação, I.P. Lisboa.

ONU (2015). Agenda 2030 de Desenvolvimento sustentável: resolução A/RES/70/1, New York.

ONU (1991). Princípios para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para o Melhoramento dos Cuidados de saúde Mental: resolução 46/119, Nova Iorque. <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princ-saudemental.pdf>, consultado em 13 de fevereiro de 2020.

ONU (2017). Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development mental health and human Rights, United Nations High Commissioner for Human Rights, New York. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session34/Pages/ListReports.aspx>, consultado em 16 de fevereiro de 2016.

PORTARIA N.º 348 – A/1998. Define a que regime, no contexto social do mercado, obedece o reconhecimento e a concessão de apoios técnicos e financeiros às empresas de inserção, enquanto medida de política ativa de emprego promovida pelo Instituto do Emprego e da Formação Profissional. D.R. I Série – B. 138 (1998 – 06 – 18) p. 2762 – 2768. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/534620/details/maximized>, consultado em 3 de fevereiro de 2020.

VÍTOR, Paula Távora *et al* – Noções de Direito Civil e Processo Civil que relevam para a Prática Pericial. (Coord. Fernando Vieira, Ana Sofia Cabral, Carlos Braz Saraiva). Ed. PACTOR: Lisboa, 2017. ISBN 978-989-693-065-3.

SZMUKLER, G., BACH. M. – Mental Health Disabilities and Human Rights Protections. *Global Mental Health*. New York 2 (2015) 1-9.

THORNICROFT, G, BROHAN E, ROSE D, SARTORIUS N, LEESE M – Global pattern of experienced and anticipated discrimination against people with schizophrenia: a cross-sectional survey. *373: 9661* (2009) 408-415.

World Health Organization.(2016). Monitoring health for the SDGs: sustainable development goals. Geneve. https://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2016/en/, consultado em 16 de fevereiro de 2020.

World Health Organization. (1946). Constitution of the World Health Organization. <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>, consultado em 2 de fevereiro de 2020.

Os precedentes constitucionais vinculantes e o poder decisório do juiz ordinário

The binding constitutional precedents and the decision-making power of the ordinary judge

Ludmila Moretto Sbarzi Guedes

Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Graduada em Direito pela Faculdade Interamericana de Porto Velho – UNIRON. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio. Advogada

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.2

RESUMO

Diante da aproximação dos sistemas do common law e civil law, os precedentes, atualmente, são observados também nos países que adotam o civil law, como o Brasil. O livre convencimento motivado dos juízes pode gerar decisões distintas em situações semelhantes, o que ocasiona insegurança jurídica e violação ao princípio da isonomia. Dessa forma, os precedentes vinculantes buscam a uniformidade das decisões, prevendo o Código de Processo Civil que a jurisprudência deve ser estável, íntegra e coerente. No entanto, eles não são aplicados em todos os casos, devendo o juiz fazer uma interpretação e, no caso de não estar presente a distinção ou a superação, aplicá-los. Em contrapartida, questiona-se acerca do engessamento do direito e da limitação do poder decisório do juiz e tribunal ordinários diante da vinculação dos precedentes. Enquanto alguns estudiosos afirmam que ao observar o precedente, o juiz ordinário não possui liberdade para interpretar a Constituição, outros afirmam que a interpretação do precedente faz com que a vinculação não seja absoluta. Dessa forma, o objetivo do trabalho é o debate e a reflexão sobre os precedentes e a articulação entre o juiz ordinário e o juiz constitucional. Esta será uma pesquisa bibliográfica e será realizada em artigos, periódicos, doutrinas, leis e Constituição Federal.

Palavras-chave: precedente vinculante. segurança jurídica. poder decisório. limitação.

ABSTRACT

Given the approximation of common law and civil law systems, the precedents are currently also observed in countries that adopt civil law, such as Brazil. The judges' free motivated persuasion often generates different decisions in similar situations, which generates legal uncertainty and violation of the principle of isonomy. Thus, binding precedents seek uniformity of decisions, providing the Code of Civil Procedure that jurisprudence must be stable, complete and coherent. However, they are not applied in all cases, and the judge must make an interpretation and, in case the distinction or overcoming is not present, apply them. On the other hand, it is questioned about the immobilization of the law and the limitation of the decision-making power of the ordinary judge and court in view of the binding of precedents. While some scholars claim that by observing the precedent, the ordinary judge is not free to interpret the Constitution, others claim that the interpretation of the precedent makes the binding not absolute. Thus, the objective of the work is the debate and reflection on precedents and the articulation between the ordinary judge and the constitutional judge. This will be a bibliographical research and will be carried out in articles, periodicals, doctrines, laws and the Federal Constitution.

Keywords: binding precedent. legal security. decision-making power. limitation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o poder decisório do juiz ordinário diante dos precedentes vinculantes.

O Brasil adota o sistema do *civil law*, no qual prevalece o direito codificado. Nesse sistema, a interpretação do direito se dá por meio da interpretação das leis.

Nos países que adotam o sistema do *common law* a aplicação do direito ocorre a partir dos precedentes e dos costumes.

Ocorre que atualmente há uma aproximação entre os dois sistemas, o que tem gerado uma influência recíproca.

Dessa forma, os precedentes judiciais deixaram de ser um tema pertinente apenas para o sistema do *common law*, pois tem crescido a sua utilização em países que adotam o *civil law*.

Com a utilização dos precedentes vinculantes, os juízes e tribunais observarão as decisões dos tribunais a que estiverem vinculados.

Assim, a dificuldade que se apresenta é a discussão acerca do poder decisório do juiz ordinário diante da vinculação dos precedentes constitucionais.

Como as decisões judiciais são dotadas de imprevisibilidade, por um lado o presente trabalho busca abordar a segurança jurídica e a isonomia com a aplicação dos precedentes vinculantes. Por outro lado, busca analisar o esvaziamento do poder decisório do juiz ordinário.

Tal tema se mostra relevante tendo em vista as consequências que podem causar aos jurisdicionados.

Assim, se decisões idênticas para casos idênticos asseguram o princípio da isonomia, em contrapartida, o magistrado ordinário, que tem o maior contato com a demanda e com as partes, deve observar o precedente estabelecido pelos tribunais a que está vinculado.

Salienta-se que a discricionariedade do magistrado ocorre na interpretação do precedente. Se houver alguma peculiaridade fática ou jurídica no caso concreto, o precedente não deve ser observado, em virtude da aplicação da distinção (*distinguishing*). Há ainda a possibilidade de o precedente deixar de existir como fonte vinculante, quando corre a superação (*overruling*), ou quando ocorre a superveniência de regra ou de princípio legal (*overriding*), havendo uma adequação à nova situação jurídica do entendimento fixado.

Destarte, esta pesquisa pretende dar sua contribuição aos operadores do direito, para que possam analisar o objetivo dos precedentes vinculantes sem, no entanto, desconsiderar a limitação do poder decisório do juiz.

OS PRECEDENTES VINCULANTES

No mundo ocidental há dois principais sistemas de direito, quais sejam, o *common law* e o *civil law*.

O *civil law* possui tradição romanística, tendo como base o processo legislativo, enquanto o *common law*, com tradição nos povos anglo-saxões, revela o Direito pelos usos e costumes e pela jurisprudência, não levando tanto em consideração a abstração das leis.¹

Atualmente, há uma influência recíproca entre os sistemas, o que provoca uma aproximação, de modo que as leis ganham importância no regime do *common law* e os precedentes passam a desempenhar papel relevante no sistema *civil law*.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141-146

Como consequência, nos países que adotam o modelo legislado, o papel da jurisprudência tem crescido e nos países que adotam os costumes, a legislação escrita tem sido mais utilizada².

No Brasil, país que adota o sistema *civil law*, não se pode conceber, atualmente, um advogado, por exemplo, elaborar uma petição inicial sem incluir julgados do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e do tribunal onde a demanda tramita, ou ainda um magistrado proferir uma sentença sem citar qualquer julgamento anterior de caso semelhante.

Cumprе salientar que apesar da inserção do artigo 926 no Código de Processo Civil de 2015⁽³⁾, estabelecendo o dever de uniformização da jurisprudência, no Brasil prevalece o direito legislado.

Quanto ao conceito de precedente, para Estefânia Maria de Queiroz, é “a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos”⁴.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que precedente é “a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão”⁵.

Dessa forma, verifica-se que não há um conceito legal para precedente. No entanto, é possível concluir que nem toda decisão consiste em um precedente, pois, para tanto, a razão de decidir deve ser capaz de ser utilizada em outro caso posterior.

Tradicionalmente, o termo precedente se referia a um pronunciamento judicial proferido no passado e, posteriormente, era utilizado como parâmetro para caso semelhante, de modo que a identificação da decisão como precedente não ocorria quando era emitido, mas quando era invocado, no futuro. No entanto, recentemente, o referido termo passou a ser utilizado quando da emissão da decisão, que já é proferida com a finalidade de servir de parâmetro para casos semelhantes que serão analisados futuramente. E o Código de Processo Civil, ora emprega o termo com sentido tradicional (artigo 926, parágrafo 2º), ora com sentido recente (artigo 927, parágrafo 5º)⁶.

Importante mencionar que há diferenças entre o precedente e a jurisprudência. A distinção no aspecto quantitativo se dá pelo fato de que o precedente se refere a uma decisão de um caso particular, enquanto a jurisprudência se refere a uma pluralidade de decisões de diversos casos concretos. A diferença qualitativa ocorre em razão do precedente fornecer uma regra que pode ser aplicada em um caso semelhante posterior, com comparação dos fatos; já na jurisprudência não há análise comparativa dos fatos, se considera o que constitui a jurisprudência, que se transformam em enunciados sumulados, concentradas em poucas frases, tendo como objeto regras jurídicas com conteúdo mais específico do que a lei⁷.

2 TAVARES, André Ramos. *O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante*. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

4 QUEIROZ, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, biblioteca digital.

5 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1214.

6 TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 5, n. 49, p. 58-63, abril, 2016.

7 TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Tradução:

Já a súmula é consolidação da jurisprudência, consistindo no conjunto das teses jurídicas da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal.⁸

O precedente constitucional, por sua vez, consiste nas decisões proferidas por juízes constitucionais sobre a Constituição e a constitucionalidade das leis e devem ser observadas pelos demais órgãos do Judiciário, pela Administração Pública e pela sociedade.⁹

Denota-se que o precedente obrigatório deve ser baseado no princípio da supremacia constitucional, na eficácia normativa da Constituição, e no poder de controlar a constitucionalidade, indispensáveis para a sua efetivação, não havendo como a supremacia constitucional ser alcançada sem uniformidade quanto ao sentido normativo da Constituição e a aplicação de suas normas e princípios de forma isonômica.¹⁰

Portanto, o precedente constitucional tem a função de conferir autoridade à decisão constitucional.

O Código de Processo Civil, com a redação do artigo 926, busca que as decisões sejam mais isonômicas e previsíveis, exigindo que os tribunais deem o exemplo, ou seja, que respeitem os seus próprios precedentes. Estabelece ainda que a jurisprudência deve ser estável, íntegra e coerente.

A estabilidade diz respeito ao fato de que os tribunais devem manter seus entendimentos consolidados, podendo ser alterados apenas de forma fundamentada, com justificativa plausível. A integridade significa que deve levar em conta o histórico de decisões proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica. A coerência busca garantir uma aplicação isonômica do entendimento consolidado em casos semelhantes.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do processo n. 593309⁽¹²⁾, de relatoria do Ministro Humberto Gomes, decidiu que deve unificar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, de modo que é necessário observar a sua jurisprudência, para que seja mantida firme e coerente, pois do contrário, se a jurisprudência variar de acordo com convicções pessoais, o tribunal prestará um “desserviço” às instituições e aos jurisdicionados.

Verifica-se, portanto, que os precedentes precisam também ser respeitados pelas cortes vinculantes, de modo que não sejam alteradas com as mudanças de composição ou conforme conveniências políticas¹³.

O precedente vertical é aquele proferido pelas Cortes Superiores e que deve ser observado pelos juízos de hierarquia judicial inferior. Esse é o caso típico, uma vez que tradicio-

Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Revisão: Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiv5Ci0ezwAhVXHLkGHc_WBUkQFjABegQIAxAE&url=https%3A%2F%2Fcivilistica.emnuvens.com.br%2Fpredc%2Farticle%2Fdownload%2F587%2F428&usg=AOvVaw0ouwNKNPyantx0cp4ToKKb. Data de acesso: 25/05/2021.

8 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1215.

9 TAVARES, André Ramos. O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

10 HERANI, Renato Gugliano. Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 37-58, janeiro-abril, 2017.

11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1394-1395.

12 AgRg nos EREsp 593309 / DF AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2005/0051288-8, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento: 26/10/2005, Data da Publicação: 23/11/2005.

13 MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas JUS, v. 26, p. 41-53, 2015.

nalmente a força do precedente é baseada na autoridade do órgão que proferiu a decisão. Já o precedente horizontal é a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo nível daquele que pronunciou a primeira decisão¹⁴.

O artigo 927 do Código de Processo Civil dispõe que os juízes e tribunais deverão observar as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Salienta-se que o ordenamento jurídico permite que o precedente não seja aplicado em virtude de alguma distinção fática ou jurídica com o caso concreto ou seja superado diante das mudanças que a sociedade pode sofrer. Tais institutos podem ser aplicados mediante a interpretação do precedente.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 927 do CPC apresentam a possibilidade da superação (*overruling*) do precedente, ao afirmarem sobre “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”, “alteração de jurisprudência dominante” e “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”.

Com a superação, o precedente é substituído por outro, deixando de existir como fonte vinculante, de modo que o entendimento nele consagrado deixa de ter eficácia.

Como o Código de Processo Civil exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, a superação do precedente deve ocorrer apenas em situações excepcionais e sempre de forma fundamentada, que conforme exigência do parágrafo 4º do artigo 927, deve considerar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

O artigo 93, IX da Constituição Federal¹⁵ estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada, sob pena de nulidade. Dessa forma, questiona-se se a exigência de fundamentação do parágrafo 4º do art. 927 do CPC estaria apenas repetindo a norma constitucional.

No entanto, a fundamentação exigida em caso de superação do precedente é específica e deve ter uma “carga de motivação maior”, devendo o tribunal demonstrar que o novo entendimento é melhor ou mais adequado e que existem mais razões para alterar o entendimento do que para mantê-lo, mesmo sacrificando a segurança jurídica.¹⁶

Além do *overruling*, há ainda a técnica do *overriding*, por meio do qual o precedente deixa de ser aplicado em virtude da superveniência de regra ou de princípio legal. Nesse caso, há adequação à nova configuração jurídica e não superação.¹⁷

14 TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. *Civiltistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, julho-dezembro, 2014. Tradução: Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Revisão: Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjjv5Ci0ezwAhVXHLkGHc_WBUkQFjABegQIAxAE&url=https%3A%2F%2Fcivilistica.emnuvens.com.br%2Ffredc%2Farticle%2Fdownload%2F587%2F428&usg=AOvVaw0ouwNKNPyantx0cp4ToKKb. Data de acesso: 25/05/2021.

15 BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1412.

17 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm,

A esse respeito, importante mencionar que o Enunciado 324⁽¹⁸⁾ do Fórum Permanente De Processualistas Civis (FPPC)¹⁹ estabelece que uma lei nova acarreta a não aplicação do precedente se for com este incompatível.

O *signaling* é uma técnica através da qual o tribunal sinaliza que poderá modificar o seu entendimento. Nesse sentido, o Enunciado 320⁽²⁰⁾ do FPPC menciona que os tribunais poderão sinalizar a mudança de entendimento da corte aos jurisdicionados.

Já o *prospective overruling* (ou *sunbursting*) consiste na “postergação de produção de efeitos de uma nova regra jurídica”. No Brasil, tal instituto tem semelhança com a modulação temporal dos efeitos das decisões ou aplicação de efeitos prospectivos.²¹

Outra hipótese de não aplicação do precedente é a distinção (*distinguishing*) na qual se exclui a aplicação do precedente no caso concreto em razão de algumas peculiaridades fáticas ou jurídicas.

No caso do *distinguishing*, o precedente continua existindo, ele só não é aplicado ao caso.

Se ao analisar o caso concreto, for verificada a existência de um precedente, este deve ser aplicado, mas se houver alguma particularidade distinta daquelas observadas no precedente, este não deve ser aplicado, por ser caso de distinção.²²

Assim, se os casos não são idênticos ou semelhantes, o resultado também não será o mesmo.

A SEGURANÇA JURÍDICA E A ISONOMIA

A segurança jurídica no sistema do *civil law* é buscada através da codificação, devendo o juiz agir conforme as leis. Já no *common law*, a segurança jurídica se baseia na coerência por meio dos precedentes judiciais, devendo o juiz observá-los.

A decisão judicial, ainda que no sistema *civil law*, possui caráter criativo, sendo dotada de imprevisibilidade.

Dessa forma, como consequência, decisões diferentes são apresentadas aos jurisdicionados em casos semelhantes, o que viola a isonomia.

Enquanto um jurisdicionado, ao buscar o seu direito, alcança a procedência do seu pedido, outro, que está na mesma situação fática e jurídica, tem o seu pedido julgado improcedente, de modo que a isonomia não é observada, causando insegurança jurídica.

2018. p. 1411.

18 Enunciado 324 FPPC: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

19 Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 24/02/2021.

20 Enunciado 320 do FPPC: Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuro.

21 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. Julgamento de casos repetitivos (Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 10). Fredie Didier Jr. et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 281-310.

22 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017. p. 659.

A segurança jurídica, tradicionalmente, consistia na aplicação da lei. Porém, esse conceito foi alargado com os precedentes vinculantes, em busca da isonomia e da segurança jurídica, valores considerados para o Direito Processual Civil funcionar como garantia do Estado Democrático de Direito.²³

A busca pela uniformização das decisões judiciais consiste em um artifício para a realização de valores constitucionais, como a segurança jurídica e a isonomia. Ao mesmo tempo, deve ser observado que os casos não são absolutamente iguais, de modo que as diferenças relevantes devem ser analisadas para que seja concedido tratamento jurídico adequado.²⁴

Diante da necessidade de tratamento isonômico é que decorre o caráter vinculante dos precedentes, que confere aos jurisdicionados confiança em ter suas relações e condutas julgadas conforme o entendimento jurisprudencial em vigor.²⁵

Nesse sentido, Rafael Sirangelo de Abreu afirma que a igualdade é o fundamento dos precedentes:

A jurisprudência contraditória e desordenada, em um mesmo momento histórico, atenta contra a garantia constitucional da igualdade. Tratamento diverso em casos iguais, sem as devidas diferenças relevantes, significa vulnerar frontalmente a igualdade, da mesma forma com que será afrontada no caso de aplicação do precedente sem consideração das diferenças substanciais do caso. Não há como fugir da constatação de que a igualdade é o fundamento natural e dogmático dos precedentes.²⁶

Quando analisamos o artigo 926 do CPC, vimos que as decisões devem ser coerentes e íntegras, sendo, portanto, um dever do Poder Judiciário decidir de forma coerente, em que as mesmas regras e princípios devem ser aplicados em casos idênticos, e íntegra, que apresenta a ideia de unidade do Direito.²⁷

Portanto, denota-se que os precedentes vinculantes buscam contribuir para a estabilidade, afastando as incertezas diante de um processo judicial e de decisões contraditórias.

O que se busca com a decisão constitucional vinculante é a eliminação das antinomias do sistema, a coerência que deve haver no Direito. Assim, essa decisão constitucional vinculante só tem sentido quando busca a uniformidade dos julgados em casos idênticos, impedindo conflitos de decisões, que além de macularem a imagem do Poder Público e do Estado de Direito, pouco contribuem para a segurança jurídica, negando a isonomia e a coerência²⁸.

Como as decisões trazem consequências jurídicas, impactando a vida dos cidadãos de maneira muito mais intensa e concreta do que as leis, o aumento da previsibilidade das decisões judiciais aumenta o nível de segurança jurídica.

Além disso, no caso de um magistrado julgar uma mesma questão jurídica de forma di-

23 CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais*. Revista de Processo, vol. 260, 2016.

24 SILVA NETO, Francisco de Barros e. *A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas*. Julgamentos de casos repetitivos (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10). Fredie Didier Jr. et al (coord.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 167-180.

25 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. Julgamento de casos repetitivos (Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 10). Fredie Didier Jr. et al. (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 281-310.

26 ABREU, Rafael Sirangelo de. *O Direito à igualdade no novo Código de Processo Civil*. Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 8). Fredie Didier Jr. et al (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141-174.

27 CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais*. Revista de Processo, vol. 260, 2016.

28 TAVARES, André Ramos. *O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante*. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

versa do entendimento do tribunal superior, sabe ou deve saber que sua decisão será reformada em grau de recurso, o que torna a justiça mais lenta e com menos qualidade, em virtude das sentenças e acórdãos sobrecarregarem o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores.²⁹

Com o precedente, o advogado instrui o seu cliente a ajuizar a ação se sua pretensão estiver de acordo com o precedente obrigatório ou quando não houver precedente contrário, ou ainda, recomendar o não ajuizamento da ação na hipótese de a pretensão for contrária ao precedente.³⁰

A integridade e a coerência nas decisões do Supremo Tribunal Federal fazem com que os ministros olhem para o passado e para o futuro, pois devem observar a posição já manifestada pelo tribunal anteriormente, e levar em consideração que a decisão venha a servir de precedente para futuros casos semelhantes. Tal situação caracteriza a ideia do “romance em cadeia”, que assevera que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse escrevendo capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior, e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões no futuro³¹.

Se os tribunais inferiores não observam o entendimento consolidado dos tribunais superiores, ocorre a quebra da isonomia e insegurança jurídica, além de gerar discussões inúteis. Com isso, o processo se torna uma “loteria judiciária”.³²

A esse respeito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, lecionam:

É completamente irracional o sistema que possui Cortes Supremas para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isto não apenas é irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade perante as decisões judiciais.³³

Portanto, para preservar o princípio da isonomia, as mesmas situações fáticas devem ser tratadas com a mesma solução jurídica.

A isonomia deve ser observada tanto na atividade das partes no processo quanto nos resultados produzidos pelo processo. Assim, as soluções devem ser as mesmas para todos aqueles que apresentarem situações similares, pois para haver igualdade deve haver unidade no ordenamento jurídico.³⁴

É possível alcançar a estabilidade processual quando há isonomia e previsibilidade razoável. Dessa forma, quando os jurisdicionados conseguem ter uma expectativa sobre possíveis resultados da atividade jurisdicional, a segurança jurídica é alcançada.³⁵

Estruturar o processo para ele seja seguro não é o suficiente, pois deve haver “segurança pelo processo”, que significa segurança no resultado do processo, sendo imprescindível, para

29 DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. Disponível em: [BDJur - A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica \(stj.jus.br\)](#). Acesso em: 02/06/2021.

30 VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica*. *Teoria Jurídica Contemporânea*. p. 122-146, julho-dezembro 2016.

31 QUEIROZ, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, biblioteca digital.

32 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Volume único*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1392.

33 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017. p. 151.

34 ABREU, Rafael Sirangelo de. *O Direito à igualdade no novo Código de Processo Civil. Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 8)*. Fredie Didier Jr. et al (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141-174.

35 CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais*. *Revista de Processo*, vol. 260, 2016.

tanto, o respeito ao precedente judicial.³⁶

Ademais, a harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito e busca a segurança jurídica, a previsibilidade, a estabilidade, desestimula a litigância excessiva, traz confiança, igualdade, coerência, imparcialidade, favorecimento de acordos, economia de processos e maior eficiência.³⁷

Diante disso, conclui-se que os precedentes vinculantes buscam trazer a uniformidade ao direito.

A LIMITAÇÃO DO PODER DECISÓRIO DO JUIZ ORDINÁRIO

Vimos que a observação aos precedentes busca reduzir a insegurança jurídica, apresentando aos jurisdicionados decisões isonômicas.

No tocante à vinculação do precedente, cumpre analisar a diferença entre a razão de decidir (*ratio decidendi*) e os argumentos ditos de passagem (*obiter dicta*).

A *ratio decidendi*, que consiste nos motivos determinantes da decisão, é o núcleo do precedente, correspondendo ao que vincula. É o conjunto das razões adotadas como necessário e suficiente para decidir o caso concreto, de modo que nem todo conteúdo contido na justificação tem força vinculante.³⁸

Portanto, nem tudo que consta na decisão forma o precedente. Esse material que é dispensável ao resultado do julgamento não vincula.

Assim, *obiter dicta* incide no conteúdo mencionado na decisão, mas que não se refere ao caso analisado, não sendo necessário para a sua solução.

Embora não sejam atos decisórios, *obiter dicta* são atos de falas judiciais que, por demonstrarem o entendimento dos julgadores sobre algum tema, podem influenciar os juízes ordinários ou advogados e demais operadores do direito.

Nesse sentido, Thomas da Rosa de Bustamante defende que a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* somente pode ser sustentada se for adotado o modelo de precedentes “estritamente vinculantes”.³⁹

Com a vinculação do precedente, questiona-se se causa um engessamento ao direito. Nesse sentido, alguns inconvenientes do sistema de precedentes são apontados, como por exemplo a eliminação da flexibilidade e da capacidade de evolução, a vinculação mais enérgica que a lei, o afastamento de uma compreensão ampla das instituições, a produção de um conhecimento complexo e a possibilidade de perpetuação do erro, que possa ter sido cometido no primeiro julgamento e que pode ser repetido nos demais casos.⁴⁰

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Volume 1*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017. p. 524.

37 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 10. ed.* Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1392-1393.

38 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017. p. 652.

39 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos*. Revista Direito GV. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 707-745, maio-agosto, 2018.

40 TAVARES, André Ramos. *O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante*. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Importante salientar que a estabilidade das decisões não deve ser confundida com imutabilidade, pois a superação, a distinção e a interpretação do precedente feita pelo magistrado, impedem o engessamento do direito e asseguram que os precedentes não sejam aplicados de forma automática e mecânica.

Ademais, estabelecer um entendimento coerente por parte do Supremo Tribunal Federal não significa engessar o posicionamento dos juízes dos tribunais inferiores e de primeira instância, mas sim consolidar o processo interpretativo de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais⁴¹.

Um outro problema que se apresenta no estudo dos precedentes é a possível limitação do poder decisório do magistrado.

Se de um lado, a vinculação dos precedentes promove segurança jurídica, isonomia e eficiência, por outro, limita a liberdade decisória dos juízes e tribunais ordinários.

Embora o magistrado tenha independência funcional para formar a sua convicção, ele não pode decidir diferentemente do Tribunal de Justiça ao qual está vinculado e dos Tribunais Superiores, pois não deve ignorar a jurisprudência sedimentada, sendo um componente do sistema judicial e devendo com este contribuir.⁴²

A esse respeito, a função do Judiciário é o serviço prestado à sociedade.⁴³

Dessa forma, é preciso diferenciar o papel criativo do juiz com a liberdade total de decisão no caso concreto. O magistrado, ao julgar, deve interpretar a lei e o precedente, verificando se este deve ou não ser aplicado, se o caso tem distinção ou se foi superado.

Portanto, denota-se que de um lado temos a busca pela uniformização da jurisprudência e da segurança jurídica e de outro a análise em relação ao fato de o precedente limitar o poder decisório do magistrado.

No sistema kelseniano apenas a parte dispositiva da decisão era vinculante e apenas para o legislador, de modo que os tribunais e juízes ordinários tinham liberdade para interpretar a lei. Mas nos sistemas atuais, embora o tribunal constitucional e os juízes ordinários interpretem e apliquem a Constituição, a última palavra compete àquele.⁴⁴

Salienta-se que, segundo Francisco Rubio Llorente, a jurisdição constitucional não está em situação de superioridade, da qual deriva a força vinculante, em relação à jurisdição ordinária.⁴⁵

Raúl Canosa Usera afirma que separação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária não favorece a articulação entre elas e com a interpretação da lei pelo tribunal ocorre a limitação da liberdade do juiz ordinário, nos seguintes termos:

41 QUEIROZ, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, biblioteca digital.

42 CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Jurisprudência - A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*. *Revista de Processo*. Vol. 231/2014, p. 349-363, maio, 2014.

43 TAVARES, André Ramos. *O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante*. In: *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

44 USERA, Raúl Canosa. *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria em españa: una cuestión abierta*. *Ius et Praxix*, vol. 4, núm. 1, 1998. Universidade de Talca. Talca, Chile.

45 LLORENTE, Francisco Rubio. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. Núm. 22. Enero-Abril, 1988. p. 9-51.

(...) El inconveniente de los sistemas de control centralizado es que la separación orgánica entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria no favorece la articulación entre ellas y no arbitra mecanismos para asegurar la efectiva vinculación de los jueces ordinarios a la interpretación que tanto de la Constitución como de la ley haga el Tribunal Constitucional. (...) la interpretación de la ley realizada por el Tribunal Constitucional acota el margen de la libertad del juez ordinario para quien no es posible extraer de la ley una norma, una interpretación, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.⁴⁶

Desse modo, o juiz ordinário não tem liberdade para interpretar a Constituição, devendo seguir a interpretação realizada pelo Tribunal Constitucional.

Em sentido contrário, Antônio Aurélio de Souza Viana assevera que a vinculação do precedente não é absoluta, havendo interpretação pelas instâncias inferiores, de modo que as Cortes Supremas não são as únicas autorizadas a interpretar o direito.⁴⁷

Ocorre que a independência judicial não significa liberdade para interpretar a Constituição e as normas de maneira diferente da imposta pelo Tribunal Constitucional, de modo que não pode haver independência do juiz contra a unidade e coerência de sentido de todo o ordenamento jurídico⁴⁸.

Nesse sentido, o fato de os juízes estarem vinculados aos precedentes não viola a garantia da independência judicial, devendo o judiciário solucionar as causas a ele submetidas de forma isonômica.⁴⁹

Dessa forma, o juiz não deve decidir conforme sua opinião pessoal, devendo observar as leis e os precedentes vinculantes, buscando sempre a interpretação desses institutos, evitando que seja aplicado de forma automática, fundamentando suas decisões e analisando se há distinção ou superação.

Com a observância dos precedentes vinculantes se alcança maior coerência e estabilidade do direito, mas por outro lado, o juiz ordinário não interpreta e extrai normas da Constituição conforme o seu convencimento.

Na hipótese de um julgador apoiar sua decisão em um precedente vinculante, reconhece que, por lei, está vinculado a ele, colocando em segundo plano a sua convicção para decidir de acordo com a jurisprudência consolidada.⁵⁰

É importante notar que os precedentes judiciais vinculantes também necessitam de interpretação, de modo que haverá discricionariedade dos magistrados na sua interpretação.

É certo que o legislador não consegue prever todas as situações fáticas que podem ocorrer nos casos específicos, de modo que a interpretação e aplicação da lei devem ser realizadas pelo juiz ordinário. Dessa forma, esse magistrado que tem o maior contato com a demanda e com as partes, ao seguir o precedente estabelecido pelos tribunais a que está vinculado, tem o seu poder de decisão esvaziado.

⁴⁶ USERA, Raúl Canosa. *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria em españa: una cuestión abierta. Ius et Praxix*, vol. 4, núm. 1, 1998. Universidade de Talca. Talca, Chile.

⁴⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. Teoria Jurídica Contemporânea*. 1:2-1, p. 122-146, julho-dezembro, 2016.

⁴⁸ USERA, Raúl Canosa. *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria em españa: una cuestión abierta. Ius et Praxix*, vol. 4, núm. 1, 1998. Universidade de Talca. Talca, Chile.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinicius Gonçalves. *Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais. Revista de Processo*, vol. 260, 2016.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. *A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (a apresentação dos dados estatísticos). Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 13-80, janeiro-abril, 2016.

Dessa forma, de um lado o STF profere decisões com eficácia erga omnes e efeito vinculante, e de outro lado, os juízes e tribunais ordinários, ou aplicam o seu livre convencimento e não seguem a orientação do precedente, causando insegurança jurídica aos jurisdicionados, ou acompanham o precedente, deixando seu poder decisório de lado.

De modo diverso, na Itália há uma tendência de reconhecer um maior espaço aos juízes ordinários, que passam a ter papel relevante no sistema de controle de constitucionalidade. Com isso, o Tribunal Constitucional pode minimizar o impacto das suas decisões sobre o sistema, legitimando a justiça constitucional e contribuindo para que os juízes ordinários participem da questão da constitucionalidade e da aplicação da Constituição.⁵¹

Naquele país, houve uma reestruturação da jurisdição constitucional, tendo os juízes constitucionais reconhecido que a compatibilidade entre as normas de direito comunitário e de direito interno deveria ser verificada pelos juízes ordinários.⁵²

No mesmo sentido, na Espanha a jurisdição ordinária tem responsabilidades em matéria de interpretação e aplicação constitucional, de modo que a promoção do valor normativo da Constituição não é papel exclusivo do Tribunal Constitucional, mas também dos juízes ordinários. Assim, a defesa e promoção de direitos fundamentais é realizada de forma conjunta entre a Corte especializada e os juízos comuns. Dessa forma, os juízes ordinários têm maior liberdade para lidar com as violações aos direitos fundamentais, além do cumprirem o dever de interpretar as incompatibilidades entre lei e constituição.⁵³

Dessa forma, denota-se que na jurisdição brasileira, embora os precedentes vinculantes consagrem maior segurança jurídica, garantem maior autoridade às decisões constitucionais e limitam o poder decisório dos juízes e tribunais ordinários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa objetivou o estudo dos precedentes vinculantes e a limitação causada ao poder decisório do juiz ordinário.

O trabalho apresentou pontos acerca dos institutos dos precedentes, a busca pela segurança jurídica e pela isonomia, bem como o obstáculo ao poder decisório do juiz ordinário.

Diante da discussão mencionada, analisamos que o precedente consagra maior segurança jurídica aos jurisdicionados e maior autoridade às decisões constitucionais. Enquanto alguns autores defendem que há discricionariedade ao magistrado ao interpretar o precedente, e com isso, analisar a presença da distinção ou superação, outros entendem que os juízes ordinários

51 GROPPPI, Tania. *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*. Tradução: Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 481-504. Disponível em: *AGROPPI.PDF (scielo.org.mx). Acesso em: 04/06/2021.

52 SANTIAGO, Marcus Firmino. *A Realidade da jurisdição constitucional exercida pelos juízes ordinários: uma análise comparada das experiências de Espanha e Itália*. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Vol. 1, n. 1, janeiro-junho/2015. Disponível em: Vista do A REALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS JUÍZES ORDINÁRIOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DAS EXPERIÊNCIAS DE ESPANHA E ITÁLIA (udf.edu.br). Acesso em: 04/06/2021.

53 SANTIAGO, Marcus Firmino. *A Realidade da jurisdição constitucional exercida pelos juízes ordinários: uma análise comparada das experiências de Espanha e Itália*. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Vol. 1, n. 1, janeiro-junho/2015. Disponível em: Vista do A REALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS JUÍZES ORDINÁRIOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DAS EXPERIÊNCIAS DE ESPANHA E ITÁLIA (udf.edu.br). Acesso em: 04/06/2021.

rios, ao estarem vinculados ao precedente, não possuem liberdade para interpretar a Constituição, estando e com seu poder decisório esvaziado.

É inegável que o convencimento motivado e sua independência funcional acabam sofrendo certa limitação, mas não é totalmente esvaziado. No entanto, não há como defender o livre poder decisório do juiz se este contrariar com as decisões consolidadas pelos tribunais superiores.

Portanto, para que o sistema de precedentes alcance seu objetivo de uniformização do direito, o próprio tribunal que profere o precedente, deve observá-lo, deixando de ser aplicado apenas quando houver distinção fática ou jurídica ou ainda quando for superado diante das mudanças da sociedade.

A presente obra não se destina ao esgotamento do tema, e sim ao levantamento de questionamentos que façam refletir acerca do assunto suscitado.

Desse modo, conclui-se que os precedentes vinculantes possuem importância considerável para ordenamento jurídico em virtude das consequências que podem trazer aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. O Direito à igualdade no novo Código de Processo Civil. Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 8). Fredie Didier Jr. *et al* (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 141-174.

BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20/02/2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Obiter dicta abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. Revista Direito GV. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 707-745, maio-agosto, 2018.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judiciais. Revista de Processo, vol. 260, 2016.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência - A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. Revista de Processo. Vol. 231/2014, p. 349-363, maio, 2014.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciárias e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: BDJur - A imprevisibilidade das decisões judiciárias e seus reflexos na segurança jurídica (stj.jus.br). Acesso em: 02/06/2021.

Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 17/03/2021.

GROPPI, Tania. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. Tradução: Miguel Carbonell. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, pp. 481-504. Disponível em: *AGROPPI.PDF (scielo.org.mx). Acesso em: 04/06/2021.

HERANI, Renato Gugliano. Por uma doutrina latino-americana de precedentes constitucionais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 11, n. 37, p. 37-58, janeiro-abril, 2017.

LLORENTE, Francisco Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. Núm. 22. Enero-Abril, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Volume 1. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas JUS, v. 26, p. 41-53, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. Julgamento de casos repetitivos (Coleção grandes temas do novo CPC. Vol. 10). Fredie Didier Jr. *et al.* (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 281-310.

QUEIROZ, Estefânia Maria de. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, biblioteca digital.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141-146.

SANTIAGO, Marcus Firmino. A Realidade da jurisdição constitucional exercida pelos juízes ordinários: uma análise comparada das experiências de Espanha e Itália. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Vol. 1, n. 1, janeiro-junho/2015. Disponível em: Vista do A REALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS JUÍZES ORDINÁRIOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DAS EXPERIÊNCIAS DE ESPANHA E ITÁLIA (udf.edu.br). Acesso em: 04/06/2021

SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. Julgamentos de casos repetitivos (Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10). Fredie Didier Jr. *et al.* (coord.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 167-180.

TALAMINI, Eduardo. O que são os “precedentes vinculantes” no CPC/15. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Curitiba, v. 5, n. 49, p. 58-63, abril, 2016.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Civilistica.com. Rio de Janeiro,

a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Tradução: Chiara Antonia Spadaccini de Teffé. Revisão: Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwIjv5Ci0ezwAhVXHLkGHc_WBUkQFjABegQIAxAE&url=https%3A%2F%2Fcivilistica.emnuvens.com.br%2Fredc%2Farticle%2Fdownload%2F587%2F428&usg=AOvVaw0ouwNKNPyantx0cp4ToKKb. Data de acesso: 25/05/2021.

TAVARES, André Ramos. O juiz e a jurisprudência constitucional vinculante. In: Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos; HERANI, Renato Gugliano. A contribuição da doutrina no STF: desvendando a dinâmica dos formantes doutrinários (a apresentação dos dados estatísticos). Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 13-80, janeiro-abril, 2016.

USERA, Raúl Canosa. Jursidiccción constitucional y jurisdiccción ordinária em españa: una cuestión abierta. Ius et Praxix, vol. 4, núm. 1, 1998. Universidade de Talca. Talca, Chile.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. Teoria Jurídica Contemporânea. 1:2-1, p. 122-146, julho-dezembro 2016.

A inimputabilidade, seus reflexos na psicopatia criminosa e os desafios para o direito penal brasileiro

Cleiton Pazello Soares

Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, campus de Balneário Camboriú, Santa Catarina, Brasil.

Felipe André Dani

Possui graduação pela Universidade de Passo Fundo (2006). Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2011). Advogado e sócio do escritório de advocacia Dani & Silveira Sociedade de Advogados.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.3

RESUMO

O presente estudo discorre sobre a inimputabilidade, seus reflexos na psicopatia criminosa e os desafios para o Direito Penal brasileiro. Seu objetivo, de um modo geral, se concentra em investigar quem é o indivíduo inimputável e se o psicopata criminoso se enquadra nas características de agente inimputável. De modo específico, em um primeiro momento, busca destacar o instituto da inimputabilidade, apresentando a fundamentação teórica que orbita o universo da inimputabilidade na legislação brasileira vigente, apreciando os métodos, também chamados de critérios ou sistemas destinados a aferir a inimputabilidade do agente, quanto ao seu desenvolvimento mental, estabelecendo os desafios para o Direito Penal brasileiro. Em seguida, traz considerações sobre a personalidade e seus transtornos, demonstrando algumas considerações acerca da definição de personalidade, compreendida como um termo abstrato utilizado para descrever e dar uma explicação teórica do conjunto de peculiaridades de um indivíduo que o caracterizam e diferenciam dos outros, demonstrando as características gerais do psicopata criminoso através do posicionamento da psiquiatria forense e do laudo de avaliação pericial. Por fim, busca compreender como funciona a mente do psicopata analisando a relação entre crime e psicopatia, apresentando a definição de psicopata e demonstrando a diferença fundamental entre os criminosos comuns e os criminosos psicopatas e outras características do psicopata criminoso, que pode enganar facilmente as pessoas, inclusive, profissionais que o avaliam. Ao final, observa-se que os resultados surgiram com base na pesquisa da legislação vigente, doutrinas bibliográficas de autores que direcionam seus ensinamentos ao tema proposto, e de todo material disponível ao auxílio em substancializar a pesquisa, acionados pelo método indutivo. Assim, a abordagem da pesquisa contribui para o aproveitamento prático e intelectual do tema na academia e na sociedade.

Palavras-chave: direito penal. inimputabilidade. psicopata criminoso. psiquiatria forense. transtorno de personalidade.

ABSTRACT

This study discusses non-imputability, its effects on criminal psychopathy and the challenges for Brazilian Criminal Law. Its objective, in general, focuses on investigating who is the unaccountable individual and if the criminal psychopath fits the characteristics of an unaccountable agent. Specifically, at first, it seeks to highlight the institute of non-imputability, presenting the theoretical foundation that orbits the universe of non-imputability in the current Brazilian legislation, appreciating the methods, also called criteria or systems intended to assess the non-imputability of the agent, how much to their mental development, establishing the challenges for Brazilian Criminal Law. Then, it brings considerations about personality and its disorders, demonstrating some considerations about the definition of personality, understood as an abstract term used to describe and give a theoretical explanation of the set of peculiarities of an individual that characterize and differentiate him from others, demonstrating the general characteristics of the criminal psychopath through the positioning of forensic psychiatry and the expert evaluation report. Finally, it seeks to understand how the psychopath's mind works by analyzing the relationship between crime and psychopathy, presenting the definition of psychopath and demonstrating the fundamental difference between common criminals and psychopathic criminals and other characteristics of the criminal psychopath, who can easily deceive people, including professionals who evaluate it. In the end, it is observed that the results emerged based on the research of current legislation, bibliographic doctrines of authors who direct their teachings to the proposed theme, and all available material to help substantiate the research, triggered by the inductive method. Thus, the research approach contributes to the practical and intellectual use of the subject in academia and society.

Keywords: Criminal law. Non-imputability. Criminal psychopath. Forensic psychiatry. Personality disorder.

INTRODUÇÃO

O presente estudo discorre sobre a inimputabilidade, seus reflexos na psicopatia criminosa e os desafios para o Direito Penal brasileiro.

Seu objetivo, de um modo geral, se concentra em investigar quem é o indivíduo inimputável e se o psicopata criminoso se enquadra nas características de agente inimputável.

De modo específico, em um primeiro momento, busca destacar o instituto da inimputabilidade, apresentando a fundamentação teórica que orbita o universo da inimputabilidade na legislação brasileira vigente.

Em seguida, traz considerações sobre a personalidade e seus transtornos, demonstrando algumas considerações acerca da definição de personalidade, demonstrando as características gerais do psicopata criminoso através do posicionamento da psiquiatria forense e do laudo de avaliação pericial.

Por fim, busca compreender como funciona a mente do psicopata analisando a relação entre crime e psicopatia, apresentando a definição de psicopata e demonstrando a diferença fundamental entre os criminosos comuns e os criminosos psicopatas.

Diante da notoriedade do tema abordado, a pesquisa se limitou a investigar a seguinte problemática:

A inimputabilidade é a condição legal para a imposição da sanção penal àquele que praticou um ato típico e antijurídico. Nesse sentido, ela existirá quando o autor do fato for mentalmente capaz de compreender a ilicitude do ato praticado ou de se determinar de acordo com tal compreensão?

Para responder a indagação levantada, hipoteticamente, faltando ao autor a inteira capacidade de compreensão da ilicitude de sua conduta, por uma doença mental ou um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a ele não poderia ser imposto sanção penal, e, portanto, seria considerado inimputável.

Nesse contexto, o presente artigo se estruturou em três seções, cuja ordem de exposição apresenta-se da seguinte forma:

Na primeira seção, será destacado o instituto da inimputabilidade, apresentando a fundamentação teórica que orbita o universo da inimputabilidade na legislação brasileira vigente, apreciando os métodos, também chamados de critérios ou sistemas destinados a aferir a inimputabilidade do agente, quanto ao seu desenvolvimento mental, estabelecendo os desafios para o Direito Penal brasileiro.

Já na segunda seção, serão trazidas considerações sobre a personalidade e seus transtornos, demonstrando algumas considerações acerca da definição de personalidade, compreendida como um termo abstrato utilizado para descrever e dar uma explicação teórica do conjunto de peculiaridades de um indivíduo que o caracterizam e diferenciam dos outros, demonstrando as características gerais do psicopata criminoso através do posicionamento da psiquiatria forense e do laudo de avaliação pericial.

A terceira e última seção buscará compreender como funciona a mente do psicopata

analisando a relação entre crime e psicopatia, apresentando a definição de psicopata e demonstrando a diferença fundamental entre os criminosos comuns e os criminosos psicopatas e outras características do psicopata criminoso, que pode enganar facilmente as pessoas, inclusive, profissionais que o avaliam.

A presente pesquisa utilizou-se do método indutivo, que consiste num processo mental intermediário do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contidas nas partes examinadas, a abordagem do problema foi na forma qualitativa, e quanto aos procedimentos técnicos foi caracterizada como documental e bibliográfica.

INIMPUTABILIDADE: OS DESAFIOS PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dando início a primeira seção, de forma introdutória, importante de faz salientar que o Direito Penal está incumbido da proteção dos bens jurídicos de maior importância e indispensáveis para a sobrevivência em sociedade.

A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei de nº 3.914/41¹) em seu art. 1º, traz o conceito legal de crime atualmente utilizado no Brasil:

Art. 1º - Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Tendo como objetivo da pesquisa o foco na psicopatia criminosa, importante se faz destacar que, conforme lições de Silva², a psicopatia se trata de um tipo de transtorno qualificado por atos antissociais permanentes, sem consistir em sinônimo de criminalidade e especialmente por uma incapacidade de adotar normas sociais em grandes aspectos do desenvolvimento da adolescência até a vida adulta.

Nesse contexto, quem possui este transtorno psicótico não apresenta nenhum sinal de anormalidade mental, assim como delírios, alucinações, tornando mais difícil a sua compreensão.

O PCL-R, *Psychopathy Checklist Revised* de Robert D. Hare³, é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, que pretende avaliar a personalidade do preso e prever a reincidência criminal, buscando separar os bandidos comuns dos psicopatas, ou seja, um dos principais objetivos da escala é identificar os sujeitos com maior probabilidade de reincidência criminal, além de ser um instrumento de diagnóstico importante para tomada de decisão acerca do método do condenado no sistema penal.

É uma ferramenta para separar os psicopatas, com a intenção de não prejudicar a reabilitação dos chamados criminosos comuns. A importância social dos instrumentos de avaliação

¹ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 02 ago. 2022.

² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 17.

³ Robert D. Hare: *Psicólogo do Canadá, especialista em psicologia criminal e psicopatia*. Nesse sentido, ver: SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 17.

psicológica para os profissionais das áreas de psicologia e psiquiatria forense se faz de grande utilidade para avaliação da personalidade de criminosos, área em que a psicologia tem tanto a contribuir e a crescer.

Nas considerações de Palomba⁴, para o entendimento criminológico, a prática de um crime resulta da soma da situação global de um indivíduo, com suas tendências criminais, em contrapartida às resistências mentais e emocionais que possui. Vencidas estas resistências por fatores desencadeantes, haverá a prática do delito, ou seja, o processo evolutivo do desenvolvimento do caráter da pessoa irá fornecer-lhe os meios contensores, ou seja, é a introdução de valores que promove uma formação crítica na personalidade do indivíduo e que está diretamente relacionada com sua capacidade de resistência.

Fundamentação teórica da inimputabilidade na legislação brasileira

Neste momento, será trazida à pesquisa a fundamentação teórica que orbita o universo da inimputabilidade na legislação brasileira vigente.

A inimputabilidade penal trata-se da incapacidade que tem o agente em responder por sua conduta delituosa, ou seja, o sujeito não é capaz de entender que o fato é ilícito e de agir conforme esse entendimento.

Nessa esteira, Mirabete⁵ ressalta, com brevidade, que a inimputabilidade é causa de exclusão da culpabilidade, ou seja, mesmo sendo o fato típico e antijurídico, não é culpável, uma vez que “não há elemento que comprove a capacidade psíquica do agente” para compreender a reprovabilidade de sua conduta, não ocorrendo, portanto, a imposição de pena ao infrator.

Nesse sentido, a inimputabilidade encontra respaldo na redação do artigo 228 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶: “art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Também, questões concernentes à inimputabilidade são resguardadas pelo artigo 26, conforme já apreciado, e artigo 28 do Código Penal Brasileiro⁷, conforme seguem, respectivamente:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

[...]

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força

4 PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense: civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003. p. 522.

5 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo, 2019. p. 214.

6 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

7 BRASIL. *Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por fim, os textos dos artigos 397, inciso II, e 492, inciso II, alínea “c” do Código de Processo Penal Brasileiro⁸, conforme respectivas disposições:

Art. 397 - Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: [...]; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

[...]

Art. 492 - Em seguida, o presidente proferirá sentença que: [...]; II - no caso de absolvição: [...]; c) – imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

Nesse sentido, as redações dos artigos supracitados fazem parte do rol da fundamentação teórica que dão subsídios ao tema da inimputabilidade na legislação brasileira vigente.

Métodos de aferição da inimputabilidade

Neste item, serão apreciados os métodos, também chamados de critérios ou sistemas destinados a aferir a inimputabilidade do agente, quanto ao seu desenvolvimento mental.

O primeiro critério é o biológico ou etiológico. De acordo com as considerações de Jesus⁹ no critério biológico basta a existência da doença mental ou anomalia psíquica para se tornar inimputável, retirando-se o segundo elemento da inimputabilidade, que é a autodeterminação (*libertas consilii*). Tal critério é totalmente falho.

O fundamento desse sistema é a doença mental em si, inspirado no artigo 64 do Código Penal Francês, de 1810, “[...] constata a existência da enfermidade, poderá o juiz considerar o réu penalmente inimputável”.¹⁰

O segundo critério é o psicológico. No critério psicológico, conforme lições de Jesus¹¹ se verificam as condições pessoais do agente, afastando-se qualquer indagação a respeito da existência de doença mental ou de distúrbio psíquico patológico (*libertas iudicii*). Tal critério também é totalmente desprezível e afastável.

Hercules¹² destaca que o sistema psicológico, também chamado de psiquiátrico, leva em conta “apenas as condições psicológicas do agente a época do fato”, só importando o momento em que ocorreu o delito. O autor salienta que cabe ao psiquiatra estabelecer se na época do crime o agente era capaz de entender o caráter ilícito do fato e de agir de acordo com esse entendimento, “independente de ser, ou não, mentalmente desenvolvido”¹³.

O terceiro critério é o biopsicológico. De acordo com Jesus¹⁴, o critério biopsicológico, aceito pelo Código Penal, é também compreendido como biopsicológico normativo ou misto, sendo aquele que necessita indagar se, ao tempo da ação ou omissão, o agente não possuía condições de entender sua conduta “porque estava privado do sentido biológico ou etiológico (*libertas consilii*)” e, também, porque “não detinha o elemento psicológico (*libertas iudicii*)” para

8 BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

9 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 131.

10 PRADO. Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 349.

11 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 131.

12 HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina legal: texto e atlas*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2014. p. 658.

13 HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina legal: texto e atlas*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2014. p. 658.

14 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 131.

compreender o sentido de sua atitude.

Reale Júnior¹⁵ esclarece que critério biopsicológico é o sistema adotado no ordenamento brasileiro, também conhecido por misto, exatamente por utilizar-se dos dois anteriores:

[...] o legislador primeiramente fixa que em razão de doença mental o agente era incapaz de atender o caráter criminoso do fato. Assim, caracteriza-se a doença mental como requisito principal para a inimputabilidade, seguindo-lhe a face psicológica do critério, qual seja a autodeterminação; ambas devem ser aferidas no incidente de insanidade mental, em conformidade com o artigo 149 do Código de Processo Penal.

O critério biopsicológico, conforme reforça Bitencourt¹⁶ é uma combinação dos sistemas anteriores, exigindo de um lado a presença de anomalias mentais e de outro a completa incapacidade de entendimento. Este é o sistema adotado, em regra, pela redação do artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

Nos apontamentos de Delmanto¹⁷, no método biopsicológico não se leva em conta somente a existência de alguma enfermidade mental, mas também que essa doença tenha afetado a capacidade do agente de compreender o fato ilícito e de se determinar conforme esse entendimento na época do fato, para que assim se exclua a responsabilidade penal. Para o critério biopsicológico, mais três requisitos devem ser considerados:

- a) Causa: Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.
- b) Consequência: Incapacidade completa de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.
- c) Tempo: Os dois requisitos anteriores devem coexistir ao tempo da conduta.

Assim, Delmanto¹⁸ alerta que não basta apenas a presença de um só dos requisitos, isolado. Necessário se faz que, em razão de uma das duas causas, houvesse uma das consequências, á época do comportamento de agente.

Portanto, de acordo com a doutrina utilizada na presente pesquisa, restaram esclarecidos os critérios utilizados para a aferição da inimputabilidade.

A DEFINIÇÃO DA PERSONALIDADE

Personalidade, de acordo com as autoras Koch e Rosa¹⁹, é o conjunto das características marcantes de uma pessoa, ou seja, é um termo abstrato utilizado para descrever e dar uma explicação teórica do conjunto de peculiaridades de um indivíduo que o caracterizam e diferenciam dos outros.

A personalidade deriva de persona, que se refere à máscara utilizada pelos atores em uma peça de teatro. Logo se interfere que a personalidade diz respeito às nossas características externas, visíveis; à impressão que causamos às pessoas. Mas personalidade vai muito, além disso, nela incluem-se vários atributos de uma pessoa, o total ou o conjunto de características que vão além de qualidades superficiais, englobando uma série de qualidades sociais e emocio-

15 REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 209.

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 308.

17 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

18 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

19 KOCH, Alice Sibille; ROSA, Dayane Diomário da. *Transtornos de personalidade*. ABC da Saúde. Portal R7 Serviços. Disponível em <http://www.abcdasaude.com.br/psiquiatria/transtornos-de-personalidade>. Acesso em: 02 ago. 2022.

nais subjetivas, as quais não podem ser vistas diretamente.²⁰

Já o transtorno de personalidade, aparece quando esses traços são muito inflexíveis e mal ajustados, ou seja, prejudicam a adaptação do indivíduo às situações que enfrenta, causando a ele próprio, ou mais comumente aos que lhe são mais próximos, sofrimento e incomodação e as causas destes transtornos geralmente são múltiplas, mas relacionadas com as vivências infantis e as da adolescência do indivíduo. Já o tratamento desses transtornos é bastante difícil e igualmente demorado, pois o indivíduo terá de mudar o seu próprio jeito de ser para que o tratamento seja efetivo.

De acordo com a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde CID-10²¹, em sua décima revisão, descreve oito tipos de transtornos específicos de personalidade: paranoide; esquizoide; antissocial; emocionalmente instável; histriônico; anancástico; ansioso; e dependente.

a) Transtorno Paranoide: predomina a desconfiança, sensibilidade excessiva a contrariedades e o sentimento de estar sempre sendo prejudicado pelos outros; atitudes de auto referêcia.

b) Transtorno Esquizoide: predomina o desapego, ocorre desinteresse pelo contato social, retraimento afetivo, dificuldade em experimentar prazer; tendência à introspecção.

c) Transtorno Antissocial: prevalece a indiferença pelos sentimentos alheios, podendo adotar comportamento cruel; desprezo por normas e obrigações; baixa tolerância à frustração; e baixo limiar para descarga de atos violentos.

d) Transtorno Emocionalmente Instável: marcado por manifestações impulsivas e imprevisíveis. Apresenta dois subtipos: impulsivo e *borderline*. O impulsivo é caracterizado pela instabilidade emocional e falta de controle dos impulsos. O *borderline*, por sua vez, além da instabilidade emocional, revela perturbações da autoimagem, com dificuldade em definir suas preferências pessoais, com conseqüente sentimento de vazio.

e) Transtorno Histriônico: prevalece egocentrismo, a baixa tolerância a frustrações, a teatralidade e a superficialidade. Impera a necessidade de fazer com que todos dirijam a atenção para eles próprios.

f) Transtorno Anancástico: prevalece preocupação com detalhes, a rigidez e a teimosia. Existem pensamentos repetitivos e intrusivos que não alcançam, no entanto, a gravidade de um transtorno obsessivo-compulsivo.

g) Transtorno Ansioso (ou esquivo): prevalece sensibilidade excessiva a críticas; sentimentos persistentes de tensão e apreensão, com tendência a retraimentos social por insegurança de sua capacidade social e/ou profissional.

e) Transtorno Dependente: prevalece astenia do comportamento, carência de determinação e iniciativa, bem como instabilidade de propósitos.

A classificação de transtornos mentais e de comportamento, contida na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde CID-10, descreve o transtorno específico de personalidade como uma perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo. Tal perturbação não deve ser diretamente imputável a uma doença, lesão, ou outra afecção cerebral, ou a outro transtorno psiquiátrico e usualmente a várias áreas da personalidade, sendo quase sempre associada à ruptura pessoal e social.²²

²⁰ MOURA, Roberth. Ótica psicológica: O que é Personalidade? Artigo. Public. em 21 out. 2011. Disponível em: <http://www.peripeciaspsicologicas.com.br/2011/10/o-que-e-personalidade-conceito-de.html>. Acesso em: 02 ago. 2022.

²¹ CID-10, Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português CBCD. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 06 ago. 2022.

²² CID-10, Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. Centro Colaborador da OMS para a

Portanto, esse tipo de transtorno específico de personalidade é marcado por uma insensibilidade aos sentimentos alheios, ou seja, quando o grau dessa insensibilidade se apresenta elevado, levando o indivíduo a uma acentuada indiferença afetiva, ele pode adotar um comportamento criminal recorrente e o quadro clínico de transtorno de personalidade assume o efeito de psicopatia.

O posicionamento da psiquiatria forense

A psiquiatria forense chama para si a responsabilidade de classificar e rotular os indivíduos, dizendo que tem razão, ou, condições de civilidade, e quem não as tem.

Em um primeiro momento, importante se faz considerar alguns apontamentos propostos por Foucault.

O processo civilizador, conforme considerações de Foucault²³, que se deu gradualmente na sociedade ocidental, resultaram na criação de um modelo de homem civilizado, e o autor prossegue discorrendo:

Esse padrão de homem tem também a sua antítese, o seu antimodelo, alguém sobre o qual o homem civilizado deve refletir para criar com este o máximo possível de discrepância. São os estigmatizados. Sobre esses incivilizados recaem os estigmas da sociedade civilizada, para que, ao olhar para eles, o indivíduo padrão seja o seu oposto: o homem 'civilizado'.

Foi essa antítese da civilidade que Foucault²⁴ já vinha desenvolvendo em sua obra, escrita *post mortem*, no ano de 1984. Por assim se dizer, um dos elementos que legitimou, no decorrer da história e desenvolvimento do processo civilizador, a dominação pela subjugação de todo aquele que não é modelo padrão. Nesse sentido, Foucault chamará o indivíduo desviante de anormal ou de indivíduo a ser corrigido.

Para disciplinar os desviantes, Foucault²⁵ destaca o surgimento de vários saberes específicos. Para o louco, surge uma nova especialidade, a psiquiatria. Para o louco que simultaneamente é criminoso, surgirá, no fim do século XIX, o saber da psiquiatria forense.

Um dos traços marcantes da sociedade ocidental contemporânea, conforme destaca Bordieu²⁶ é a razão, o pressuposto do uso da racionalidade. O autor destaca que é em nome dessa razão que o saber se multiplica em inúmeros outros ramos ou especialidades, e a essas especialidades dá-se o nome de “sistemas de confiança ou sistemas abstratos”. Ou seja, a natureza das Instituições nas sociedades modernas está profundamente ligada ao mecanismo de confiança em sistemas abstratos.

Ainda, nos dizeres de Bordieu²⁷, quem faz a interação entre os sistemas abstratos e os indivíduos leigos é o perito, que é a pessoa que detém o conhecimento inerente àquela especialidade. O autor enfatiza que, conseqüentemente, ele tem o poder de emitir pareceres sobre a sua área de domínio, que são acatados pelos demais indivíduos leigos, que não estão legitimados a discordar, pois que não são portadores do mesmo poder simbólico que o perito.

Classificação de Doenças em Português CBCD. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 06 ago. 2022.

23 FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 202.

24 FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 298.

25 FOUCAULT, Michel. Os Anormais: Curso no Collège de France. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 298-299.

26 BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 15.

27 BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 15.

Assim, conforme destacam Bordieu, Chamboredon e Passeron²⁸, percebe-se que o especialista detém esse poder não apenas sobre o indivíduo desviante, mas em relação à sociedade mais ampla, uma vez que, é imbuído de legitimidade pelo sistema abstrato que representa. Ou seja, o poder não está apenas no que é dito, mas em quem está dizendo, o perito.

Nesse sentido, Bordieu²⁹ destaca, ainda que a racionalização da loucura e do crime requer um saber especializado. A razão é quem vai dizer quem é o louco, produzi-lo através de um discurso específico. A elaboração do saber médico legal é o embasamento para a produção de práticas que, por sua vez, irão produzir verdades. Um ramo da medicina legal é a psiquiatria forense.

Nesse sentido, resta evidente que essas verdades produzidas pelo discurso da psiquiatria forense atuam contemporaneamente, produzindo os indivíduos inimputáveis, através dos laudos de insanidade mental e de periculosidade.

O exame pericial nos transtornos de personalidade: laudo de avaliação pericial

É através dos chamados laudos de periculosidade e de sanidade mental que o psiquiatra forense define quem é normal e quem é anormal, produzindo a categoria de indivíduos que o direito designa como inimputável, ou seja, esses laudos designam quem tem sanidade mental e quem apresenta periculosidade.

Para Capez³⁰, a noção de periculosidade é uma categoria nativa não do saber médico e psiquiátrico, mas do direito. Nessa esteira, voltando-se para o campo jurídico, este saber nos informa sobre o que viria a ser essa periculosidade, como ela a designa. De acordo com o autor, é possível entender a categoria da periculosidade:

[...] é a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental. Na imputabilidade, a periculosidade é presumida. Basta o laudo (do psiquiatra) apontar a perturbação mental [...].

Ou seja, Capez³¹ leciona que a área jurídica nos informa que a concepção de periculosidade significa o perigo potencial que o anormal apresenta para a sociedade enquanto indivíduo desprovido de razão. Nesse sentido, é o campo do direito quem informa ao psiquiatra o que é a categoria periculosidade. Para o autor, esta conclusão faz retornar para a ideia de que a psiquiatria forense é um sistema de referência para o direito, uma vez que ela informa aos operadores jurídicos, no procedimento judicial, qual indivíduo apresenta ou não periculosidade, distinguindo os indivíduos perigosos dos não perigosos e os normais dos não normais. Com essa prática, cria uma forma de vigilância dos padrões de normalidade e institui uma forma de controle social.

De forma complementar à pesquisa, Quinet³² discorre seus ensinamentos para uma melhor absorção do tema:

O poder destes não está em sua cientificidade, mas antes na sua produção simbólica de verdades que é emanada pelo discurso de um campo de saber específico: o médico legal. O que estamos estudando é uma das manifestações do saber médico legal, que é a especialidade da psiquiatria forense. O que estamos procurando compreender é como a

28 BORDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *Ofício de Sociólogo*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 110.

29 BORDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 15.

30 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 425.

31 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 425.

32 QUINET, Antônio. *Psicose e Laço Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 202.

psiquiatria forense cria o processo de estigmatização de uma série de indivíduos como inimputável, bem como o significado deste procedimento de estigmatização. O documento que materializa esse procedimento são os laudos de periculosidade e de insanidade mental. Por sua vez, os laudos de periculosidade e de insanidade mental fornecem um significativo objeto de estudo para a sociologia na medida em que representam uma espécie de estatuto de cientificidade racional dentro dos procedimentos judiciais. Como perito, o psiquiatra enumera, através do saber especializado que domina, quem detém o mínimo de racionalidade e quem não detém, quem apresenta risco para a coletividade e quem não representa. Deste modo, o psiquiatra adquire uma postura como medidor da insegurança pública ao avaliar a pertinência da razão em um indivíduo a ponto deste poder ou não conviver em sociedade. Apoiado no seu estatuto de cientificidade, ele desempenha uma forma de controle social.

Ou seja, o louco e a loucura, conforme denota Capez³³, não são criações do senso comum unicamente, mas sim uma longa criação cuja história está intimamente ligada ao nascimento da clínica médica e da psiquiatria como saber dito científico. Nesse sentido, a ciência médica e o senso comum teriam percepções semelhantes sobre o louco e o criminoso. A psiquiatria forense dá estatuto de cientificidade, através dos laudos, para que sejam apartados os doentes mentais criminosos da sociedade mais ampla, e leciona sua doutrina enfatizando os laudos de periculosidade e de insanidade mental:

Para compreender o que são os laudos de periculosidade e de insanidade mental e que papel desempenham, faz-se necessário observar o modo como eles são criados e em que isso implica. Os laudos são a cristalização do saber psiquiátrico. Os laudos não reconhecem apenas o que está dado, uma situação, mas antes 'criam' um novo indivíduo, um novo estigma. A psiquiatria forense, através dos laudos, não apenas reconhece uma situação – o indivíduo anormal e desviante, que já estaria 'dado' na sociedade – mas antes enunciamos que a psiquiatria forense o cria, ao lhe dar o novo status, rebaixando-o a uma nova categoria social estigmatizadora.

Portanto, diante dos apontamentos trazidos à discussão, resta claro que esses laudos são um objeto significativo de compreensão da criação dos indivíduos estigmatizados e que, dessa forma, seriam submetidos a uma rígida forma de vigilância e controle social.

O CRIME E A PSICOPATIA: DEFINIÇÃO DO PSICOPATA

Neste item, será discorrido acerca da definição do psicopata, para uma melhor compreensão ao tema proposto.

Para tanto, nas lições de Fonseca³⁴, trata-se de um transtorno de personalidade:

[...] alterações do comportamento resultantes de anomalias da personalidade ou de estados de desadaptação do indivíduo. A psicopatia não é uma enfermidade mental, porque as doenças desse grupo estão bem delimitadas, e esta não faz parte dele. Combinado a este fato há o ponto crucial de que os enfermos não possuem consciência de seus atos por não compreenderem a realidade, já que em sua maioria sofrem processos alucinatórios ou delirantes, situação totalmente oposta para com os psicopatas que compreendem a realidade, mas não conseguem não praticar determinados atos, como se seus sentimentos falassem mais alto que sua razão.

Nesse sentido, Fonseca³⁵ ressalta que os indivíduos acometidos por esse transtorno não podem ser colocados no grupo da normalidade, por conta dos seus desequilíbrios psicoemocionais e comportamentais, e que os sociopatas ou psicopatas não são loucos nem débeis, pairando numa zona intermediária.

33 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 425.

34 FONSECA, Antônio da. *Psiquiatria e psicologia*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1. p. 201.

35 FONSECA, Antônio da. *Psiquiatria e psicologia*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1. p. 201.

Ressalta-se, todavia, que para a doutrina dominante, seja ela proveniente da área médica ou psicológica, têm-se como claro o fato de se tratar de um transtorno de personalidade. Nesse sentido, Fonseca³⁶ destaca:

O psicopata é bem conhecido pela cultura popular, um assíduo frequentador de manchetes de jornais e de programas sensacionalistas. Mas o que o senso comum não sabe é o que se passa em sua alma. De origem grega, *psyché*, alma; *path*, sofrimento, a psicopatia indica o doente da alma ou enfermo mental. Alguns acham adequado o termo sociopatia, mas muitos deles são conhecidos como 'serial killers' ou assassinos em série. Além destes, muitos outros criminosos coléricos têm características inerentes a esse distúrbio psíquico. O traço que distingue esse enfermo dos psicóticos é que o psicopata é muito perverso. Ele está sempre atualizado e antenado com a realidade, mas seu superego, aquele sensor que todos temos em nossa mente, está ausente, e isso o priva de qualquer culpa.

A Organização Mundial de Saúde³⁷ inclui em sua classificação de patologias essa doença sob a expressão "distúrbio da personalidade dissocial":

Estes pacientes não conseguem se submeter a regras sociais, a convenções, e não levam em conta o que sentem os outros. Eles estão sempre centrados em si mesmos, nas suas necessidades, revelam emoções sem nenhuma densidade, carecem de uma auto percepção, controlam muito mal os seus impulsos, não lidam bem com as frustrações e partem para a agressão com facilidade, são irresponsáveis, não exprimem remorso nem ansiedade relativamente ao seu comportamento. Manipulam habitualmente as outras pessoas e demonstram um cinismo perturbador, revelam-se incapazes de amar. Além disso, os pacientes mentem, roubam, enganam, fraudam, abandonam suas famílias, põem em risco suas vidas e as dos outros.

Fonseca³⁸ ressalta acerca de algumas polêmicas de foro judicial, sobre como tratar criminosos psicopatas:

Alguns sustentam que, mesmo doentes, eles estão conscientes do que fazem e poderiam evit-lo. Geralmente este paciente não tem recuperação, não tem condições de conviver socialmente, pois não aprendem com seus erros nem com os castigos aplicados.

Com relação a psique do psicopata, o comportamento desprezível é resultado de uma escolha exercida de forma livre e sem nenhuma culpa mediado por carência de emoções e consequentemente desprovimento de empatia. Para eles tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atrevesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo³⁹.

Antônio de Pádua Serafim, um psicólogo clínico e forense, transcreveu um texto interessante nos anexos do livro "Made in Brazil", da autora Ilana Casoy⁴⁰. No texto, a autora ressalta que dentre os crimes contra a pessoa, o homicídio, sem sombras de dúvidas apresenta-se como de maior gravidade e impacto perante a opinião pública. Diariamente, na imprensa, é notificada a ocorrência de prática de homicídios em diferentes contextos:

Em alguns casos, questionamentos quanto ao que leva uma pessoa a praticar tamanha crueldade se apresentam em meio à indignação, à revolta e ao sofrimento. A tentativa de compreender o que leva uma pessoa a agredir outra mortalmente com sinais de brutalidade, crueldade e frieza mobiliza não somente a população em geral, mas também especialistas das áreas da medicina, da psicologia e do direito.⁴¹

36 FONSECA, Antônio da. *Psiquiatria e psicologia*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1. p. 202.

37 SAÚDE, Organização Mundial da. *Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1998.

38 FONSECA, Antônio da. *Psiquiatria e psicologia*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1. p. 201.

39 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 232.

40 CASOY, Ilana. *Arquivos serial killers: Louco ou cruel? Made in Brazil*. RJ: DarkSide, 2017. p. 715.

41 CASOY, Ilana. *Arquivos serial killers: Louco ou cruel? Made in Brazil*. RJ: DarkSide, 2017. p. 715.

É enorme o sofrimento social, econômico e pessoal causado por algumas pessoas cujas atitudes e cujo comportamento resultam menos das forças sociais do que de um senso inerente de autoridade e uma incapacidade para a conexão emocional em relação ao resto da humanidade. Para esses indivíduos (psicopatas), as regras sociais não são uma força limitante e a ideia de um bem comum é meramente uma abstração confusa e inconveniente⁴².

Fato é que os psicopatas procuram dissimular seu comportamento quando se dão conta de que a sociedade não o aceita, mas isso não significa que eles se modificaram.

A relação entre o crime e a psicopatia

Com relação ao crime versus a psicopatia, importante se faz destacar que existe uma diferença fundamental entre os criminosos comuns e os criminosos psicopatas.

Os criminosos comuns, conforme leciona Robert I. Simon⁴³ possuem traços antissociais, assim como o psicopata, entretanto, aqueles que não são psicopatas ainda conservam alguns princípios, mesmo que distorcidos e normalmente apresentam lealdade a determinadas pessoas, como familiares, limitando seus atos. Com o psicopata isso não ocorre, eles são desprovidos de consciência e qualquer princípio.

Fato é que, conforme destacam os autores Taborda, Abdalla Filho, e Chalub, a psicopatia envolve grande relevância no contexto forense devido à polêmica envolvendo a responsabilidade penal de acordo com a sua capacidade por parte de psiquiatras, e relação direta com a dependência química, e principalmente, por seu comportamento infrator respondendo frequentemente por práticas criminais⁴⁴.

Já para Silva⁴⁵, uma característica relevante do psicopata é a ausência de medo e ansiedade, o tornando menos propenso a sentir dor e se sensibilizar com o sofrimento alheio, atributos que auxiliam na sua impulsividade e desapegado emocional:

Fatores esses que o impedem de conseguir se colocar no lugar do outro e com isso, se importar com as consequências de seus atos, o que facilita o cometimento de delitos utilizando manipulação e crueldade.

Nos apontamentos de Trindade, Beheregaray e Cuneo⁴⁶, os psicopatas veem as outras pessoas como “objetos que eles usam quando precisam para satisfazer as suas necessidades”, tendo por elas somente sentimento de posse, não compreendendo que essas pessoas são vulneráveis e passíveis de sofrimento, e ressaltam:

O indivíduo com esse transtorno é indiferente aos sentimentos alheios e por isso os psicopatas mais perigosos são capazes de atos inimagináveis, podendo cometer crimes de natureza hedionda sem transparecer qualquer sentimento de remorso.

Ainda, Trindade, Beheregaray e Cuneo⁴⁷ destacam mais duas características definem a

42 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 232.

43 SIMON, Robert I. *Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano*. Trad. Laís Andrade; Rafael Rodrigues Torres. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 54.

44 TABORDA, José Geraldo Vernet; ABDALLA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. *Psiquiatria forense*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 432.

45 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 69-70.

46 TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia: a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

47 TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia: a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

conduta antissocial do psicopata: o fato de ele viver no presente, o que determina sua característica parasitária e aproveitadora, e o não aprendizado com a experiência, não se beneficiando com a punição.

De acordo com Silva⁴⁸, o psicopata não consegue compreender com profundidade as palavras que utiliza com a função de demonstrar afeto:

[...] ele é incapaz de estabelecer uma relação de empatia com outra pessoa. Esta deficiência é de difícil compreensão, já que ele utiliza todas as palavras como se as compreendesse, mas, ao mesmo tempo, é alheio aos seus significados mais profundos. O psicopata não responde de forma convencional às manifestações de afeto e carinho.

Silva⁴⁹ destaca, ainda, que nem todos os psicopatas são criminosos, apesar de todos eles serem capazes de atos reprováveis e prejudiciais à outras pessoas. Além disso, muitos deles não são diagnosticados, uma vez que não procuram por um tratamento a não ser que tenham algum interesse, por não acreditar que possuem algum problema. Contudo, quando são criminosos são mais propensos ao diagnóstico, pois estão sujeitos a exames que podem apontar o transtorno e se destacam dos outros delinquentes por serem mais frios, violentos, sádicos e predadores.

Ademais, conforme considerações de Trindade, Beheregaray e Cuneo⁵⁰, são habilidosos e apesar de impulsivos, planejam com mais facilidade, conferindo valor de prestígio ao delito, e ressaltam que esta individualidade marca o psicopata como mais propenso à reincidência. Nesse aspecto, cometem qualquer tipo de crimes, mas principalmente os de natureza violenta, “reincidindo até cinco vezes mais que aqueles que não possuem psicopatia nos primeiros anos após serem colocados em liberdade”. Os autores alertam:

O indivíduo psicopata não é motivado pela raiva seguida da provocação para cometer um crime, o psicopata simplesmente define uma meta a partir de sua atração pela violência e a necessidade da busca de emoções e sensações que não são supridas com a naturalidade como ocorrem com aqueles que não são psicopatas. Essa necessidade é associada com a maior probabilidade para o consentimento de crimes sexuais.

Ou seja, ainda de acordo com Trindade, Beheregaray e Cuneo⁵¹, existem vários tipos de classificação de psicopatia, mas entre os criminosos se destacam os denominados psicopatas sexuais e psicopatas amorais. Os autores ressaltam que este último tipo de psicopata é facilmente encontrado entre criminosos com tendência à reincidência, pois são indivíduos antissociais, insensíveis e perversos, desprovidos de compaixão e de conceitos éticos. Conforme esclarecem os autores, possuem uma conduta predominantemente lesiva, pois não possuem empatia em relação às outras pessoas do seu convívio. Nessa esteira, esses indivíduos estão mais ligados a ofensas físicas contra pessoa e propriedade, tendo mais facilidade para reincidir quando se trata de delitos contra a vida.

Nas considerações de Trindade, Beheregaray e Cuneo⁵², tais fatores são incrementados pela falta de consciência moral desses indivíduos. Inclusive, qualquer tipo de tentativa de rege-

48 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 69-70.

49 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 69-70.

50 TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia: a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-68.

51 TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia: a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-77.

52 TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. *Psicopatia: a máscara da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-77.

neração ou reeducação é inútil, pois não existe um modelo ético que o psicopata consiga seguir. Na verdade as tentativas de correção e o cárcere levam os psicopatas infratores a incrementar as técnicas para cometer crimes e conseguir escapar da Justiça ao invés de deixarem de cometer novos crimes.

Portanto, mais uma vez, resta evidenciado que em razão da insensibilidade diante dos fatos e de sua vaidade, os psicopatas são capazes de cometer qualquer tipo de crime e punir um inimputável, por óbvio, mostra-se ineficaz. Quanto à proteção dos direitos humanos do doente mental, imprescindível se faz destacar que a própria enfermidade mental é uma prisão, e que, se o Estado não se ocupar de tratá-la, de nada adianta defender o inimputável da restrição de liberdades imposta pela sociedade, uma vez que a prisão da psique é a mais cruel de todas. Isto sim consiste em uma prisão perpétua e é esta que a medida de segurança, em sua essência, busca evitar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso teórico desenvolvido pela presente pesquisa permite, neste momento, que sejam esboçadas algumas considerações que, longe de pretender esgotar o tema, apresentam-se como ponto de partida.

Ao longo desta pesquisa, foi possível observar que a psicopatia se trata de um tipo de transtorno qualificado por atos antissociais permanentes, sem consistir em sinônimo de criminalidade e especialmente por uma incapacidade de adotar normas sociais em grandes aspectos do desenvolvimento da adolescência até a vida adulta.

Para tanto, a inimputabilidade penal trata-se da incapacidade que tem o agente em responder por sua conduta delituosa, ou seja, o sujeito não é capaz de entender que o fato é ilícito e de agir conforme esse entendimento.

Para a aferição da inimputabilidade, o critério biopsicológico, aceito pelo Código Penal, é também compreendido como biopsicológico normativo ou misto, sendo aquele que necessita indagar se, ao tempo da ação ou omissão, o agente não possuía condições de entender sua conduta porque estava privado do sentido biológico ou etiológico (*libertas consilli*) e, também, porque não detinha o elemento psicológico (*libertas iudicii*) para compreender o sentido de sua atitude, ou seja, é o sistema adotado no ordenamento brasileiro,

Fato é que a personalidade é o conjunto das características marcantes de uma pessoa, ou seja, é um termo abstrato utilizado para descrever e dar uma explicação teórica do conjunto de peculiaridades de um indivíduo que o caracterizam e diferenciam dos outros.

Nessa perspectiva, a psiquiatria forense chama para si a responsabilidade de classificar e rotular os indivíduos, dizendo que tem razão, ou, condições de civilidade, e quem não as tem e é através dos chamados laudos de periculosidade e de sanidade mental que o psiquiatra forense define quem é normal e quem é anormal, produzindo a categoria de indivíduos que o direito designa como inimputável, ou seja, esses laudos designam quem tem sanidade mental e quem apresenta periculosidade.

Com relação a psique do psicopata, o comportamento desprezível é resultado de uma

escolha exercida de forma livre e sem nenhuma culpa mediado por carência de emoções e conseqüentemente desprovemento de empatia. Para eles tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atrevesse o seu caminho ou os seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte de seu convívio íntimo. Em alguns casos, questionamentos quanto ao que leva uma pessoa a praticar tamanha crueldade se apresentam em meio à indignação, à revolta e ao sofrimento. A tentativa de compreender o que leva uma pessoa a agredir outra mortalmente com sinais de brutalidade, crueldade e frieza mobiliza não somente a população em geral, mas também especialistas das áreas da medicina, da psicologia e do direito.

Com relação ao crime versus a psicopatia, importante se faz destacar que existe uma diferença fundamental entre os criminosos comuns e os criminosos psicopatas, ou seja, os criminosos comuns possuem traços antissociais, assim como o psicopata, entretanto, aqueles que não são psicopatas ainda conservam alguns princípios, mesmo que distorcidos e normalmente apresentam lealdade a determinadas pessoas, como familiares, limitando seus atos. Com o psicopata isso não ocorre, eles são desprovidos de consciência e qualquer princípio.

Uma característica relevante do psicopata é a ausência de medo e ansiedade, o tornando menos propenso a sentir dor e se sensibilizar com o sofrimento alheio, atributos que auxiliam na sua impulsividade e desapegado emocional, ou seja, ele é incapaz de estabelecer uma relação de empatia com outra pessoa. Esta deficiência é de difícil compreensão, já que ele utiliza todas as palavras como se as compreendesse, mas, ao mesmo tempo, é alheio aos seus significados mais profundos. O psicopata não responde de forma convencional às manifestações de afeto e carinho.

Tais fatores são incrementados pela falta de consciência moral desses indivíduos. Inclusive, qualquer tipo de tentativa de regeneração ou reeducação é inútil, pois não existe um modelo ético que o psicopata consiga seguir. Na verdade as tentativas de correção e o cárcere levam os psicopatas infratores a incrementar as técnicas para cometer crimes e conseguir escapar da Justiça ao invés de deixarem de cometer novos crimes

Neste momento foi possível obter o resultado sobre a resposta da indagação levantada, e sua respectiva hipótese, restando a mesma CONFIRMADA: a Lei, mais precisamente contida na redação do artigo 26 do Código Penal Brasileiro, isenta de pena aquele cuja debilidade mental impede a compreensão da ilicitude do fato que praticou. Contudo, sua doença ou seu desenvolvimento mental incompleto ou retardado devem ser a causa de sua total falta de compreensão da ilicitude dos fatos, ou seja, a simples existência de doença mental, que por seus sintomas, não atinge a capacidade de percepção do autor, não serve para o reconhecimento da inimputabilidade.

Portanto, a psicopatia é um transtorno comportamental de personalidade e não uma enfermidade psíquica, entretanto, a psicopatia, mais precisamente o psicopata criminoso, foco da presente pesquisa, tem particular interesse para a Criminologia, tendo em vista que, portadores desse transtorno, pelo fato de serem isentos de empatia e de não aceitarem qualquer ética moral, cultural, familiar, social ou legal, possuem inclinação intrínseca para o cometimento de infrações penais.

Nesse sentido, embora a psicopatia seja um transtorno comportamental de personalidade e não uma enfermidade psíquica, e, portanto, não ser considerado um agente inimputável, ele

se torna inimputável pelo simples fato de a prisão não ser útil aos mesmos, uma vez que, a prisão não os recupera tampouco lhes serve como punição, assim como, a medida de segurança lhes é inócua, pois o psicopata criminoso é incurável.

Sendo assim, o psicopata é imputável quanto a teoria finalista que conceitua crime, porém, em relação aos objetivos da imposição da pena (aflição, prevenção e ressocialização), é inócua, e, portanto, sem sentido.

Quanto à proteção dos direitos humanos do doente mental, imprescindível se faz destacar que a própria enfermidade mental é uma prisão, e que, se o Estado não se ocupar de tratá-la, de nada adianta defender o inimputável da restrição de liberdades imposta pela sociedade, uma vez que a prisão da psique é a mais cruel de todas. Isto sim consiste em uma prisão perpétua e é esta que a medida de segurança, em sua essência, busca evitar.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BORDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. Ofício de Sociólogo. Petrópolis: Vozes, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 02 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASOY, Ilana. Arquivos serial killers: Louco ou cruel? Made in Brazil. RJ: DarkSide, 2017.

CID-10, Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português CBCD. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 06 ago. 2022.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FONSECA, Antônio da. Psiquiatria e psicologia. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.

FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FOUCAULT, Michel. Os Anormais: Curso no Collège de France. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

- HERCULES, Hygino de Carvalho. Medicina legal: texto e atlas. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2014.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- QUINET, Antônio. Psicose e Laço Social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- KOCH, Alice Sibille; ROSA, Dayane Diomário da. Transtornos de personalidade. ABC da Saúde. Portal R7 Serviços. Disponível em <http://www.abcdasaude.com.br/psiquiatria/transtornos-de-personalidade>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal. 34 ed. rev. e atual. São Paulo, 2019.
- PALOMBA, Guido Arturo. Tratado de psiquiatria forense: civil e penal. São Paulo: Atheneu, 2003.
- MOURA, Roberth. Ótica psicológica: O que é Personalidade? Artigo. Public. em 21 out. 2011. Disponível em: <http://www.peripeciaspsicologicas.com.br/2011/10/o-que-e-personalidade-conceito-de.html>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- PRADO. Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- REALE JUNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SAÚDE, Organização Mundial da. Classificação de transtornos mentais e de comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas. 1998.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentres perigosas: o psicopata mora ao lado. (ed. comemorativa de 10º aniversário). Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.
- SIMON, Robert I. Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano. Trad. Laís Andrade; Rafael Rodrigues Torres. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- TABORDA, José Geraldo Vernet; ABDALLA FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. Psiquiatria forense. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. Psicopatía: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O banco de horas pactuado por meio de acordo individual de trabalho: uma violação frontal ao texto constitucional brasileiro e a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil

The bank of hours agreed upon through an individual labor agreement: a frontal violation of the brazilian constitutional text and international treaties and conventions ratified by Brazil

Danilo Eduardo Querido

Advogado. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-Graduando em Advocacia Cível pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público. Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da Associação dos Advogados de Ribeirão Preto – AARP, Membro da Comissão Especial da Advocacia Trabalhista da OAB/SP

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.4

RESUMO

O objetivo geral do presente estudo é investigar se o banco de horas pactuado por acordo individual viola a Constituição brasileira, o princípio constitucional da vedação do retrocesso ou tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. De início, a investigação traçou uma breve análise acerca da figura do banco de horas no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, cuidou de verificar se a negociação coletiva constitui um mecanismo constitucional obrigatório para a implementação do banco de horas no Brasil. Mais a frente, examinou o princípio constitucional da vedação do retrocesso e os documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Concluiu-se, em arremate, que o banco de horas pactuado por acordo individual é manifestamente inconstitucional, porque ofende frontalmente o art. 7º, XIII da Lei Maior e viola o princípio constitucional da proibição do retrocesso. Na mesma esteira, o instituto se mostrou incompatível com direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Palavras-chave: banco de horas. acordo individual. reforma trabalhista. controle de constitucionalidade e convencionalidade. princípio da vedação do retrocesso social.

ABSTRACT

The general objective of this study is to investigate whether the bank of hours agreed upon by individual agreement violates the Brazilian Constitution, the constitutional principle of the prohibition of retrogression, or international treaties and conventions ratified by Brazil. At first, the research traced a brief analysis of the bank of hours in the Brazilian legal system. Next, it checked whether collective bargaining is a constitutionally required mechanism for implementing a bank of hours in Brazil. Further on, it examined the constitutional principle of the prohibition of retrogression and the international documents ratified by the Brazilian State. The conclusion was that the bank of hours agreed upon by individual agreement is manifestly unconstitutional, because it offends art. 7, XIII of the Constitution and violates the constitutional principle of the prohibition of retrogression. In the same vein, the institute proved incompatible with human rights listed in international treaties and conventions ratified by the Brazilian State

Keywords: hour bank. individual agreement. labor reform. control of constitutionality and conventionality. principle of the prohibition of social regression.

INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se sobre o instituto do banco de horas pactuado por acordo individual, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.467/2017, que incluiu o § 5º no art. 59 da CLT, e tem a finalidade de analisar se essa figura jurídica confronta com a Constituição da República de 1988, com o princípio da proibição do retrocesso ou com tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Preambularmente, útil esclarecer que para a melhor compreensão e delimitação do objeto desta investigação, faz-se certa distinção doutrinária para o fim de considerar o “banco de horas” como espécie do gênero jurídico “compensação de horários”. O banco de horas, nesse

aspecto, permite a compensação do tempo trabalhado por prazo sempre superior a um mês.

O instituto do banco de horas pactuado por acordo individual, que configura objeto deste estudo flexibiliza, de forma generalista, a negociação da força de trabalho da classe operária, em clara mercantilização do próprio instituto laboral. Essa possibilidade de negociação banalizada ganha especial espanto por ser intentada de forma individual, ou seja, sem participação do sindicato, ente coletivo eleito pelo constituinte originário brasileiro para conduzir as principais transações entre empregador e empregados.

Essa pactuação, entre empregador e empregado, sobre limite de jornada, se mostra como verdadeira tentativa de “civilizar” o ramo do direito laboral, tratando, assim, duas partes com forças complementemente díspares, de forma igual, equivalência que é antítese a própria ciência do direito do trabalho.

Nesse cenário, sendo a negociação coletiva um direito social constitucionalmente consagrado pelo art. 7º, XIII da Carta Maior brasileira, a trivialização do limite de jornada imposta pelo banco de horas pactuado por acordo individual faz surgir verdadeira indagação acerca da possível inconstitucionalidade desta figura jurídica, inclusive por sua incompatibilidade com o princípio da vedação do retrocesso, e sua violação a convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Eis a delimitação desta investigação.

BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DO BANCO DE HORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto do banco de horas constitui uma figura notadamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Denota-se que a redação original da CLT, datada de 1º de maio de 1943, embrionariamente previa apenas o mecanismo da compensação semanal de horas trabalhadas, o que, ainda, só era possível mediante acordo escrito entre empregador e empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, a limitação da jornada de trabalho ganhou status de direito social fundamental. A redação do art. 7º, XIII da Pedra Fundamental consignou ser facultada, entretanto, a compensação de horários e a redução da jornada, mediante a realização de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Note-se, portanto, que a Constituição apenas validou expressamente o que já estava previsto no plano da CLT, não tratando de qualquer compensação de horas laboradas além da semana correspondente a prestação do serviço.

Uma década após, em 1988, o instituto do banco de horas efetivamente passou a compor o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto previsto no art. 6º da Lei n. 9.601/98, que modificou a redação do então art. 59 da CLT. O dispositivo estipulava que o excesso de horas laboradas em um dia poderia ser compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira a não exceder, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, respeitando-se, do mesmo modo, o limite máximo de dez horas diárias.

Note-se, a Lei n. 9.601/98 não utilizou expressamente o termo “banco de horas”, entretanto, na prática, implementou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. É que, a partir da mencionada norma jurídica, possibilitou-se uma espécie de “armazenamento fictício de horas laboradas” – de onde advém, portanto, o termo “banco” -, que poderiam ser compensadas (satis-

feitas) dentro do lapso temporal de cento e vinte dias, no momento que o empregador entender pertinente. A Lei n. 9.601/98, observando o mandamento constitucional, também consignava ser condição *sine qua non* para a instalação do banco de horas a existência de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Nesse aspecto, a compreensão do surgimento da figura do banco de horas no Brasil demanda, de certa forma, uma breve visitação ao cenário histórico-político do país na década de noventa. Naquela época, uma crescente política neoliberal fora intentada pelo governo Collor com o intuito de superar a grave recessão econômica então vigente. Para tanto, o país optou por privilegiar a abertura econômica e a privatização, com o suposto objetivo de incentivar a competitividade (CANO; SILVA, 2010). O setor automotivo, por sua vez, não estava preparado para investir em tecnologia e, com isso, competir com o mercado internacional, razão pelas quais muitas empresas daquela seara enceraram suas atividades e, por conseguinte, demitiram centenas de trabalhadores.

A crise financeira avançava no cenário nacional, o que dentre outros fatos, deu azo à rodada denominada “acordo das montadoras”, onde grandes empresas do setor automotivo ofertaram investir em produção e tecnologia em troca de isenção de impostos e, especialmente, de flexibilização de direitos trabalhistas por parte do então governo (VIANINI, 2018). E assim foi feito.

Nesse contexto, portanto, a figura jurídica do banco de horas germinou no Brasil como verdadeiro “acórdão”, firmado entre o capital e o governo, sem uma substancial escuta da classe trabalhadora. Trata-se, nesse prisma, de mecanismo destinado a preservar, em última análise, os interesses do empregador, que pode economizar os recursos que seriam destinados ao pagamento de eventuais horas extras e, ainda, nas hipóteses de baixa produtividade, possibilitou a concessão de folgas aos empregados, computando o respectivo tempo inoperante para ser exigido ulteriormente do trabalhador.

Pouco tempo após, em 24 de agosto de 2001, o recém criado instituto do banco de horas foi alterado pelo então governo FHC, por meio da Medida Provisória n. 2.164-41/2001, que alargou o prazo de compensação das horas laboradas para o máximo de um ano. A Medida Provisória, contudo, ao menos seguiu a toada das normas jurídicas anteriores, mantendo a obrigatoriedade de acordo ou convenção coletiva de trabalho para implementação do mencionado banco. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a comportar, no que toca ao gênero “compensação de horários”, duas espécies: o “regime compensatório clássico”, onde as horas trabalhadas eram compensadas dentro da mesma semana, nos termos da previsão original da CLT; e o “banco de horas” propriamente dito, onde as horas trabalhadas poderiam ser compensadas dentro do lapso de até um ano.

Nas duas décadas seguintes, o uso reiterado do regime compensatório clássico pacificou o entendimento jurisprudencial trabalhista de que esse mecanismo poderia dar-se por meio de pactuação bilateral escrita, desde que não houvesse norma coletiva em sentido contrário, o que foi concretizado por meio da Súmula n. 85 do TST, datada de 03 de junho de 2016. Destaca-se, de todo modo, que a dispensa da negociação coletiva para a implementação do regime compensatório clássico, que, então, deixou de ser aquele onde as horas trabalhadas eram compensadas na mesma semana, para serem, assim, compensadas dentro do mesmo mês, sofreu severas críticas de parte da doutrina brasileira, que sustentava a inconstitucionalidade do ato,

por ofensa ao art. 7º, XIII da Constituição da República. Mas as críticas não foram capazes de afetar o entendimento jurisprudencial, que consolidou a matéria. Vale esclarecer, de todo modo, que o presente estudo se debruça especialmente sobre a figura do banco de horas propriamente dito (e não sobre o regime compensatório clássico), onde a compensação é sempre pelo prazo superior ao período de um mês.

Destarte, a espécie jurídica do instituto banco de horas, objeto da presente pesquisa, permaneceu sem qualquer alteração legislativa pelo período de dezesseis anos. Em 11 de novembro de 2017, contudo, adveio da Lei n. 13.467/2017, denominada “reforma trabalhista”, que modificou mais de uma centena de dispositivos da CLT, dentre os quais o seu art. 59, que trata da matéria. A famigerada “reforma” passou a autorizar a instituição do banco de horas mediante simples acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses (art. 59, § 5º da CLT). Trata-se do primeiro momento em que o legislador brasileiro, em incontroversa colisão frontal com o mandamento esculpido no art. 7º, XIII da Constituição da República, retirou a obrigatoriedade de acordo e convenção coletiva de trabalho para a implementação do regime de banco de horas, afastando, assim, a atuação e representação da classe trabalhadora pelo órgão do sindicato.

A Lei n. 13.467/2017, também estabeleceu que o atual regime compensatório clássico, onde as horas laboradas são compensadas dentro do mesmo mês da prestação do serviço, pode dar-se até mesmo por meio de acordo individual tácito (art. 59, § 6º da CLT). Até então, a compensação mensal exigia que o acordo individual fosse escrito, garantindo, assim, maior segurança jurídica ao trabalhador. Essa redação se mantém até os dias atuais.

O regresso ao cenário histórico-político nacional, uma vez mais, auxilia na compreensão da motivação da alteração legislativa em apreço. Sem maiores digressões, é forçoso concluir que a Lei n. 13.467/2017 não respeitou o patamar civilizatório mínimo fixado na Constituição, ao contrário, fez surgir um parâmetro jurídico sepultado há décadas no campo do direito laboral nacional, privilegiando o poder econômico em detrimento ao valor social do trabalho (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017).

O modelo de banco de horas instado por acordo individual inserido pela Lei n. 13.467/2017 também ignorou a participação democrática, deixando de lado o debate social, especialmente com representantes dos trabalhadores, o que fere o compromisso internacional assumido pelo Brasil, na Convenção 144 da Organização Internacional do Trabalho. Essa inobservância, por si só, impôs vício insanável de inconstitucionalidade à “reforma” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017). Tem-se, portanto, que o instituto do banco de horas foi instalado – e atualizado – no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um percurso legislativo indecoroso, apartado dos interesses da classe trabalhadora.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL OBRIGATÓRIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BANCO DE HORAS NO BRASIL

A fim de compreender melhor o objeto da presente pesquisa, se faz necessário distinguir o mecanismo do “regime compensatório clássico” e o “banco de horas”, espécies do gênero regime de compensação de horários. O regime clássico, “é aquele que ocorre dentro do mês traba-

lhado, agregando-se horas suplementares em um ou mais dias, em determinada(s) semana(s), e se realizando a compensação, pela redução de jornada, em outro(s) dia(s) ou semana(s)". (DELGADO, M.; DELGADO, G., op. cit., p. 127). Esse regime foi acampado pela jurisprudência laboral brasileira, sendo sedimentado pela Súmula 85 do TST. O segundo, regime de banco de horas propriamente dito, ponto sobre o qual se debruça o presente estudo, pode ser conceituado como "instituto jurídico de compensação de horários, porém, estruturado em prazo muito superior ao mês" (Ibid, p. 129). Passa-se, portanto, a investigação.

Cabe verificar, assim, se o constituinte originário de 1988 impôs a negociação coletiva como um mecanismo obrigatório para a implementação do regime de banco de horas. Ao tratar do tema, a redação do art. 7º, XIII da Constituição da República foi enfática ao dispor que a compensação de horários e a redução da jornada só podem ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Em outras palavras, o constituinte originário assegurou, como requisito *sine qua non*, a negociação coletiva para a implementação do banco de horas.

O texto do art. 7º, XIII da Constituição da República exprime, ao mesmo tempo, dois claros desígnios, com aplicabilidade imediata: um direito para o trabalhador e uma garantia para o sindicato. Na hipótese de eventual negociação que disponha sobre a compensação de jornada por meio de instalação de banco de horas, é direito do trabalhador ser representado (e não assistido) por sua entidade sindical. Doutra banda, no mesmo caso, há evidente garantia – e até mesmo incumbência - destinada ao sindicato, assegurando a sua legitimidade e necessária atuação na negociação, que deve ser, indiscutivelmente, coletiva.

Note-se que a interpretação sistemático-teleológica da própria Constituição da República demonstra que o constituinte originário se preocupou em conferir ao sindicato legitimidade para defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da respectiva categoria, consignando, ainda, ser obrigatória a sua participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º da CF). O zelo constitucional se justifica na medida em que o tema remete ao tronco embrionário do direito do trabalho, a limitação da jornada de trabalho, que ganhou status de direito fundamental social.

No mesmo sentido, a teoria piramidal ensina que uma norma de hierarquia inferior não pode afrontar outra de hierarquia superior. No caso em estudo, o art. 59, § 5º da CLT, que tem status de lei ordinária nacional, obviamente não tem o condão de afastar o art. 7º, XIII da CF, que ocupa o cume do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, ainda no plano da própria CLT, é importante observar que a mesma legislação que passou a prever a implementação do banco de horas por meio de acordo individual, entre empregador e empregado, também inseriu o art. 611-A na CLT, que cuida de supostas hipóteses em que os instrumentos coletivos (convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho) têm prevalência sobre a própria lei. O inciso II do mencionado dispositivo lista o banco de horas em seu rol. Desta forma, qualquer espécie de regra hermenêutica utilizada pelo intérprete leva à mesma conclusão, qual seja, que a regra constitucional só pode ser excepcionada pela via da negociação coletiva, a qual, por sua vez, terá prevalência sobre a lei comum e, por conseguinte, sobre eventual acordo individual. O contrário, todavia, não é possível. O acordo individual jamais terá o condão de se sobrepor sobre a lei, sobre o instrumento coletivo e, em última análise, sobre a própria Lei Maior, salvo se, em atenção ao princípio da norma mais favorável, for mais vantajoso ao trabalhador.

A malfadada Lei n. 13.467/17 também inseriu o art. 611-B na CLT, dispondo ser objeto ilícito de qualquer instrumento coletivo (convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho) norma que a suprima ou reduza direitos listados naquele rol, dentre os quais consta o direito a remuneração diferenciada para o serviço extraordinário (hora extra). Logo, se assim é com os instrumentos coletivos, com ainda mais razão deve ser com acordos individuais, tornando incompatível o direito ao adicional de horas extras, que é um direito constitucional, com a figura do banco de horas. É que no regime de banco de horas, o trabalho executado pelo período de uma hora, em sobrejornada, assegurará ao obreiro o direito de descanso pelo tempo correspondente a apenas uma hora de folga, ou seja, sem o devido adicional obrigatório, o que viola não apenas o art. 611-B, XX da CLT, mas também a raiz do direito fundamental estampado no art. 7º, XVI da Lei Maior.

É seguro, desta forma, afirmar que o banco de horas, além de não trazer qualquer benefício ao polo trabalhador, atua como verdadeiro obstáculo ao gozo do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, prejudicando a correta remuneração do serviço extraordinário, no percentual e forma previstos constitucionalmente (MAIOR; SEVERO, 2017). Cabe ir além. Ainda que se estivesse diante de um contrato de natureza comum, regrado pelas regras do direito comum, seria impossível sustentar a validade de acordo entre as partes derrogar, ignorar, contrariar dispositivo constitucional, especialmente para o efeito de suprimir direito social fundamental (Ibid, 2017).

É evidente, portanto, que “a flexibilização trabalhista autorizada pela Constituição, em especial no art. 7º, XIII, tem de ser realizada mediante os instrumentos coletivos negociados” (DELGADO, M., 2018, p. 1.056). Dessa forma, a negociação bilateral trabalhista levada a efeito com o objetivo de implementar o banco de horas, ainda que prevista na CLT, não deverá ser reconhecida como norma jurídica trabalhista válida, porque colide frontalmente com a Constituição da República e a própria razão de ser histórica do Direito do Trabalho (MAIOR; SEVERO, 2017, loc. cit.).

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL COMO OBSTÁCULOS INTRANSPONÍVEIS À RESTRIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL DE SOCIAL

No âmbito do Estado social brasileiro o princípio constitucional da vedação do retrocesso e os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil constituem obstáculos impeditivos à implementação do banco de horas por meio de acordo individual? A indagação se faz indispensável, sobretudo em razão da indiscutível matriz civilizatória imposta pela Constituição Cidadã de 1988, assim como pelos direitos humanos conquistados desde então, que foram incorporados do plano internacional para o ordenamento jurídico doméstico.

Em linhas gerais, o princípio da vedação do retrocesso, também denominado efeito “cliquet”, estabelece limites às atividades do legislador reformador, criando um obstáculo formal e material à eventual modificação normativa levada a efeito com o propósito de precarizar (suprimir, diminuir ou embaraçar) direitos humanos e direitos fundamentais conquistados por determinada sociedade (J. J. CANOTILHO, 2003). Vale dizer, o princípio da vedação do retrocesso, por meio da ferramenta da segurança jurídica, busca a manutenção de determinado patamar civili-

zatório mínimo já incorporado ao sistema jurídico de determinada sociedade. O efeito “cliquet”, em que pese não estar nominado expressamente na Constituição da República de 1988, lá está presente, pois incorporado na norma constante do art. 5º, § 2º, que estabelece expressamente que os direitos e garantias expressos na Lei Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O princípio progressista também encontra guarida na cabeça do art. 7º da Lei Maior, que estabelece serem direitos dos trabalhadores, além daqueles expressamente elencados por ela, outros que visem à melhoria de sua condição social (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017, *Ibid*).

No caso em exame, no que se refere a possibilidade de compensação de jornada por meio do instituto do banco de horas, a Constituição da República estabeleceu um patamar civilizatório mínimo, qual seja, que o negócio jurídico seja realizado, obrigatoriamente, mediante instrumento coletivo. Trata-se de dispositivo constitucional com carga de direito humano social que, em razão de seu caráter progressivo permanente, só pode ser alargado. A precarização, portanto, é vedada. Nessa perspectiva, o banco de horas criado pelo art. 59, § 5º da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/17, deve ser considerado incompatível com a Constituição da República, porque tal produção legislativa não observou o princípio da vedação do retrocesso.

O atual regramento celetista do banco de horas também se apresenta incompatível com tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, que possuem hierarquia de supralegalidade. Destarte, tendo em vista o status de lei ordinária conferida à CLT, bem como o fato de que todos os tratados e convenções internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, são, no mínimo, de hierarquia supralegal (podendo, se o caso, chegar até mesmo a hierarquia constitucional, na forma do art. 5º, LXXIX, § 3º da CF), a aplicação destes últimos prevalece sobre o documento celetista, em eventual conflito aparente de normas.

Em prosseguimento, vale destacar que ao banalizar o exercício do trabalho sobrejornada, a atual figura do banco de horas transforma esse trabalho excedente em jornada comum, em manifesta desobediência ao texto constitucional. Logo, face ao princípio da proteção, o banco de horas imposto por meio de acordo individual fere a Convenção n. 01 da OIT, que fixa a jornada de oito horas como o máximo da exploração possível (MAIOR; SEVERO, 2017, *Ibid*).

A compensação de tempo de trabalho banalizada pelo instituto do banco de horas também viola, na mesma direção, o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que assegura o repouso, o lazer e, especialmente, a limitação razoável das horas de trabalho, a qual contou com a participação do Brasil como Estado-membro. No mesmo prisma, a sistemática do banco de horas também conflita o art. 7º, “d” do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que também assegura o descanso, o lazer e, principalmente, a limitação razoável das horas de trabalho. O documento foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591 de 1992 (DELGADO, M.; DELGADO, G., 2017, *Ibid*).

O banco de horas instituído por acordo individual é manifestamente incompatível com a Convenção n. 98 da OIT, que cuida da sindicalização e especialmente da negociação coletiva, e que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 33.196/53. Esse documento internacional, sempre que se refere a negociação entre empregador e empregado, teve o cuidado de utilizar o termo “organizações de trabalhadores”, ou seja, tratou da temática exclusivamente no sentido

coletivo, o que demonstra a importância da representação do trabalhador pelo ente sindical. De igual maneira, a figura do banco de horas instaurada por meio de acordo individual é diametralmente oposta a Convenção n. 154 da OIT, que assegura o fomento à negociação coletiva, e que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 1.256/94. Essa Convenção prevê exclusivamente a negociação coletiva para regular a transação nas relações de trabalho e emprego.

Com efeito, a análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, leva à conclusão que o banco de horas previsto no art. 59, § 5º da CLT é manifestamente contrário ao princípio da proibição do retrocesso, por ofender a matriz civilizatória imposta pela Constituição Cidadã de 1988. Ainda, o mecanismo do controle de convencionalidade das normas também leva à inegável conclusão de que o banco de horas instituído por acordo individual é incompatível com direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo debruçou-se sobre a figura do banco de horas pactuado por acordo individual, implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.467/2017, adotando como objetivo geral a verificação de sua eventual afronta a Constituição brasileira, o princípio constitucional da vedação do retrocesso, ou tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

De largada, desenhou-se, de forma breve, a trajetória do instituto do banco de horas no ordenamento jurídico brasileiro, caminhando desde sua origem até a sua última atualização legislativa (art. 59, § 5º da CLT inserido pela Lei 13.467/2017), sendo exposto, ainda, o cenário histórico-político do país no momento de cada mudança legislativa significativa na figura em apreço, o que fora feito com o objetivo de compreender o fundamento de cada grande alteração.

Em seguida, o estudo ocupou-se em verificar se a negociação coletiva constitui um mecanismo constitucional obrigatório para a implementação do banco de horas no Brasil. A conclusão foi positiva. Isso porque, a Constituição da República, em seu art. 7, XVIII, foi categórica em criar uma matriz civilizatória, com carga de direito humano social, que impõe a negociação coletiva para a efetivação deste tipo de compensação de jornada. Em razão do caráter progressivo permanente dos direitos humanos e, com amparo no princípio da proibição do retrocesso, o obstáculo constitucional jamais poderá ser precarizado, sobretudo por meio de previsão celetista, que detém hierarquia de mera lei ordinária.

Não obstante, o estudo seguiu examinando as principais normas de direito internacional – tratados e convenções internacionais - que regulam diretamente a matéria e que foram ratificados pelo Brasil, passando, assim, a compor o ordenamento jurídico pátrio, com hierarquia supralegal. A análise dos documentos levou à inegável conclusão de que o banco de horas previsto no art. 59, § 5º da CLT é manifestamente contrário as Convenções da OIT de n. 01, que trata da limitação máxima da jornada de trabalho, de n. 98, que cuida do direito a sindicalização e especialmente da negociação coletiva, e de n. 98, que assegura o fomento à negociação coletiva.

Na mesma esteira, verificou-se que o banco de horas instituído por acordo individual é incompatível com o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que assegura o repouso, o lazer e, especialmente, a limitação razoável das horas de trabalho, e como o art. 7º, “d” do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966,

que também assegura o descanso, o lazer e, principalmente, a limitação razoável das horas de trabalho.

Em arremate, portanto, a presente investigação constatou que o banco de horas instituído por acordo individual, implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.467/2017, é manifestamente inconstitucional, por ofender frontalmente o art. 7º, XIII da Constituição da República, assim como por violar o princípio da vedação do retrocesso, consagrado pela Lei Maior brasileira, e que obsta a precarização do patamar civilizatório mínimo já incorporado ao sistema jurídico brasileiro. No mesmo sentido, lançado mão do mecanismo do controle de convencionalidade das normas, o estudo constatou que o referido banco de horas é incompatível com direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, motivo pelo qual não deve ser considerado legalmente válido ou vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 85. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85>. Acesso em: 15 jun. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e a teoria da Constituição. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017.

_____. Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos. 1. ed. Porto Alegre–São Paulo: Sensus, 2017.

CANO, Wilson; SILVA, Ana Lúcia Gonçalves. Política industrial no governo Lula. Texto para Discussão nº 181. Campinas: IE/Unicamp, 2010. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1811&tp=a>>. Acesso em: 15 jun. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Procuradoria-Geral do Trabalho. Nota Técnica n. 8, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-ndeg8/@@display-file/>>

arquivo_pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

VIANINI, Fernando Marcus Nascimento. Políticas industriais para o setor automotivo: uma comparação sobre o Brasil e a China entre as décadas de 1950 e 1990. CSOnline Revista Eletrônica de Ciências Sociais, Juiz de Fora, n. 25, p. 112131, dez. 2017. Disponível em: <<http://ojs2.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/17518/8882>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 98. Genebra, 1949. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. Convenção nº 154. Genebra, 1981. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ONU, conselho de segurança e TPI: a primeira jurisdição universal para crimes contra o meio ambiente?

Djalma Alvarez Brochado Neto

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (Brasil) e cotutela na Università di Pisa (Itália), com período de estudo na Université de Paris (França), mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (Brasil), advogado e professor. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.5

RESUMO

O meio ambiente é preocupação do direito penal interno na maioria dos países. Mas, de maneira pulverizada e desconectada, as diversas legislações locais e regionais sobre o tema comprometem suas aplicações, favorecendo o dumping ambiental: flexibilização das regras destinadas à proteção ambiental, com o objetivo de atrair investimentos externos. Para padronizar as normas de direito penal ambiental, é necessária uma abordagem top-to-bottom; uma jurisdição universal penal que estabelecesse as diretrizes mínimas do que é um crime ambiental internacional, a fim de reconhecê-lo em qualquer país. A ideia de jurisdição penal universal não é nova. Até o surgimento do Tribunal Penal Internacional (TPI), a competência para processamento e julgamento de crimes no plano internacional se dava de forma difusa, através de tribunais de exceção ou por ampliação unilateral da jurisdição de um determinado país. Com a elaboração do Estatuto de Roma (1998) e a conseqüente instituição do TPI, não só se definiram os quatro principais grupos de crimes, como foi criada – pela primeira vez acordada entre países soberanos – uma oportunidade de jurisdição penal universal realmente efetiva (art. 13, b): o Conselho de Segurança da ONU pode denunciar ao Procurador do TPI qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática dos crimes tipificados naquele documento. Considerando o artigo 8º, 2, iv, do Estatuto, pode-se argumentar que há, pelo menos num contexto específico de guerra, um único crime internacional vigente cujo objeto protegido é – indiretamente – o meio ambiente. Esta pesquisa pretende mostrar que essa universalidade de jurisdição pode – e deve – ir além, considerando uma possível inclusão do crime de ecocídio ao Estatuto de Roma. Primeiro, a dependência de solicitação do Conselho de Segurança ao Promotor para a persecução penal pode significar um entrave à jurisdição universal. A solução já foi apresentada pela própria ONU, através da Resolução 377 (V), destravando diversas situações que exigiam, inclusive, intervenção militar, através da Assembleia Geral. Segundo, a causa ambiental não pode mais ficar em segundo plano. É contraditório que, em tempos de guerra, quando quase tudo é permitido, seja crime a destruição do meio ambiente; já em tempos de paz, não há qualquer reprimenda penal. Na conclusão, revela-se que já existe uma jurisdição universal internacional penal. É preciso expô-la e incrementá-la, armando a governança global ambiental com o rigor do direito penal.

Palavras-chave: tribunal penal internacional. jurisdição universal. conselho de segurança. ONU. ecocídio.

ABSTRACT

The environment is a concern of domestic criminal law in most countries. However, in a fragmented and disconnected ways, the various local and regional legislations on the subject compromise its applications, favoring environmental dumping: flexibility of rules aimed at environmental protection, with the objective of attracting foreign investments. To create environmental criminal law standards, a top-to-bottom approach is needed; a universal criminal jurisdiction that established the minimum guidelines of what is an international environmental crime, in order to recognize it in any country. The idea of universal criminal jurisdiction is not new. Until the emergence of the International Criminal Court (ICC), the jurisdiction to prosecute and judge crimes at the international level was diffused, through exceptional courts or by unilaterally expanding the jurisdiction of a given country. With the elaboration of the Rome Statute (1998) and the consequent institution of the ICC, not only were the four main groups of crimes defined, but also created – for the first time agreed between sovereign countries – an opportunity for truly effective universal criminal jurisdiction (art 13, b): the UN Security Council may denounce to the ICC Prosecutor any situation in which there is evidence that the crimes described in that document have been committed. Considering article 8, 2, iv, of the Statute, it can be argued that there is, at least in a specific context of

war, a single current international crime whose protected object is – indirectly – the environment. This research intends to show that this universal jurisdiction can – and should – go further, considering a possible inclusion of the crime of ecocide in the Rome Statute. First, the dependence of the Security Council's request on the Prosecutor for criminal prosecution can represent an obstacle to universal jurisdiction. The solution has already been presented by the UN itself, through Resolution 377 (V), unlocking several situations that required, including military intervention, through the General Assembly. Second, the environmental cause can no longer remain in the background. It is contradictory that, in times of war, when almost anything is allowed, it is a crime to destroy the environment; already in times of peace, there is no penal reprimand. In conclusion, it is revealed that a universal international criminal jurisdiction already exists. It is necessary to expose and increase it, arming global environmental governance with the rigor of criminal law.

Keywords: international criminal court. universal jurisdiction. security council. UN. ecocide.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo trabalhar a relação entre danos extremos ao meio ambiente e o direito internacional penal, especificamente quanto à jurisdição competente para processá-lo. Para isso, serão revelados os mecanismos existentes e a necessária correlação entre a Organização das Nações Unidas (ONU), o Conselho de Segurança e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

O TPI¹ e o Conselho de Segurança da ONU mantêm uma relação íntima no que tange à ampliação da competência da Corte e ao andamento das investigações/processos. Em caso de sucesso nos pleitos atuais de algumas nações (a exemplo, Vanuatu e Maldivas, além da União Europeia) para a inclusão do ecocídio, como delito máximo contra o meio ambiente, no rol dos crimes do Estatuto de Roma, a atual configuração de uma possível jurisdição universal pode existir apenas no papel, sem possibilidade prática de se materializar.

Pode haver, entretanto, uma saída para desviar de um possível travamento do Conselho de Segurança, construída durante os anos de Guerra Fria. O que se pretende aqui é abrir uma discussão sobre uma alternativa jurídica ao verossímil impasse no órgão de segurança da ONU ao acionar a promotoria do TPI para iniciar uma investigação, quando um crime que ameace a paz e a segurança mundiais ocorrer, especialmente em um Estado não signatário do Estatuto de Roma.

POR QUE É NECESSÁRIA UMA JURISDIÇÃO UNIVERSAL?

Antes, resumidamente, deve-se justificar a necessidade de uma jurisdição universal², ao menos para os crimes ambientais mais graves.

Em princípio, importa considerar que todos os mais recentes e completos relatórios³

1 Cabe lembrar que o Tribunal Penal Internacional não faz parte da estrutura da ONU, como faz, por exemplo, a Corte Internacional de Justiça, por força do art. 7, 1, da Carta das Nações Unidas.

*2 O debate acerca de uma jurisdição universal perpassa, obrigatoriamente, pelo confronto entre interesse legal, multiculturalismo e diversidade ética. Para aprofundamento: Bitzilekis, N. (2015) *The Violation of Mankind's Multiculturalism: Another Approach to the Definition of International Crimes*, 15 *Int'l Crim. L. Rev.* 1040.*

*3 A exemplo, o mais recente relatório parcial do IPCC (IPCC, 2021: *Summary for Policymakers*. In: *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on**

sobre as condições climático-ambientais no planeta são uníssonos em apontar para uma necessidade premente de alteração da relação homem/natureza, sob pena de transformação irreversível do modo de vida e aumento de catástrofes fatais, especialmente danosos às populações mais vulneráveis.

Nesse prisma, com o reiterado reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico a ser protegido pelos Estados⁴, o direito penal atrelou-se àquele, mas de maneira irregular, sem equiparações entre diferentes países. Um dos problemas que decorrem desse descompasso é a disputa entre Estados para receber, em seu território, agentes altamente poluidores/agressores do meio ambiente, através da oferta de uma legislação ambiental menos resistente à prática dessas atividades. A concorrência para sediar as empresas – e, logo, seus tributos e dividendos – é um fator de estímulo ao ‘dumping ambiental’.

Mas, por que é necessária uma ‘padronização’ entre os crimes ambientais no plano internacional? Uma possível resposta perpassa por uma constatação explícita: não existem fronteiras⁵ para o meio ambiente, especialmente para os danos a ele causados e suas consequências. Frequentemente, portanto, o resultado de um crime ambiental conclama interesse de diversas nações. O direito internacional já se ocupou desse tema diversas vezes, flexibilizando a soberania para condenar determinado Estado por poluição indevida transfronteiriça⁶. Mesmo entre Estados distantes entre si, certos danos ambientais têm o potencial de afetar diferentes regiões do globo⁷.

Não se pretende aqui apresentar uma teoria sobre uma lei ambiental única e global, o que, além de parecer incorreta⁸, desconsideraria as peculiaridades ambientais, legais, territoriais, etc., entre os diversos e distintos Estados. Entretanto, assim como nos crimes contra a humanidade e de genocídio⁹, quando a comunidade internacional conseguiu encontrar denominadores comuns sobre os limites do que pode ser tolerado quanto a estas condutas¹⁰, há espaço para o desenvolvimento de um crime de ecocídio, no plano internacional¹¹.

Fato é que o ecocídio, termo relacionado à destruição em massa do meio ambiente, é tema de debates, com maior ou menor relevância, desde o início da década de 1970¹². A socieda-

Climate Change [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S. L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M. I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu and B. Zhou (eds.)]. Cambridge University Press. In Press).

4 No plano internacional, especialmente após a década de 1970, iniciada com a Convenção da ONU sobre o meio ambiente humano, há uma crescente atenção ao meio ambiente, desenvolvendo-se ferramentas jurídicas aptas a impelir os Estados a respeitar acordos internacionais e a implementar internamente os princípios e normas estabelecidos nos tratados.

5 Ou, pelo menos, não são as mesmas fronteiras dos Estados.

6 Como exemplo, a disputa entre Estados Unidos e Canadá, conhecida como o caso Trail Smelter. Para mais informações: Parrish, A. L. (2011). *Trail smelter deja vu: Extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to canadian-u.s. transboundary water pollution disputes*. *Boston University Law Review*, 85(2), 363-430.

7 Um dos casos mais marcantes ocorreu na Europa, afetada por radiação liberada após o acidente na usina nuclear de Chernobyl, na Ucrânia.

8 Sobre a fragmentação do direito ambiental internacional, ver Kotze, L. J. (2014). *Fragmentation revisited in the context of global environmental law and governance*. *South African Law Journal*, 131(3), 548-582.

9 Hieramente, M. (2011). *The myth of international crimes: Dialectics and international criminal law*. *Goettingen Journal of International Law*, 3(2), 551-588.

10 A submissão do mundo à II Guerra Mundial e, especialmente, ao holocausto, exigiu da humanidade a definição desses limites, razão da invocação dos primeiros Tribunais Penais Internacionais ad hoc do mundo.

11 A aparente incapacidade das normas existentes de direito internacional voltadas à proteção do meio ambiente propulsionaram a discussão sobre a necessidade de um crime ambiental maior: “A criminalidade ambiental atinge as sociedades como um todo, tendo consequências em diversas áreas, como sanitária e econômica, implicando diretamente na segurança dos países. O direito internacional se mostra impotente, diante das sucessivas violações ao meio ambiente, necessitando de um enfoque do direito internacional penal, a fim de promover uma maior integração legislativa entre Estados (Martin-Chenut, K., Neyret, L., & Perruso, C. (2015). *Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio*. *Revista de Direito Internacional*, 12(2).).

12 Ao analisar a Guerra do Vietnã (1955 a 1975), Richard Falk utilizou o termo ecocídio, quando a natureza foi, pela primeira vez,

de civil, através de juristas, ambientalistas, organizações não-governamentais, etc.¹³, passaram a sistematicamente pleitear a inclusão do crime de ecocídio no nível internacional, em especial sua adição ao rol de competência do Tribunal Penal Internacional.

De fato, o ecocídio quase fez parte da lista original de crimes cuja competência se aponta ao TPI¹⁴. A ONU, em 1982, determinou a *International Law Commission* (ILC) a elaboração de um rascunho (*draft*) de Código de Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade¹⁵, que desencadeou no Estatuto de Roma, em 1998¹⁶, lastro normativo do Tribunal Penal Internacional. No rascunho preliminar, entretanto, o tipo foi excluído, restando apenas o delito ambiental no contexto de guerra.

O movimento internacional, hoje¹⁷, volta-se à inclusão do crime no Estatuto, considerando o meio ambiente como bem jurídico de elevado valor e merecedor de proteção internacional penal. Mas, mesmo diante de uma aparente confluência de entendimento sobre a possível jurisdição do ecocídio, há diversas barreiras técnicas para seu sucesso, na prática. No que tange a este trabalho, levanta-se o problema da competência da Corte 'limitada' aos seus Estados-Membros.

A jurisdição universal no TPI hoje e crimes ambientais

Dois aspectos dispostos no Estatuto de Roma importam diretamente para esta questão: 1) o caráter complementar do Tribunal (art. 1º) e; 2) a possibilidade de uma jurisdição universal (art. 12 e 13).

A complementaridade da Corte (1) é cláusula advinda diretamente da soberania dos Estados. Ou seja, o Tribunal será acionado somente se houver falha na apuração dos crimes dentro das jurisdições nacionais, nos termos do art. 17 do Estatuto. Prestigia-se, logo, o julgamento nacional, em detrimento do internacional. Para isso, é necessário que o crime, de competência do TPI, seja também considerado crime na legislação interna e nos mesmos parâmetros daquele¹⁸. Essa característica cria uma uniformização dos tipos penais entre os Estados-parte, fator que contribui, em tese, para uma melhor proteção dos bens jurídicos alcançados pelos crimes.

A competência do TPI (2), considerando a interação – prevista no Estatuto – com o Con-

alvo militar de destruição sistemática, construído a partir da palavra "genocídio", referindo-se aos ataques americanos utilizando o agente laranja. Nesse sentido, a proteção do meio ambiente, para efeitos penais, atrelou-se aos crimes contra a paz e à humanidade (Falk, R. A. (1973). Environmental Welfare and Ecocide Facts, Appraisal and Proposals. Rev. BDI, 9, 1.).

13 Como exemplo, as campanhas Eradicating Ecocide (resultando num documento apresentado nas Nações Unidas em 2010), Friends of the Earth International, Stop Ecocide Earth (que divulgou, em junho de 2021, em pesquisa junto a universidades e juristas internacionais, um rascunho de emenda ao Estatuto de Roma, definindo o tipo penal).

14 Gauger, A., Rabatel-Fernel, M. P., Kulbicki, L., Short, D., & Higgins, P. (2012). The Ecocide Project 'Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace'. Human Right Consortium, School of Advanced Study, University of London.

15 Link: https://legal.un.org/ilc/texts/7_4.shtml.

16 Assinado em 1998, o Estatuto de Roma entrou em funcionamento em 2002, após atingir o número mínimo de Estados-Parte.

17 Além das manifestações oficiais de Maldivas e Vanuatu durante a 18ª Assembleia das Partes, em 2020 (Link: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.VAN.2.12.pdf), o Parlamento Europeu, em 19 de maio de 2021, tratando sobre mudanças climáticas e direitos humanos, incentivou expressamente a UE e seus Estados-Membros a apoiarem, no âmbito do Tribunal Penal Internacional (TPI), novas negociações com vista a reconhecer o 'ecocídio' como crime internacional, ao abrigo do Estatuto de Roma, "a fim de combater a impunidade dos autores de crimes ambientais a nível mundial" (UNIÃO EUROPEIA. Resolução P9_TA (2021)0245 do Parlamento Europeu. Referente aos efeitos das alterações climáticas nos direitos humanos e o papel dos defensores do ambiente nesta matéria. 19 de maio de 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0245_PT.pdf).

18 Atualmente, existem, pelo menos, 10 países onde o ecocídio é crime internamente (Cabanes, V. (2018). Responsabiliser les États et les entreprises face aux changements climatiques : des limites planétaires au crime d'écocide. In C. C., V., L. (Org). Les procès climatiques: entre le national et l'international. (pp. 265-278). Paris: Pedone, p. 276), além de, no mínimo, outros 7 países com projetos de lei para a criação do crime. Percebe-se, todavia, um desacerto de definições, alcances e penas, como visto nos projetos boliviano (Projeto de Lei 137/2020-2021) e mexicano (projeto de lei federal, Disponível em: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4025989_20200324_1584567385.pdf).

selho de Segurança da ONU (art. 13, b), pode ser reconhecida como universal. Apesar de a atuação da Corte restringir-se, originariamente, aos Estados-parte, pode o Conselho de Segurança¹⁹, nos termos do Capítulo VII²⁰ da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador do TPI qualquer situação delituosa no planeta, mesmo ocorridas em Estados não signatários do Estatuto²¹.

Assim, unindo os conceitos acima, conclui-se que existe, desde 2002, uma jurisdição universal para, pelo menos, um crime internacional cujo objeto tangencia o meio ambiente: o disposto no art. 8º, 2, b, iv²². Mesmo considerando o específico contexto que este crime se daria (conflitos armados, guerras), é de se reconhecer que há um caminho já aberto no direito internacional²³.

Logo, a jurisdição universal da Corte é alcançada a partir da extensão conferida pela atuação do Conselho de Segurança, órgão de cúpula das Nações Unidas, para além dos 123²⁴ Estados-parte do Estatuto de Roma.

Uma questão relevante, entretanto, prontamente se evidencia como obstáculo à realização desta jurisdição universal: China, Rússia e Estados Unidos, todos membros permanentes do Conselho de Segurança – e, portanto, com poder de veto de qualquer decisão deste órgão –, não são signatários do Estatuto de Roma. Ou seja: o Conselho não teria quórum suficiente para acionar o Procurador do TPI caso o crime se desse em país não signatário da Corte e fosse de interesse dos membros citados²⁵.

Considerando um contexto de danos ambientais severos, registre-se que os mesmos três países são dos maiores poluidores mundiais, responsáveis pela maioria absoluta das emissões de gases de efeito estufa no planeta²⁶. Inviável crer que, uma vez incluído o ecocídio no TPI, possa o Conselho de Segurança acionar a Promotoria por crimes ambientais ocorridos na China ou Estados Unidos, por exemplo.

Os impasses dentro do Conselho de Sentença, com o uso do poder de veto²⁷, não são eventos recentes. Durante a Guerra Fria, situações de ameaça ou de ruptura da paz opuseram

19 Por outro lado, pode também o Conselho de Segurança obstar uma investigação ou processo em andamento no TPI, conforme art. 16, do Estatuto de Roma.

20 O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas traz disposições sobre as ações relativas a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão, atribuindo aos membros, especialmente ao Conselho de Segurança, competência para determinar medidas cabíveis, de recomendações ao uso das forças armadas.

21 Como ocorrido no caso da Líbia, em 2011, por exemplo Vale ressaltar que aqui há uma controvérsia sobre a obrigação da Líbia, já que não é signatária do Estatuto de Roma, acionada em razão de chamado do Conselho de Segurança: "It was only when certain states parties refused to cooperate with the Court in the arrest of Sudan's then sitting (now former) Head of State, Omar Al Bashir, that the Court started to reflect further upon the issue. 14 For the first time, it asserted that the Statute is 'a multilateral treaty which acts as an international criminal code for the parties to it' 15 and so 'cannot impose obligations on third states without their consent'". (Dias, T. S. (2019). The Nature of the Rome Statute and the Place of International Law before the International Criminal Court. Journal of International Criminal Justice, 17(3), 507-535.)

22 Para efeito do Estatuto entende-se como crime de guerra: Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa.

23 A existência de um crime que protege, em tese, o meio ambiente no TPI evidencia a incoerência do sistema legal internacional, pois, em tempos de guerra, quando quase tudo é permitido, é proibido causar dano ambiental como alvo militar, mas em tempos de paz, a destruição deste não traz reprimenda alguma no plano internacional penal. Para mais, Brochado, D. A. N., Mont'Alverne, T. C. F. (2020). Dano massivo ao meio ambiente: crime na guerra, mas não em tempo de paz? As organizações intergovernamentais e o próximo passo na governança global ambiental. Scienza e Pace, 11, 37-55.

24 O último país a se tornar membro foi o Kiribati, em 26 de novembro de 2019.

25 Em março de 2020, o TPI autorizou a investigação de crimes de guerra no Afeganistão (país membro do Estatuto de Roma) praticados por americanos. Este fato suscitou ameaças dos Estados Unidos contra membros do Tribunal, incluindo a Procuradora da Corte à época, Fatou Bensouda (Link: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706301>).

26 Conforme a plataforma Global Carbon Atlas, em 2019, China (#1), Estados Unidos (#2) e Rússia (#4) ocupavam as primeiras posições em quantidade de emissões de CO² por ano no mundo (Link: <http://www.globalcarbonatlas.org/en/CO2-emissions>).

27 Sobre o problema dos vetos no Conselho de Segurança, ver: Kelly, M. J. (2020). United Nations Security Council Permanent Membership and the Veto Problem. Case W. Res. J. Int'l L., 52, 101.

os poderes antagônicos à época, Estados Unidos e União Soviética, bloqueando as ações do Conselho. A Assembleia Geral da ONU teve de agir.

A Resolução 377 (V) da Assembleia Geral e a denúncia ao Procurador do TPI

As estratégias de retaliação política dentro do Conselho de Segurança nos anos 1950, notadamente com o retorno da União Soviética às atividades dentro do órgão, levaram os Estados Unidos a propor na Assembleia Geral uma nova abordagem aos impasses dentro do Conselho. Assim, foi aprovada a Resolução 377 (V), chamada *Uniting for Peace*²⁸.

Ficou decidido que,

se o Conselho de Segurança, por falta de unanimidade entre seus membros permanentes, não lograr cumprir sua responsabilidade primordial em relação à manutenção da paz e da segurança internacionais em qualquer situação onde possa ocorrer uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, a Assembleia Geral deve abordar a questão imediatamente, com o objetivo de fazer as recomendações apropriadas aos membros [da ONU] sobre a adoção de medidas [de ação] coletivas, inclusive, no caso de ruptura da paz ou ato de agressão, a utilização de força armada, quando necessário, para a manutenção ou restauração da paz e da segurança internacionais. Se não estiver reunida no momento, a Assembleia Geral poderá reunir-se em reunião emergencial especial no prazo de vinte e quatro horas da sua convocação. Esta reunião de emergência deve ser convocada pelo voto de quaisquer sete membros do Conselho de Segurança ou pela maioria dos membros das Nações Unidas.

Com a adoção desse dispositivo, criou-se uma alternativa de ação frente ao bloqueio de qualquer membro permanente do Conselho de Segurança, diante das situações dispostas no Capítulo VII da Carta da ONU²⁹. A Resolução foi referendada – indiretamente – pela Corte Internacional de Justiça, no parecer consultivo conhecido como *Certas Despesas da Organização das Nações Unidas*³⁰, em questionamento sobre os custos das missões oriundas da Resolução *Uniting for Peace*.

A Corte Internacional de Justiça, portanto, reconheceu que a Carta da ONU confere ao Conselho de Segurança a competência primordial, mas não exclusiva, sobre o tema manutenção da paz e segurança internacionais, legitimando as ações da Assembleia Geral em relação a questões concretas, como determinações de missões de paz (*peacekeeping operations*)³¹.

Assim, a Resolução 337 (V) trata especificamente da inatividade do Conselho de Segurança diante de situações dispostas no Capítulo VII da Carta da ONU, conferindo à Assembleia Geral as mesmas prerrogativas e poderes lá descritos.

Observando o art. 13, b, do Estatuto de Roma, percebe-se que a ampliação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional se dá com a denúncia do Conselho de Segurança ao Procurador, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Como se vê, o Conselho, somente em situações de ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão poderia requerer uma investigação. Vislumbra-se, portanto, uma possibilidade de, conforme a estrutura funcional da ONU, haver uma sobreposição da Assembleia Geral sobre o Conselho para apresentar uma

28 Resolução 377 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 3 de novembro de 1950, Disponível em: [https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/repertoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf). Acesso em: 20 set 2021.

29 A Resolução 377 (V) foi posta à prova pela primeira vez em 1956, com a crise do Canal de Suez. Os Vetos da Grã-Bretanha e França à proposta Americana de considerar uma ruptura de paz a invasão israelense à Península do Sinai provocaram a reunião da Assembleia Geral. Para mais: Amorim, J. A. A. (2015). A ONU e o meio ambiente. Atlas, p. 56.

30 Parecer solicitado pela Assembleia Geral em 1961, com decisão em julho de 1962. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/49>, acesso em: 20 set. 2021.

31 Amorim, J. A. A. (2015). A ONU e o meio ambiente. São Paulo: Atlas, p. 57.

denúncia à promotoria do TPI, em caso de impasse no órgão de segurança da ONU.

É que ambos, Resolução 377 (V) e art. 13, b, do Estatuto, são conectados pelas situações excepcionais do Capítulo VII da Carta da ONU. Nesses graves cenários, a própria ONU conferiu 'substituto' ao Conselho, sob pena de desequilíbrio e desestabilização da paz e segurança internacionais.

A interpretação aqui proposta encontra amparo no próprio Estatuto. Primeiro, não se trata de norma pura penal, afastando a restrição do princípio da taxatividade. A fase de denúncia é anterior, inclusive, à investigação, não se concebendo o Conselho ou a Assembleia partes no processo a tramitar no TPI. Em segundo ponto, o art. 21³² do Estatuto de Roma autoriza a interpretação e aplicação de princípios e normas alheios ao próprio Estatuto, mas aplicáveis ao direito internacional, como a analogia e equidade. Este dispositivo é comum nas Cortes internacionais, a exemplo do art. 38, 1, da Corte Internacional de Justiça³³.

Em paralelo, reconhece-se dentro dos órgãos da ONU uma ampliação do significado de ameaça à paz e segurança internacionais, até a adoção, pelo próprio Conselho de Segurança³⁴, da teoria da Responsabilidade de Proteger (R2P, do inglês *responsibility to protect*). Em linhas gerais, questões de distúrbios antes considerados problemas exclusivamente internos aos países, passam a ganhar relevância internacional, com potencial de desestabilização política de uma determinada região. Ou seja, as autoridades de um Estado têm o dever de proteger sua população³⁵.

Dessa forma, o Capítulo VII da Carta da ONU não se restringe somente às situações tradicionalmente reconhecidas como de guerra, mas alcança qualquer quadro apto a causar risco ou ruptura à paz internacional, incluindo violações aos direitos humanos em tese restritos a um Estado. A ocorrência potencial de um crime internacional e a necessidade de investigação e apuração judicial se amoldam às circunstâncias do Capítulo VII, como é expresso no art. 13, b, do Estatuto, demandando uma denúncia ao Procurador do TPI, caso este não possa inaugurar a investigação de ofício.

Por último, frise-se que a Resolução 1422 do Conselho de Segurança não confere imunidade genérica às pessoas dos países que não fazem parte do Tribunal Penal Internacional perante esta Corte. É que a Resolução, datada de julho de 2002, trata de atos praticados por oficiais e pessoas – pertencentes a Estados não signatários do TPI – dentro de missões de manutenção da paz das Nações Unidas, mas não em qualquer outra situação. Este destaque é relevante, pois, numa perspectiva de crimes ambientais internacionais, diante das dificuldades naturais de apuração, construção probatória, responsabilização e julgamento, o cerceamento de jurisdição inviabilizaria por completo um tipo penal de ecocídio no TPI.

32 1. O Tribunal aplicará: a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados; (...).

33 Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; (...).

34 A exemplo, Resoluções do Conselho de Segurança 1970, 1973 e 1975, do ano de 2011.

35 Peters, A. (2011). *The Security Council's Responsibility to Protect*. *International Organizations Law Review* 8 (2011) 15–54.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Penal Internacional, além de ser o primeiro permanente, elenca um rol de quatro grupos de crimes internacionais, definindo em seu Estatuto o alcance jurisdicional, inicialmente restrito aos seus signatários. Entretanto, a interação com o Conselho de Segurança da ONU, também prevista no Estatuto, abre a possibilidade de uma verdadeira jurisdição universal.

Diante de um apelo cada vez mais relevante para a inclusão do ecocídio como crime internacional, além das dificuldades inerentes ao novo tipo penal, vale projetar os possíveis reflexos na dinâmica da Corte, tendo em vista, especialmente, as peculiaridades dos danos ambientais massivos, notadamente o caráter transfronteiriço e, por vezes, global, das consequências. Nesses casos, a segurança planetária não poderia ficar refém de disputas políticas dentro do Conselho de Segurança, através do uso do veto, impedindo o início de uma investigação no TPI.

O fundamento da Resolução 377 (V) da Assembleia Geral da ONU para substituir o Conselho de Segurança parece, à primeira vista, suficiente a permitir que o primeiro, diante de uma situação descrita no Capítulo VII da Carta da ONU, denuncie o caso ao Procurador do TPI, em substituição ao segundo, conforme leitura do art. 13, b, do Estatuto de Roma. O lastro de motivação é a circunstância turbadora da paz e segurança internacionais, conferindo capacidade à Assembleia perante a Corte, no caso de inércia técnica – através do veto – do Conselho.

Não se nega que esta ideia não agrada as superpotências, notadamente membros do Conselho de Segurança e, simultaneamente, não-signatárias do Estatuto de Roma, a dizer Rússia, China e Estados Unidos. No assunto crimes ambientais massivos, então, tal compreensão exporia à Corte diversas condutas promovidas por pessoas destes Estados, os maiores responsáveis pelas mudanças climáticas, para tratar deste sério problema ambiental. Assim, a resistência seria máxima a este entendimento.

Todavia, a Assembleia Geral já mitigou uma vez os impasses trazidos durante a Guerra Fria ao Conselho de Segurança. Contornou-se o problema em favor da preservação da segurança e paz internacionais. A pauta ambiental há tempos deixou os nichos de ambientalistas e organizações não-governamentais para ocupar, hoje, espaço na agenda dos principais chefes de Estados do planeta, arenas públicas e políticas, alcançando a Assembleia das partes do Estatuto e Roma. Sem dúvida, alçando-se o ecocídio a crime internacional, a jurisdição universal através do Conselho de Segurança precisará ser repensada.

REFERÊNCIAS

AMORIM, J. A. A. (2015). A ONU e o meio ambiente. São Paulo: Atlas.

BITZILEKIS, N. (2015) The Violation of Mankind's Multiculturalism: Another Approach to the Definition of International Crimes, 15 Int'l Crim. L. Rev. 1040.

BROCHADO, D. A. N., MONT'ALVERNE, T. C. F. (2020). Dano massivo ao meio ambiente: crime na guerra, mas não em tempo de paz? As organizações intergovernamentais e o próximo passo na governança global ambiental. *Scienza e Pace*, 11, 37-55

CABANES, V. (2018). Responsabiliser les Etats et les entreprises face aux changements climatiques

: des limites planétaires au crime d'écocide. In C. C., V., L. (Org). Les procès climatiques : entre le national et l'international. (pp. 265-278). Paris: Pedone, p. 276.

DIAS, T. S. (2019). The Nature of the Rome Statute and the Place of International Law before the International Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, 17(3), 507-535.

FALK, R. A. (1973). Environmental Welfare and Ecocide Facts, Appraisal and Proposals. *Rev. BDI*, 9, 1.

GAUGER, A., RABATEL-FERNEL, M. P., KULBICKI, L., SHORT, D., & HIGGINS, P. (2012). The Ecocide Project 'Ecocide is the missing 5th Crime Against Peace'. Human Right Consortium, School of Advanced Study, University of London.

HIERAMENTE, M. (2011). The myth of international crimes: Dialectics and international criminal law. *Goettingen Journal of International Law*, 3(2), 551-588.

KELLY, M. J. (2020). United Nations Security Council Permanent Membership and the Veto Problem. *Case W. Res. J. Int'l L.*, 52, 101-118.

KOTZE, L. J. (2014). Fragmentation revisited in the context of global environmental law and governance. *South African Law Journal*, 131(3), 548-582.

MARTIN-CHENUT, K., NEYRET, L., & PERRUSO, C. (2015). Rumo à internacionalização da proteção penal do meio ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, 12(2).

PARRISH, A. L. (2005). Trail smelter deja vu: Extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to canadian-u.s. transboundary water pollution disputes. *Boston University Law Review*, 85(2), 363-430.

PETERS, A. (2011). The Security Council's Responsibility to Protect. *International Organizations Law Review* 8, 15-54.

**A (in)eficácia da lei nº 11.340 no
tocante as medidas protetivas e em
caso de violência consentida**

**The (in)efficiency of law no. 11,340
regarding protective measures and in
case of consented violence**

Cleiton Pazello Soares

*Graduando do 10º período do curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, campus de
Balneário Camboriú, Santa Catarina, Brasil*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.6

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar a (in)eficácia da Lei nº 11.340 no tocante as medidas protetivas e em caso de violência consentida. Buscando dispor acerca da construção histórica da mulher na sociedade e o surgimento da Lei Maria da Penha. Faz-se, uma abordagem acerca da Lei Maria da Penha e as medidas protetivas como mecanismo de combate a violência contra a mulher. Busca-se analisar a in(eficácia) da aplicação das medidas protetivas e em caso de violência consentida. A pesquisa se justifica pelo fato de que, não raras vezes, após o deferimento das medidas protetivas, a vítima e o agressor restabelecem contato, reafirmando relação e voltando a morar juntos. O resultado da pesquisa foi motivado com base na indagação de se consentimento da vítima de violência doméstica quanto à permanência do agressor na residência do casal após o deferimento das medidas protetivas de urgência afastaria os efeitos da decisão judicial que as deferiu? Para encetar a investigação foi utilizado o método indutivo a ser operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, resultando em uma fonte de pesquisa para os operadores do Direito no tocante que mesmo o consentimento da vítima em relação a aproximação do agressor não teria o condão de revogar a decisão judicial de medida protetiva, que continua tendo validade.

Palavras-chave: consentimento da vítima. in(eficácia). medida protetiva. Lei Maria da Penha. violência contra a mulher.

INTRODUÇÃO

O seu objetivo é tratar o descumprimento de medida protetiva, destacando quando esse descumprimento ocorre com o consentimento da vítima; específicos, dispor acerca da construção histórica da mulher na sociedade e o surgimento da Lei Maria da Penha; conhecer a Lei Maria da Penha e as medidas protetivas como mecanismo de combate a violência contra a mulher; e analisar a in(eficácia) da aplicação das medidas protetivas e em caso de violência consentida.

Justifica-se pelo fato de que, não raras vezes, após o deferimento das medidas protetivas, a vítima e o agressor restabelecem contato, reafirmando relação e voltando a morar juntos.

Vamos é relatar a construção histórica sobre a violência contra a mulher e em que contexto surgiu a primeira lei de proteção à mulher no Brasil. Fato é que a violência contra a mulher é produto de uma construção histórica, que traz em seu bojo estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Nesse contexto, a violência contra a mulher tem raízes profundas que estão situadas ao longo da história, sendo, portanto de difícil desconstrução.

A Lei Maria da Penha trouxe mecanismos inovadores, destacando as medidas cautelatórias de urgência, insculpida no artigo 22 e seguinte, cuja finalidade é estancar a violência doméstica e familiar contra a mulher com mecanismos rápidos que possam imobilizar a ação do infrator, todavia, vários pontos se fazem questionáveis no que tange a sua aplicabilidade, a ação penal competente e os objetivos a serem alcançados com a referida lei.

Por definição, violência contra a mulher, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos

âmbitos físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.

Isto posto, no presente artigo buscou-se compreender se com o consentimento da vítima de violência doméstica quanto à permanência do agressor na residência do casal após o deferimento das medidas protetivas de urgência não afasta os efeitos da decisão judicial que as deferiu. O consentimento da vítima não teria o condão de revogar a decisão judicial que continua tendo validade.

O SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Ao acompanhar a evolução social dos papéis femininos, observa-se que, com muita luta e de forma menos potente do que a ideal, houve alguma evolução do Direito com vistas à concretização dos interesses e/ou direitos sociais das mulheres.¹

Em 25 de setembro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”.²

Neste momento, pertinente se faz salientar que a violência doméstica praticada contra a mulher é um concreto exemplo de violação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e, nesta égide, a Lei nº 11.340/06 - Lei Maria da Penha teve que se adequar às legislações internacionais de proteção aos direitos das mulheres e esta adequação resultou na redação de seu artigo 6º onde, taxativamente, ficou registrado que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos³.

Promulgada em 07 de agosto de 2006, a lei se popularizou rapidamente com o nome de Lei Maria da Penha. Uma justa homenagem à farmacêutica bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes que, inconformada com a impunidade do ex-marido agressor, reuniu forças para lutar pelos seus direitos e de outras mulheres em situação de violência doméstica. Seu pleito chegou à Comissão de Direitos Humanos da OEA, que acatou a denúncia de omissão e condenou o Brasil a elaborar uma legislação específica que garantisse vida digna, sem violência e plena em direitos às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.⁴

Ou seja, Santos⁵ destaca que somente no ano de 2006, após anos de negligência diante de um caso de violência doméstica, e após a sanção internacional da CIDH/OEA o Brasil integra ao ordenamento jurídico a Lei nº 11.340/06, e estabelece:

[...] visando, além de conferir medidas protetivas que garantissem a segurança da mulher agredida, trazer para a realidade fática a criação de ambientes qualificados para lidar com questões específicas de violências sofridas no âmbito doméstico ou familiar, instituindo delegacias da mulher e centros de atendimento às vítimas, além da capacitação dos profissionais que as fossem atender, assim como a majoração das penas dos crimes de

1 SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*. In.: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, Junho 2010: 163. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 12 set. 2021.

2 CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

3 BARROSO, Darlan. *Vade Mecum*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2012. p. 1778.

4 BRASIL. *A Defensoria Pública e a atuação do na defesa da mulher: Gênero, sociedade e defesa de direitos*. Rio de Janeiro: DPGE, 2017. p. 28-29.

5 SANTOS, Cecília MacDowell. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*. In.: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, Junho 2010: 163. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/3759>. Acesso em: 12 set. 2021.

agressão/homicídio, quando qualificados em virtude do gênero da mulher, configurando verdadeira inovação e uma esperança de real proteção às cidadãs.

A Lei nº 11.340/06⁶ surge no cenário nacional para positivar o direito das mulheres a uma vida sem violência e digna. Resultante das lutas políticas das organizações sociais de mulheres, do movimento de feministas e de setores progressistas da sociedade, a legislação é reconhecida, nacional e internacionalmente, por sua abrangência e eficiência jurídicas na instrumentalização de direitos, capaz de traduzir a complexidade que envolve o ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher. Sua natureza jurídica híbrida realça a supervalorização da proteção integral da mulher em detrimento de seu também potencial punitivo⁷.

Para tanto, o artigo 3º da Lei nº 11.340/06⁸ descreve, didaticamente, os direitos que devem ser assegurados pelo poder público e realça a perspectiva dos direitos humanos das mulheres. Para elas são garantidas as proteções legais toda vez que sofrerem qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão no contexto doméstico e familiar:

Art. 3º - Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Por outro lado, Streck⁹ percebe que a correta aplicabilidade da Lei Maria da Penha é bastante complexa nas instituições jurídicas:

O judiciário brasileiro ainda tem dificuldade em adotar os procedimentos inovadores que remetem às necessidades da contemporaneidade, principalmente ao que concerne à violência de gênero. Dedicar-se às questões de gênero, no judiciário, remete a reflexões de conceitos de valores morais, levando assim a uma perspectiva jurídico-feminista, perspectiva esta que se opõe a uma estrutura que negligencia a violência contra a mulher. Verifica-se que a lei sempre sofreu questionamentos, por parte do Poder Judiciário, chegando a recusa em aplicar a norma para as mulheres vítimas de violência doméstica, com o principal argumento de que a lei seria inconstitucional.

Nesse sentido, Streck¹⁰ salienta que a trajetória em busca da correta aplicação da Lei Maria da Penha está apenas começando, pois são inúmeras as tentativas em desconsiderar a norma jurídica para a mulher vítima de violência doméstica e familiar. Por fim, se a Lei surge para garantir justiça social às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, por outro lado a sociedade se depara com mentalidades julgadoras que não aceitam novas perspectivas socio-jurídicas.

6 BRASIL. Lei Nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 23 set. 2021.

7 BRASIL. A Defensoria Pública e a atuação do na defesa da mulher: Gênero, sociedade e defesa de direitos. Rio de Janeiro: DPGE, 2017. p. 28-29.

8 BRASIL. Lei Nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

9 STRECK, Lênio. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In CAMPOS, Carmem Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 100-101.

10 STRECK, Lênio. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. In CAMPOS, Carmem Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 100-101.

Portanto, a Lei Maria da Penha busca promover um diálogo concreto entre Poder Judiciário e a sociedade, medida em que o ordenamento jurídico remete a um estado ideal de interação social com as instituições judiciárias, buscando por justiça às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Na sequência, o segundo capítulo discorrerá acerca da Lei Maria da penha e as medidas protetivas de urgência como mecanismo de combate a violência contra a mulher.

Mulher do Século XXI e a Evolução no Contexto Familiar

Após a queda da concepção patriarcal, apreciada anteriormente, percebe-se que a mulher passa a ser valorizada e seu papel na família ganha relevância.

Isto porque, conforme teoriza Pereira¹¹ o problema da família não é simplesmente jurídico, mas também político, sociológico e moral. Para o autor, a despeito dessas influências, a mulher passa a exercer papel de maior relevância, já que não é só pura e simplesmente propriedade de seu cônjuge, mas é, também, mantenedora e chefe de família e ressalta que muitas mulheres são assim reconhecidas pela sua independência financeira e liberdade.

De forma complementar ao entendimento dessa transformação de papel da mulher na sociedade, Bittar¹² já lecionava a raiz da mudança em sua obra escrita ainda no final dos anos 80:

Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerando com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução Etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à ideia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas. Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos.

Um importante momento, que contribuiu ao passo dessas mudanças, veio com a promulgação da Lei nº 4.121 de 27/08/1962, designada Estatuto da Mulher Casada que, de acordo com Comel, modificou conceitos e concepções importantes da época, permitindo que tanto a mulher, quanto o homem adquirissem titularidade frente ao pátrio poder. Ou seja, a mulher deixa de ser relativamente capaz, para ser juridicamente independente, dando início à sua situação atual e à própria mudança da instituição familiar.¹³

O passo seguinte, conforme aponta Wald¹⁴, foi obtido com a promulgação da Lei do Divórcio (Lei Federal nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a qual deixa sua marca na revolução da família.

Mas foi a CRFB/88 que igualou homens e mulheres em direitos e deveres. Nesse sentido, objetiva Moraes¹⁵:

Tanto faz dizer todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, quanto dizer todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, destacando-se que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigação. O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explicado ponto

11 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5. p. 28.

12 BITTAR, Carlos Alberto. *Novos Rumos do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 03.

13 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

14 WALD, Arnold. *Curso de direito brasileiro: O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.

15 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

de vista histórico, também considerado pela constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas.

Por fim, Moraes¹⁶ traz uma importante consideração faz menção acerca da importância da mulher para a sociedade brasileira no que tange à maternidade, exercendo iguais direitos e obrigações na tríade chamada filiação, ou seja, pai, mãe e filhos

A LEI MARIA DA PENHA E AS MEDIDAS PROTETIVAS COMO MECANISMO DE COMBATE A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Classificação dos diferentes tipos de violência contra a mulher

Segundo o artigo 5º da Lei 11.340/06¹⁷ configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, ocorrida no âmbito da unidade doméstica (inciso I), da família (inciso II) ou em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação (inciso III) .¹⁸

Devido à complexidade do tema, Dias¹⁹ destaca que a Lei nº 11.340/2006 não traz um rol taxativo de violências no âmbito doméstico e familiar, mas um norteador do tipo de conduta que configura a violência, não excluindo a possibilidade de que ocorram outras formas supervenientes e estabelece:

O tema da violência doméstica é emblemático, pois a Lei Maria da Penha trouxe inovações que não se resumem à ampliação da punição aos agressores, prevendo medidas de caráter cível, trabalhista, assistencial e psicossocial, demandando diversas frentes de atuação, muitas delas dependentes de articulação interinstitucional. Ademais, trata-se de um disciplinamento que não apenas intervém no complexo ambiente familiar, como regula tema envolto em tabus e tradições culturais arraigadas.

A Lei nº11.340/2006 corrobora tais ditames, classifica e descreve pelo menos cinco categorias de violência contra a mulher, conforme segue:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial,

16 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

17 BRASIL. Lei Nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

18 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 179.

19 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na Justiça*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 179.

entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Não obstante, Pereira²⁰ salienta que por não se tratar de um rol taxativo, podem-se infligir outras formas de violência contra a mulher.

Medidas protetivas de urgência passíveis de aplicação

Nesse momento, as disposições concernentes às medidas protetivas de urgência passíveis de aplicação serão abordadas seguindo a ordem estabelecida pelo texto do código de lei.

Nesse contexto, Dias²¹ ressalta que a Lei Maria da Penha dedica um capítulo às medidas protetivas de urgência, reservando um único artigo (art. 22) para falar das medidas que obrigam o agressor e uma seção às chamadas “Das medidas protetivas de urgência à ofendida”. As hipóteses elencadas são exemplificativas, não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressaltado no art. 22, § 1º e no caput dos arts. 23 e 24.

A Lei Maria da Penha traz como maior proteção à mulher vítima de violência a aplicação de medidas protetivas de urgência, as quais estão disciplinadas no Capítulo II da Lei. Dentre elas, observa-se que o legislador as classificou em dois tipos, quais sejam, as que obrigam o agressor (artigo 24) e as aplicadas à ofendida (artigos 23 e 24).²²

Nas disposições de Porto²³, o art. 22, da Lei nº 11.340/06²⁴ elenca as medidas protetivas que obrigam o agressor, ou seja, aquelas voltadas diretamente ao sujeito ativo da violência. As determinações impostas podem ser tanto comissivas quanto omissivas, e quando se tratarem do segundo caso, a conduta ativa que afrontar uma medida configurará crime de desobediência judicial:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; [...].

A medida exposta no inciso I demonstra profunda preocupação com a incolumidade física da mulher. Isto porque o potencial lesivo de uma arma é indiscutível e em situação de violência, a vítima teme por sua vida e de seus dependentes.²⁵

Já o inciso II se aplica a todas as hipóteses de coabitação possíveis, independente de qual seja a relação entre o agressor e a vítima. O alcance dessa medida, portanto, é maior que a separação de corpos, ou seja, afastar o agressor do lar é uma decisão que envolve diversos aspectos como os filhos e direitos patrimoniais sobre o imóvel. Antes de se adotar essa medida,

20 PEREIRA, Leonellea. Rupturas e recomeços: recepções de mulheres sobre medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha na cidade de São Gabriel - Bahia. Brasília: OAB Editora, 2021. p.20

21 DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha na Justiça. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 173.

22 PEREIRA, Leonellea. Rupturas e recomeços: recepções de mulheres sobre medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha na cidade de São Gabriel - Bahia. Brasília: OAB Editora, 2021. p. 21.

23 PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 118.

24 BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 27 set.. 2021.

25 HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha: lei com nome de mulher – violência doméstica e familiar – considerações à Lei n. 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2012. p. 169.

pode haver a designação de audiência de justificação, o que contribuiu para um conhecimento mais amplo da situação e permite adotar uma decisão dotada de efetividade.²⁶

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; [...].

O inciso III, por sua vez, dispõe, com suas alíneas, as medidas que também podem ser tomadas pelo juiz para obrigar o agressor em caso de cometimento de violência doméstica. Nas alíneas a, b e c do inciso supracitado, tem-se a previsão da proibição ao agressor de praticar determinadas condutas, quais sejam, respectivamente, aproximar-se da ofendida com fixação de limite mínimo de distância entre ela e seus familiares e testemunhas, contatar a ofendida, familiares ou testemunhas por qualquer meio e, além disso, proibição de frequentar determinados lugares para que a integridade física e psicológica da ofendida seja resguardada.²⁷

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. § 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

A determinação de afastamento do agressor bem como a proibição de aproximação não deve impedir a convivência do pai com os filhos se tal não representar perigo a ninguém. No entanto, flagrada a possibilidade de a segurança da vítima ser ameaçada, pode o juiz suspender ou restringir as visitas do agressor aos filhos.²⁸

Com relação a fixação de alimentos não pode ser identificada, de fato, como uma medida protetiva, mas trata-se de uma determinação que assegura a manutenção da entidade familiar.²⁹

Para finalizar, cumpre lembrar que a adoção das medidas referidas em todo o art. 22 não impedem a aplicação de outras medidas previstas na legislação.

A IN(EFICÁCIA) DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E EM CASO DE VIOLÊNCIA CONSENTIDA

O descumprimento de medida protetiva como crime

Publicada em 04 de abril de 2018, a Lei nº 13.641/2018 inovou no ordenamento jurídico ao criminalizar a conduta de descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência, ou seja, trata-se de uma nova norma incriminadora.³⁰

26 FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 154.

27 HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha: lei com nome de mulher – violência doméstica e familiar – considerações à Lei n. 11.340/2006 comentada artigo por artigo*. Campinas: Servanda, 2012. p. 171.

28 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2015. p. 155. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79139403.pdf> Acesso em: 27 set.. 2021.

29 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 2015. p. 1556. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79139403.pdf> Acesso em: 27 set.. 2021.

30 LASTE, Lucas Chies Dalle. *As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018*. Canal Ciência Criminais. Publ. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 10 out. 2021.

A Lei nº 13.641/2018³¹ alterou a Lei 11.340/2006 e passou a considerar como crime o ato de descumprir medidas protetivas de urgência. Com a mencionada alteração na legislação, o ofensor que desrespeita medida a ele imposta, comete crime tipificado no artigo 24-A da Lei Maria da Penha e está sujeito a pena de 03 (três) meses a 02 (dois) anos de detenção.

Conforme já observado no segundo capítulo, as medidas protetivas de urgência estão previstas nos artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha³² e são providências cabíveis para garantir a integridade tanto física quanto moral e psicológica da vítima de violência doméstica.³³

A lei em comento se destina a dirimir controvérsia instalada no sistema de Justiça acerca da tipicidade da desobediência na hipótese de descumprimento das medidas protetivas estabelecidas no artigo 22 da Lei 11.340/2006.³⁴

Nessa perspectiva, Laste³⁵ esclarece:

[...] já era pacífico o entendimento de que o descumprimento de medida protetiva de urgência por parte do agressor não caracterizava crime de desobediência, haja vista que a Lei nº 11.340/06, em seu art. 22 possibilitava ao juiz a substituição da medida anteriormente decretada por outras previstas na legislação em vigor sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias exigissem podendo, até mesmo, decretar a prisão preventiva do descumpridor da medida conforme se verifica do art. 313, inc. III do Código de Processo Penal. Com o advento da nova legislação, esta não mais será a realidade. No entanto, outros problemas surgirão até a pacificação de entendimentos.

Ainda nas lições de Laste³⁶, o crime de descumprimento de medida protetiva é o único crime previsto na Lei Maria da Penha e, em suma, trata-se de crime próprio, podendo ser praticado por aquele que tem sobre si ordem judicial relacionada às medidas protetivas de urgência. Pode ser praticado tanto por homem, quanto por mulher, haja vista a possibilidade de a medida ser decretada em relações homoafetivas e desde que envolva indivíduos do mencionado gênero.

Laste³⁷ destaca, também, que o crime é doloso e sua prática pode se dar tanto pela forma comissiva ou omissiva, o que pode ser verificado no caso de descumprimento da medida prevista no artigo. 22, inciso V da Lei nº 11.340/06. A ação penal é pública incondicionada e o bem jurídico diretamente tutelado é a administração pública, assim como no crime de desobediência previsto no Código Penal.

Quanto à atuação do delegado de polícia, Oliveira³⁸ esclarece que diante de uma situa-

31 BRASIL. Lei nº 13.641, de 03 de abril de 2018. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

32 BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 05 out. 2021.

33 PEREIRA, Leonellea. Rupturas e recomeços: recepções de mulheres sobre medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha na cidade de São Gabriel - Bahia. Brasília: OAB Editora, 2021 p. 12.

34 PEREIRA, Leonellea. Rupturas e recomeços: recepções de mulheres sobre medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha na cidade de São Gabriel - Bahia. Brasília: OAB Editora, 2021 p. 12.

35 LASTE, Lucas Chies Dalle. As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018. Canal Ciência Criminais. Publ. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 10 out. 2021.

36 LASTE, Lucas Chies Dalle. As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018. Canal Ciência Criminais. Publ. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 10 out. 2021.

37 LASTE, Lucas Chies Dalle. As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018. Canal Ciência Criminais. Publ. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 10 out. 2021.

38 OLIVEIRA, Marcio Vieira. Violência contra a Mulher: conheça, previna e combata. Cartilha 10 Anos Lei Maria da Penha. Porto Alegre/RS: Casalettras, 2016. p. 18.

ção, em tese, flagrancial, deverá precaver-se no tocante à necessidade de o conduzido ter sido intimado da decisão judicial relacionada à decretação da medida e prossegue:

A intimação do conduzido acerca do teor da medida protetiva é condição *sine qua non* para a prática criminosa. Logo, ausente a intimação, ato oficial de ciência, inexistente será o dolo em descumpri-la. Outra indagação que pode surgir diz respeito ao fato de a mera ciência do agressor acerca da postulação de medidas protetivas pela vítima – ainda pendente de apreciação do Poder Judiciário – seria suficiente para configurar o crime em tela. Pensamos que não. O tipo penal diz claramente “ordem judicial” e que a intimação seja de tal ordem, e não da postulação das medidas protetivas pela vítima na Delegacia de Polícia.

Nesta linha de inteligência, para a configuração do crime do art. 24-A da Lei nº 11.340/06, é necessário o dolo e a ciência prévia da medida protetiva imposta em desfavor do agressor, pouco importando a competência do juízo que deferiu a medida. Além disso, pensa-se que a não observação da medida protetiva poderá acarretar ao descumpridor, de forma cumulativa, a imposição de outras, inclusive, a prisão preventiva, não excluindo a prática criminosa.³⁹

Passada esta primeira fase e ciente a autoridade policial de que o conduzido havia sido intimado do teor da decisão judicial relacionada à medida protetiva de urgência, caberá ao delegado de polícia agir nos moldes do previsto no art. 24-A da Lei nº 11.340/06⁴⁰.

Com o advento da Lei nº 13.641/2018, portanto, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar duas alternativas de sanção cabíveis diante do descumprimento de medidas protetivas de urgência:

[...] a decretação da prisão preventiva do agressor (nos termos do art. 313, inciso III, do CPP) e a propositura de ação penal em face do ofensor pela prática do delito tipificado no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06 (com redação atribuída pela Lei nº 13.641/18).

No entanto, Laste⁴¹ esclarece que a nova lei não pacificou o tema relativo ao descumprimento de medida protetiva por parte do agressor, não havendo entendimento pacífico quanto ao rito procedimental a ser seguido. Entretanto, independentemente da lavratura de auto de prisão em flagrante delito ou de termo circunstanciado, o descumpridor da medida deverá se preocupar com mais uma ação penal em seu desfavor, além de outras consequências derivadas.

Tendo em vista a legislação exposta acima, é nítida a penalização diante a responsabilização do agressor que descumpra o imposto a ele.

Na sequência, pertinente se faz destacar a cerca da fiscalização das medidas protetivas.

A necessidade de políticas preventivas no combate ao feminicídio

No que tange a alteração do artigo 121 do Código Penal, a respeito do crime de feminicídio, leciona Bitencourt⁴² a necessidade de políticas preventivas para diminuir esse tipo de violência condenável e insuportável evitando sua ocorrência.

No entanto, Bitencourt⁴³ apregoa que se deve prevenir mais do que punir, ou seja, “precisa-se antes de criminalizar prevenir, orientar, educar ou em outros termos impedir com esses atos que a mulher sofra essa violência ao extremo”.

39 OLIVEIRA, Marcio Vieira. *Violência contra a Mulher: conheça, previna e combata. Cartilha 10 Anos Lei Maria da Penha*. Porto Alegre/RS: Casalettras, 2016. p. 18.

40 OLIVEIRA, Marcio Vieira. *Violência contra a Mulher: conheça, previna e combata. Cartilha 10 Anos Lei Maria da Penha*. Porto Alegre/RS: Casalettras, 2016. p. 18.

41 LASTE, Lucas Chies Dalle. *As alterações na Lei Maria da Penha a partir do advento da Lei 13.641/2018*. Canal Ciência Criminais. Publ. 04 abr. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 10 out. 2021.

42 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 459.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 459.

Nesse panorama, Moreira Filho⁴⁴ esclarece:

[...] é importante a mudança no presente e futuro dessa drástica história cultural patriarcal machista que se faz presente na sociedade, educando e formando os cidadãos e cidadãs com consciência de que se deve ser enterrado o passado cruel e superando sem machismo ou feminismo, para que todos possam viver harmonicamente sem disputa de gênero, circunstância em que todos perdem.

Moreira Filho⁴⁵ explica que o feminicídio é um crime no rol dos hediondos e por esta razão “traz para a sociedade uma maior visibilidade à conduta criminosa contra as mulheres”. Assim, o autor enfatiza, evitando o conflito de pessoas que convivem ou conviveram com mulheres, esses indivíduos “sejam reeducados e estejam sempre alerta para escolher o diálogo do que a tortura, a separação ao espancamento” e assim chamar o tipo penal em tela à atenção da sociedade:

[...] a violência de gênero, não só a perpetrada contra a mulher, deve ser enfrentada com ações voltadas à modificação de padrões culturais, implementação de políticas públicas de prevenção e medidas de conscientização social quanto aos papéis exercidos pela mulher na sociedade. Factualmente não basta a alteração legislativa para alterar pensamentos retrógrados e preconceituosos, ou seja, não é a inserção de uma qualificadora para o crime de homicídio que extirpará a violência de gênero e suas consequências.

Portanto, trata-se o feminicídio como assassinato de uma mulher por diversas razões marcadas por situações e histórias distintas trazidas através de violências psicológicas, verbais, físicas dentre outras, sendo o agressor sujeito ativo o parceiro da vítima.⁴⁶

De fato, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito apresentou o projeto de lei do feminicídio com a justificativa de que a Lei Maria da Penha deveria ser vista como um ponto de partida, e não de chegada, na luta pela igualdade de gênero e pela universalização dos direitos humanos e o combate ao feminicídio seria uma das continuações necessárias dessa trajetória.⁴⁷

Entretanto, evidencia-se que mesmo após a positivação do feminicídio foi necessário que houvesse a tipificação de mais um tipo penal para assegurar a proteção da vida da mulher, declarando de forma evidente a incompetência do Estado ao tentar diminuir e até mesmo dizimar a violência em razão do gênero feminino.⁴⁸

O Estado procurou positivar normas que regulam a proteção e que devem dar à mulher o papel de isonomia na sociedade, sendo este um direito constitucional que lhe é garantido, porém, com o passar dos anos é um direito claramente negligenciado mesmo com todas estas normas já positivadas e que se tornam ineficazes por não haver um rigor na fiscalização estatal e pela falta de medidas educativas eficazes para evitar que as violências domésticas sofridas pela mulher continuem a acontecer de forma exacerbada, passando de gerações e tendo como fim o resultado máximo de crueldade, que é o tipo penal feminicídio.⁴⁹

A Lei Maria da Penha é um subsídio para a aplicação e compreensão do feminicídio. Com a inclusão da qualificadora do feminicídio no sistema penal brasileiro, era esperado que as agressões abarcadas pela Lei Maria da Penha fossem minimizadas, sendo estas ocorridas no ambiente doméstico e determinadas por uma conduta baseada no gênero, com uma posição de subordinação da mulher, esta lei mesmo sendo um grande avanço para a sociedade feminina,

44 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305.

45 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305.

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 459.

47 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305.

48 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305.

49 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305.

não é um instrumento eficaz como *última ratio*.⁵⁰

As medidas protetivas de urgência são formas de afastar o agressor, mas isso não diminuiu os assassinatos, não há previsão específica em caso de morte em razão do gênero na referida lei, somente abarcando agressões, que tendem a evoluir e por consequência chegam ao óbito da mulher, que muitas vezes pela impotência e vergonha tem dificuldade em denunciar e principalmente, pela falta de apoio e sentimento de impunidade, se tornou uma lei fraca e que não conseguiu efetivamente a proteção esperada com a sua positivação.⁵¹

Nesta esteira, o Estado ao utilizar-se do direito penal, através do seu *jus puniend*, sancionou o feminicídio como uma forma mascarada de estancar essa brecha na violação de um direito fundamental da mulher, trazendo com esta norma não somente a garantia de direitos mas buscando a efetiva proteção rígida ao gênero feminino, que não pôde ser sucedida tão somente com a Lei Maria Da Penha, já que esta se alinhou bem mais em um caráter cultural, como um começo de dissolução de uma sociedade sexista, do que literalmente o caráter penal que era pretendido.⁵²

De fato, a criação de novas normas e tipificação de novos tipos penais de forma contínua não é um meio eficaz para o combate da violência contra a mulher, de nada adianta criar normas com textos que demonstram o avanço de uma sociedade que trata a mulher em situação de desigualdade, mas que o poder estatal falha constantemente para colocar em prática o que determina a norma.⁵³

Destarte, o intuito do legislador com tais alterações legislativas, é de que o crime contra a mulher em razão do gênero seja punido com mais severidade, protegendo a mulher dos excessos de violência sofridos no âmbito doméstico. Porém, essa severidade não determina a eficácia das normas, mas serve para o amparo em questões de crueldade e injustiça como um avanço perante a sociedade sexista, utilizando o Estado de todas as formas para tentar corrigir sua inoperância.⁵⁴

O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima

A autuação da autoridade policial no que tange à violência doméstica e familiar contra as mulheres não pode prescindir de certas noções a respeito das dinâmicas dos relacionamentos abusivos, sobretudo a capacidade de identificar o ciclo da violência.⁵⁵

Nesse contexto, Moretzsohn e Burin⁵⁶ destacam que as agressões vivenciadas nas relações íntimas tendem a seguir um ciclo, que se repete constantemente, geralmente escalando em velocidade e intensidade.

Nas apreciações de Moretzsohn e Burin⁵⁷ é corriqueiro, em delegacias especializadas

50 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305

51 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 183-184.

52 MOREIRA FILHO, Guaracy. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018. p. 304-305

53 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 183-184.

54 DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha na justiça*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 183-184.

55 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. *O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima*. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 19 out. 2021.

56 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. *O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima*. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 19 out. 2021.

57 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. *O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima*. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>.

em violência doméstica, termos a notícia de que aquela mesma mulher que pediu e teve deferida em seu favor medida protetiva de urgência restabeleceu a relação conjugal:

Ocorre que a reconciliação em geral se dá às margens do sistema de persecução penal. Raros são os episódios em que a mulher comunica à delegacia de polícia ou ao Poder Judiciário que voltou a se relacionar com o agressor, de modo que a convivência existe ao mesmo tempo em que ainda vigem as medidas protetivas de urgência.

Infelizmente, Moretzsohn e Burin⁵⁸ ressaltam que, embora previsível, na medida em que se trata de um relacionamento abusivo, o ciclo de violência tende a se retomar e novo episódio de violência é comunicado às autoridades que percebem, então, que a despeito da vigência da medida protetiva de urgência, a aproximação aconteceu. A dúvida que se põe, agora, relaciona-se ao cometimento ou não do crime do artigo 24-A pelo agressor que, com o consentimento da mulher vitimada, restabeleceu a convivência conjugal, muitas vezes voltando ao lar de onde tinha sido afastado.

Essa narrativa vale referir a mudança inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.641/2018⁵⁹, o artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006⁶⁰, que tipifica a conduta de descumprir decisão judicial que defere as medidas protetivas, prevendo pena de 03 (três) a 02 (dois) anos de detenção.⁶¹

Segundo entendimento de tribunais estaduais, o consentimento da vítima de violência doméstica quanto à permanência do agressor na residência do casal após o deferimento das medidas protetivas de urgência não afasta os efeitos da decisão judicial que as deferiu. O consentimento da vítima não teria o condão de revogar a decisão judicial que continua tendo validade.⁶²

Moretzsohn e Burin⁶³ trazem parte do Acórdão 1245366, 00057834720188070009, relator: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/4/2020, publicado no PJe: 6/5/2020:

[...] A alegação de atipicidade da conduta referente ao crime de descumprimento de medida protetiva de urgência também não merece prosperar. O tipo penal do artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 visa à proteção da mulher de forma indireta, sendo que o objeto jurídico protegido é a manutenção do respeito às decisões judiciais, sendo o sujeito passivo, primeiramente, a Administração da Justiça. A doutrina aponta requisitos para a aplicação do consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade, os quais se situam nos seguintes grupos: a) liberdade no consentir; b) capacidade para

consentimento-vítima. Acesso em: 19 out. 2021.

58 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. *Consultor Jurídico*. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 18 ago. 2021.

59 BRASIL. Lei nº 13.641, de 03 de abril de 2018. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

60 BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

61 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. *Consultor Jurídico*. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 19 out. 2021.

62 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. *Consultor Jurídico*. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 20 out. 2021.

63 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. *Consultor Jurídico*. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 20 out. 2021.

consentir (compreensão do consentimento); e c) disponibilidade do bem jurídico exposto a perigo de lesão [...] E, evidenciados os requisitos, verifica-se, de início, que o bem jurídico tutelado pelo crime do artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 é indisponível, uma vez que se refere, primeiramente, à Administração da Justiça, e apenas secundariamente à proteção da vítima... E, em sendo indisponível o bem jurídico tutelado pela norma penal, não cabe a aplicação do instituto do consentimento da ofendida. Assim, enquanto vigentes as medidas protetivas impostas em favor da ofendida, era obrigação do recorrente cumpri-las, a fim de assegurar a integridade física da vítima.⁶⁴

No teor deste acórdão é possível perceber que o sujeito passivo do crime de descumprimento de medida protetiva é, de maneira primária, a administração da Justiça e somente secundariamente a vítima de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Moretzsohn e Burin⁶⁵ destacam que no imaginário popular, a Lei Maria da Penha se presta a proteger mulheres de homens agressores, que frequentemente nem sequer se identificam como tal:

Ainda que vija entre nós a presunção de que todos conhecem a lei (art. 3º da LINDB), fere a razoabilidade exigir que o suposto agressor, leigo, restrinja a sua aproximação da vítima de violência doméstica quando ela mesma consinta no restabelecimento da relação. Há, aqui, evidente hipótese de erro de proibição. Conforme dispõe o artigo 21, caput, Código Penal brasileiro: “Art. 1 O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuir a pena de um sexto a um terço”.

Ou seja, o agressor que reata o relacionamento com a vítima, com o consentimento desta, não tem conhecimento da ilicitude de sua conduta. Lembrando que para que incida a teoria do erro de proibição o que se exige é a potência consciência da ilicitude. O legislador determinou que o erro de proibição exclui a culpabilidade, por inexistência de potencial conhecimento de ilicitude. Nesses casos, o agressor atua acreditando que sua conduta é lícita.⁶⁶

Dessa forma, Moretzsohn e Burin⁶⁷ esclarecem que ainda que se considerasse típica a conduta do agressor, ela estaria acobertada pelo erro de proibição, podendo ser ele isento de pena. Ademais, é de se lembrar que o Direito Penal se coloca como a última ratio do sistema, devendo um sujeito ser sancionado penalmente apenas se existir um bem jurídico ameaçado ou violado. Ainda que a conduta seja formalmente típica, não é possível constatar uma ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que a vítima autorize a aproximação do agressor.

O STJ já se manifestou nesse sentido:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (artigo 24-A DA LEI Nº 11.340/06). ABSOLVIÇÃO. APROXIMAÇÃO DO RÉU DA VÍTIMA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. AMEAÇA OU VIOLAÇÃO DE BEM JURÍDICO TUTELADO. AUSENTE. MATÉRIA FÁTICA INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1 - A intervenção do direito penal exige observância aos critérios da fragmentariedade e subsidiariedade. 2 - Ainda que efetivamente tenha o acusado violado cautelar de não aproximação da vítima, isto se deu com a autorização dela, de modo que não se verifica efetiva

64 DOINET. Acórdão 1245366, 00057834720188070009. Relator: Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/4/2020, publicado no PJe: 6/5/2020. Disponível em: <https://www.doinet.com.br/bdppv2/catalogo/default.aspx?publicacao=DJEMA&data=10%2F12%2F2020&tipo=C&pagina=3363>. Acesso em: 20 out. 2021.

65 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opinioao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 20 out. 2021.

66 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opinioao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 21 out. 2021.

67 MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opinioao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 21 out. 2021.

lesão e falta inclusive ao fato dolo de desobediência. 3 - A autorização dada pela ofendida para a aproximação do paciente é matéria incontroversa, não cabendo daí a restrição de reavaliação probatória. 4 - Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.⁶⁸

Destarte, ainda que o crime do artigo 24-A da Lei Maria da Penha⁶⁹ tenha como bem jurídico tutelado imediato à administração da Justiça, entendemos desarrazoada da interpretação que considera típica a aproximação entre suposto agressor e vítima, a despeito da vigência de medida protetiva de urgência, se houver consentimento desta.

É importante prestar atenção na conduta da vítima diante ao auxílio do descumprimento de medida protetiva, trazendo à tona o ciclo de violência da qual ela faz parte.

O artigo 24-A Lei Maria da Penha⁷⁰ já mencionado anteriormente trata do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. No entanto, não raras vezes, após o deferimento das medidas protetivas, a vítima e o agressor restabelecem contato, reafirmam relação, voltam a morar juntos.

O descumprimento das medidas por vontade das partes não desnatura a infração. A vontade das partes não revoga decisão judicial. Porém, se aplicado a todas as situações, tal entendimento, tem-se a mecanização da justiça penal e a violação de sua finalidade.

O descumprimento de medidas como a suspensão da posse ou a restrição do porte de armas continua caracterizando crime. Ainda, em caso de concessão de medida de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, a retomada do contato com a ofendida não pode implicar retorno ao lar, caso isso signifique violação à medida citada, sob pena de crime.

O que se pretende não é desproteger a vítima, mas evitar uma intervenção absolutamente desnecessária do Direito Penal, quando o bem jurídico tutelado pela norma, em primeira ordem, não foi violado.

Exemplificando, importante se faz destacar uma situação transitada em julgado pelo Juiz de Direito, Samer Agi⁷¹:

Em dia corriqueiro, chego à audiência em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Começo a ler a denúncia: “Fulano de Tal entrou e permaneceu contra a vontade de sua ex-companheira, na residência desta, desde 05 de agosto de 2018 até 25 dezembro de 2018. “Assim, Fulano de Tal praticou os crimes de descumprimento de medida protetiva e violação de domicílio”. Logo após a concessão das medidas, eles reataram

68 JUSBRASIL. HC 521.622/SC. Relator ministro Nefi Cordeiro, 6° Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859868731/habeas-corporus-hc-521622-sc-2019-0205480-5/inteiro-teor-859868741?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 out. 2021.

69 BRASIL. Lei n° 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

70 Art. 24-A: Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. § 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. § 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Nesse sentido: BRASIL. Lei n° 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

71 AGI, Samer. Uma causa excludente de ilicitude na Lei Maria da Penha. Artigo Jurídico. Publ. 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318910/uma-causa-excludente-de-ilicitude-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 21 out. 2021.

e voltaram a morar juntos. Passando 04 meses e 20 dias, após a ceia do natal, o casal discutiu. Não houve violência, não houve ameaça, não houve injúria. Houve uma discussão entre eles. Ela, nervosa, acionou a polícia militar e comunicou o descumprimento da medida protetiva. Ele foi preso em flagrante: violação de domicílio e descumprimento de medidas protetivas.

Observa-se que o caput do artigo 24-A afirma ser crime o descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06, cuja pena é de detenção de 03 meses a 02 anos.

A razão maior da Lei Maria da Penha é a proteção da Mulher, é “coibir a violência doméstica e familiar contra ela”, em todas as suas formas. Se a proteção da mulher não foi colocada em risco e ela deu início ao restabelecimento do contato com o suposto ofensor, mesmo que, depois o contato tenha se perpetuado por condutas de ambos, não há crime. Não há ofensa ao bem jurídico. O direito penal existe para proteger bem considerados essenciais à sociedade, e não para punir automaticamente quem preenche os elementos de um tipo incriminador.⁷²

É visível que em determinados momentos a vítima é responsável pela inocuidade da Lei criada para a proteção dela, porém, é necessário ter a compreensão da complexidade do ciclo violento e trazer ao Estado programas efetivos para ocorrer à conscientização da vítima para que ela quebre o ciclo da violência e não use a lei de forma imprópria.⁷³

Nesse contexto, a inovação causada pelo artigo 24-A da Lei Maria da Penha tem sido relevante na proteção a mulher, mas não se pode negar que existe uma garantia de que essas mulheres sejam assassinadas pelos seus companheiros. Geralmente quando o acusado tem a liberdade passa a perseguir suas vítimas e maioria consegue consumir o assassinato dessas mulheres.⁷⁴

Fato é que a inferiorização da mulher é um processo histórico-cultural no Brasil e no mundo. O patriarcado foi muito forte na história da humanidade, conforme destaca do no primeiro capítulo da pesquisa, e persiste na atualidade. Entretanto, toda mulher tem o direito de buscar seu espaço, de sentir-se amada e respeitada pela sociedade.

Claramente é necessário que se cumpra a Lei Maria da Penha e as inovações do artigo 24-A para garantir a proteção e integridade dessas mulheres que infelizmente são vítimas de violência diariamente no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração todos os temas propostos nos capítulos acima, conclui-se que embora previsível, na medida em que se trata de um relacionamento abusivo, o ciclo de violência tende a se retomar e novo episódio de violência é comunicado às autoridades que percebem, então, que a despeito da vigência da medida protetiva de urgência, a aproximação aconteceu. A dúvida que se empunha, relaciona-se ao cometimento ou não do crime do artigo 24-A pelo agres-

⁷² AGI, Samer. *Uma causa excludente de ilicitude na Lei Maria da Penha. Artigo Jurídico. Publ. 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318910/uma-causa-excludente-de-ilicitude-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 21 out. 2021.*

⁷³ AGI, Samer. *Uma causa excludente de ilicitude na Lei Maria da Penha. Artigo Jurídico. Publ. 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318910/uma-causa-excludente-de-ilicitude-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 21 out. 2021.*

⁷⁴ MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. *O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021. p. 01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/opiniao-medidas-protetivas-consentimento-vitima>. Acesso em: 21 out. 2021.*

sor que, com o consentimento da mulher vitimada, restabeleceu a convivência conjugal, muitas vezes voltando ao lar de onde tinha sido afastado.

Claramente é necessário que se cumpra a Lei Maria da Penha e as inovações do artigo 24-A para garantir a proteção e integridade dessas mulheres que infelizmente são vítimas de violência diariamente no Brasil.

Desta forma resta finalizado o trabalho de pesquisa sobre a (in)eficácia da Lei nº 11.340 no tocante as medidas protetivas e em caso de violência consentida, não pretendendo o pesquisador esgotar as possibilidades de novos debates e pesquisas acerca do tema proposto na presente pesquisa

REFERÊNCIA

AGI, Samer. Uma causa excludente de ilicitude na Lei Maria da Penha. Artigo Jurídico. Publ. 24 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318910/uma-causa-excludente-de-ilicitude-na-lei-maria-da-penha>.

ARAUJO, Emanuel. A arte de sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE. Mary Del (org.) História das mulheres no Brasil. 10. ed e 1ª reimpr. São Paulo: Contexto, 2012.

ARISTÓTELES. A política. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala educacional, 2006.

BARROSO, Darlan. Vade Mecum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

BASEGGIO, Julia Knapp; SILVA, Lisa Fernanda Meyer da. As condições femininas no Brasil colonial. Revista Maiêutica, Indaial, v. 3, n. 1, 2015.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: aspectos assistenciais,

BRASIL. Poder Judiciário de Santa Catarina. Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – CEVID. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/coordenadoria-da-mulher-em-situacao-de-violencia-domestica-e-familiar-cevid>.

COULANGES, Fustel. A cidade antiga. São Paulo: Adameris. p. 32. Versão para eBook: <http://latim.paginas.ufsc.br/files/2012/06/A-Cidade-Antiga-Fustel-de-Coulanges.pdf>.

DANTAS, Camila de Carvalho; VIEIRA, Wellington Neves. A representação feminina na poesia de Gregório de Matos. Anais do Festival Literário de Paulo Afonso - FLIPA - 2017 - Faculdade Sete de Setembro - Paulo Afonso - Bahia. 2017.

DEL PRIORE, Mary. História das mulheres no Brasil. Mary Del Priore (org.); Carla Bassanezi (coord. de textos). 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

DEL PRIORE, Mary. História das mulheres no Brasil. 8. ed. São Paulo: Contexto, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha na Justiça. Salvador: Juspodivm, 2019.

ENGELS, Friedrich. Origem da família da propriedade privada e do estado. 9 ed. Trad. Leandro Konder. Civilização brasileira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1984.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

FÓRUM, Brasileiro de Segurança Pública. Inovações trazidas pela Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sobre o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2003.

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha: lei com nome de mulher – violência doméstica e familiar – considerações à Lei n. 11.340/2006 comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2012.

LE GOFF, Jacques. Uma longa Idade Média. São Paulo: Civilização Brasileira, 2008.

LEITE, Eduardo de oliveira. A monografia jurídica. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÔBO, Paulo; LÔBO, Luiz Netto, Entidade familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

LORDELLO, Josette Magalhães. Entre o Reino de Deus e dos Homens: a secularização do casamento no Brasil do século XIX. Brasília: Universidade de Brasília, 2002 .

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Texto Integral.

MIRALES, Rosana. Violência de gênero dimensões da lesão corporal. Cascavel. EDUNIOESTE. 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA FILHO, Guaracy. Código Penal comentado. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. O descumprimento de medida protetiva e o consentimento da vítima. Consultor Jurídico. Publ. 13 abr. 2021.

Capítulo

07

**Discurso de ódio e liberdade de
expressão: o caso do parlamentar
Daniel Silveira**

Lana Mano Cervi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.7

RESUMO

O presente estudo visa abordar o direito à liberdade de expressão contraposto às manifestações proliferadas na forma de discurso de ódio, a partir da análise do caso do deputado federal Daniel Silveira, condenado por atentar verbalmente contra a integridade dos membros do Poder Judiciário e ao Estado Democrático de Direito. O escopo principal da pesquisa é o de redarguir se o direito fundamental à liberdade de expressão alberga os discursos de ódio, alicerçado no exame das falas antidemocráticas do parlamentar. Para tanto, foi analisado o conteúdo do vídeo que ensejou na condenação do deputado, para posteriormente compreender a relevância do direito à liberdade de expressão para o regime democrático participativo, mas, precipuamente, conceber o caráter não absoluto do direito, ao passo que possui limitações, especificamente quando utilizado como escudo para declarações de ódio. Nessa seara, foram analisadas as posições do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre a temática, oportunidade em que foi constatada a reiteração de decisões no sentido de repúdio veemente da propagação de palavras de ódio, desde quando proliferadas contra minorias, até a forma de apologia ao autoritarismo e afronta às instituições democráticas.

Palavras-chave: liberdade de expressão. discurso de ódio. estado democrático de direito.

ABSTRACT

This study aims to approach the right to freedom of expression opposed to manifestations proliferated in the form of hate speech, from the analysis of the case of federal deputy Daniel Silveira, convicted of verbally attacking the integrity of the members of the Judiciary and the Democratic State. The main objective of the research is to answer if the fundamental right to freedom of expression encompasses hate speech, based on the examination of the antidemocratic speeches of the parliamentarian. For that, the content of the video that gave rise to the conviction of the deputy was analyzed, to later understand the relevance of the right to freedom of expression for the participatory democratic regime, but, mainly, to conceive the non-absolute character of the right, while it has limitations, specifically when used as a shield for hateful statements. In this area, the positions of the Federal Supreme Court (STF) and Superior Electoral Court (TSE) on the subject were analyzed, an opportunity in which the reiteration of decisions in the sense of vehement repudiation of the propagation of hateful words, since when proliferated against minorities, even in the form of apology to authoritarianism and na affront to democratic institutions.

Keywords: freedom of expression. hate speech. democratic state.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental, de índole marcadamente defensiva, representando um legítimo meio de manifestação de ideias, opiniões e pensamentos desprendida de qualquer tipo de ingerência estatal, é um direito que representou substancialmente no período pós-ditatorial e segue representando um alicerce crucial para o exercício do regime democrático participativo.

Não obstante, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à liberdade de ex-

pressão não é absoluto, possuindo limitações quando confrontado com outros direitos do mesmo status, como o direito a honra e à dignidade humana.

Nesse sentido, a partir da análise do caso do deputado Daniel Silveira, condenado por afrontar diretamente contra a honra e segurança dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF) e atentar contra as instituições democráticas que salvaguardam o Estado Democrático de Direito, o objetivo principal do artigo é o de analisar se o direito fundamental à liberdade de expressão alberga os discursos de ódio.

Para tanto, a partir do método dedutivo, inicialmente será analisado o conteúdo do vídeo do parlamentar que ensejou em sua prisão em flagrante e posterior condenação, bem como o teor de suas teses de defesa, em especial da alegação de escusa de culpabilidade por estarem suas falas protegidas pelo direito à liberdade de expressão.

A partir disso, será verificado o conceito do direito à liberdade de expressão e sua relevância na sociedade, bem como quais manifestações se enquadram na exteriorização do direito, mediante um breve resgate histórico da sua origem, concepções doutrinárias, atual disposição constitucional e sua posição de preferência jurisprudencial, para então examinar os limites a que o direito está subordinado.

A relatividade do direito à liberdade de expressão será estudada especificamente quando veiculado sobre a forma de discurso de ódio, assim, serão estudados precedentes iniciais do hate speech, suas possíveis formas de expressão e a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre a temática.

Assim, o mérito da pesquisa se releva em face de um cenário social e político de banalização do ódio e violência. Em uma conjuntura em que manifestações de ódio se tornaram triviais, em que a continuidade do Estado de Direito e do regime democrático é ameaçada, em que se testemunha um homicídio por divergência política, torna-se pertinente que seja discutido o óbvio.

Aqui, recorre-se ao célebre questionamento do dramaturgo Bertolt Brecht (1868): “Que tempos são esses em que temos que defender o óbvio?” A indagação, apesar de ser remota, revela-se de extrema atualidade, face a necessidade de afirmação de direitos básicos intrínsecos a dignidade humana, como o direito à vida, direito à democracia e direito à opinião política.

Assim, a relevância da pesquisa reside na imprescindibilidade da defesa do Estado Democrático de Direito e das respectivas instituições que possibilitam o regime democrático e a consequente fruição plena dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

DESENVOLVIMENTO

O caso do parlamentar Daniel Silveira

No dia 16 de fevereiro de 2021, o parlamentar Daniel Silveira foi preso em flagrante em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Inquérito 4.781/DF, em razão da publicação de vídeo¹ no canal do YouTube denominado “Política Play”, em que durante 19m9s, além

1 O vídeo original das falas do parlamentar foi disponibilizado através do Youtube (<https://www.youtube.com/watch?v=jMflnDBltog>). Não obstante, o vídeo não está mais disponível na plataforma, sendo utilizada

de ultrajar diretamente a honra e segurança dos ministros do STF, legitima o emprego de medidas antidemocráticas e defende o Ato Institucional nº 5 (AI-5), instrumento emitido na Ditadura Militar, que concedeu prerrogativas para perseguição de opositores e supressão de direitos. No vídeo, o deputado exterioriza:

(...) Eu quero saber o que você vai fazer com os generais... os homenzinhos de botão dourado, você lembra? Eu sei que você lembra, ato institucional nº 5, de um total de 17 atos institucionais, você lembra, você era militante do PT, Partido Comunista (...) o que acontece Fachin, é que todo mundo está cansado dessa sua cara de filha da puta que tu tem, essa cara de vagabundo... várias e várias vezes já te imaginei levando uma surra, você e todos os integrantes dessa corte". (MINUTO 4:40-5:29).

No trecho o deputado propala evidente instigação a adoção de medidas violentas contra a vida e segurança dos ministros, bem como assenta sua estima pelo período ditatorial. O parlamentar segue proliferando palavras de ódio, aduzindo "(...) eu também vou perseguir vocês, eu não tenho medo de vagabundo, não tenho medo de traficante (...), vou ter medo de onze ministros que não servem para porra nenhuma nesse país? Não, não vou ter". (minuto 9:20-9:38). Ainda, retoma novamente o apreço pelo AI-5:

Lá em 64, na verdade em 35, quando eles perceberam a manobra comunista, de vagabundos da sua estirpe, 64 foi dado então um contragolpe militar, é que teve lá os 17 atos institucionais, o AI5 que é o mais duro de todos como vocês insistem em dizer, aquele que cassou 3 ministros da Suprema Corte, você lembra? Cassou senadores, deputados federais, estaduais, foi uma depuração, um recadinho muito claro, se fizerem a gente volta, mas o povo, naquela época ignorante, acreditando na rede globo diz "queremos democracia" "presidencialismo", "Estados Unidos", e os ditadores que vocês chamam entregaram o poder ao povo (...). (minuto 13:27-14:20)

Na fundamentação da decisão de prisão, o ministro Alexandre de Moraes aponta a importância do direito à liberdade de expressão e da livre discussão para um regime democrático participativo. Sem embargo, assinala que a manifestação de ideias contrárias à ordem constitucional que visem romper o Estado de Direito e extinguir as cláusulas pétreas, como a Separação de Poderes, deve ser repudiada, por representar clara afronta ao Estado Democrático de Direito e consequente instalação do arbítrio. É válida a transcrição de parte da fundamentação da prisão:

Dessa maneira, tanto são inconstitucionais as condutas e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático; quanto aquelas que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à Separação de Poderes e aos direitos fundamentais, em suma, pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência e a quebra dos princípios republicanos, como se verifica pelas manifestações criminosas e inconsequentes do referido parlamentar

No dia 20 de abril de 2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou parcialmente procedente a Ação Penal (AP 1.044), ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF), e, por maioria, condenou o deputado federal Daniel Silveira a 8 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado. Como efeito da condenação, o colegiado decretou a perda do mandato e a suspensão dos direitos políticos, enquanto durarem os efeitos da decisão.

O parlamentar foi condenado pelos crimes de coação no curso do processo, por três vezes, (artigo 344 do Código Penal) e incitação da prática de tentar impedir ou restringir, com emprego de violência ou grave ameaça, o exercício dos Poderes constitucionais, por duas vezes, (Artigo 359-L, parágrafo único do Código Penal). Os ministros absolveram o parlamentar pelo *para fins de fonte a reprodução autêntica disponibilizada pelo veículo de comunicação UOL, disponível através do link <https://noticias.uol.com.br/videos/2021/02/18/as-falas-do-deputado-daniel-silveira-contr-o-stf-que-levaram-a-sua-prisao.htm>*.

crime de incitação à animosidade entre as Forças Armadas, a pedido do MPF.

Em sede de defesa, o parlamentar alegou o direito à liberdade de expressão, bem como sua imunidade material perante a Constituição Federal em razão do cargo que exerce, ou seja, sua inviolabilidade por opiniões, palavras e votos, impedindo assim sua responsabilização penal.

O desígnio desse artigo não é aprofundar o tema da imunidade legislativa, não obstante, é pertinente apontar que a Carta Maior não permite o uso da imunidade parlamentar como pretexto para a prática criminosa, pois descarta a possibilidade de legitimação de discursos ou incentivos à violência de qualquer natureza, seja contra pessoas ou instituições democráticas. É o entendimento reiterado da Suprema Corte, conforme transcrição do acórdão abaixo:

(...) a inviolabilidade material somente abarca as declarações que apresentem nexos diretos e evidentes com o exercício das funções parlamentares. (...) O parlamento é o local por excelência para o livre mercado de ideias - não para o livre mercado de ofensas. A liberdade de expressão política dos parlamentares, ainda que vigorosa, deve se manter nos limites da civilidade. Ninguém pode se escudar na inviolabilidade parlamentar para, sem vinculação com a função, agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação". (PET 7.174, rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, j. 10-3-2020, 1ª T, Informativo 969).

Assim, fica inconteste a gravidade das falas do parlamentar, com clara afronta ao Estado Democrático de Direito, pela apologia ao autoritarismo e vilipêndio frontal aos princípios democráticos, republicanos e da separação de poderes.

Isto posto, faz-se necessário o exame do direito à liberdade de expressão, para compreender quais manifestações são abrangidas pelo direito e seus eventuais limites.

Liberdade de expressão: conceito e posição no ordenamento jurídico

O direito à liberdade de expressão é um direito fundamental, ou seja, um direito natural, inalienável e imaculado, de titularidade universal humana e oponível à soberania estatal. (BONAVIDES, p. 560-564).

A liberdade de expressão está prevista na primeira dimensão dos direitos fundamentais, que consoante Nevita Luna, trata-se da dimensão dos direitos negativos, que se esgotam num dever de abstenção do Estado na esfera particular do indivíduo. (LUNA, 2014, p. 230). Estamos, portanto, frente a um direito de índole marcadamente defensiva, situados no *status libertatis* ou *status negativo* de Georg Jellinek, que proporciona ao indivíduo um âmbito de ação desvincilhado da ingerência do Estado.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgem em um contexto de transição dos séculos XVII e XVIII, marcando a chegada do Estado de Direito e o fim do Estado Absolutista. São a expressão das lutas da burguesia revolucionária, com fulcro na filosofia humanista e na tradição doutrinária liberal contra as arbitrariedades do Estado Absolutista, materilizando-se como direitos civis e políticos. (DORNELLES, 1993, p. 21).

Alguns documentos históricos foram relevantes para a necessidade e consagração dos direitos de primeira dimensão, marcando também a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito, são eles: Magna Carta de 1215 (assinada pelo rei "João sem Terra"; Paz de Westfália (1648); Habeas Corpus Act (1679); Bill of Rights (1688); e as Declarações, americana (1776) e francesa (1789). (LENZA, 2022, p. 1142).

A universalização dos direitos fundamentais, e portanto, da liberdade de expressão, só foi angariada em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe em seu artigo 19º: “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

No tocante à fundamentação constitucional, a Carta Magna de 1988 consagra o direito à liberdade de expressão em alguns de seus dispositivos, como no artigo 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIX do mesmo artigo: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

O direito também é contemplado no artigo 220 da Constituição Federal, quando dispõe que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição”.

Soma, nos §1º e §2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa construir embaraço à plena liberdade informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

É de significativa importância a vedação constitucional expressa à censura, visto que, há menos de setenta anos, no período da Ditadura Militar (1964), além de todas as atrocidades e transgressões diretas à dignidade humana, o direito à liberdade de expressão foi alvo de cerceamento ostensivo de qualquer opinião contrária à ideologia vigente.

Ratifica-se que esse rastro histórico de arbitrariedade e violência não pertence a um passado remoto, sendo imprescindível para a manutenção do frágil e recente regime democrático vigente e de suas respectivas instituições o repúdio absoluto a tal período. A respeito do cunho recente da democracia e dos direitos individuais que a salvaguardam, alerta o autor Daniel Samento (2006, p. 262):

(...) num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há de se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalem para a perigosa tirania do politicamente correto.

Também, o direito à liberdade de expressão possui status de preferência (*preferred position*) jurisprudencial, ou seja, as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica a posição de predileção em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Cumpre adiantar o conteúdo do próximo capítulo, em que serão estudados os limites à liberdade de expressão, especificamente quando o direito é proferido sob a forma do discurso de ódio, para que se compreenda que não obstante a posição de preeminência do direito à liberdade de expressão, ele não alberga toda e qualquer manifestação.

A liberdade de expressão, consiste, então, “no direito de expressar, por qualquer meio ou forma existente, seus pensamentos, opiniões, convicções, avaliações e julgamentos sobre quaisquer temáticas”. (BRITO DA SILVA, SOUSA NETO, p. 592).

Nessa esteira, tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em um regi-

me democrático misto (exercido diretamente pelo povo e indiretamente pelos governantes eleitos) apenas se robustecem em um ambiente de máxima visibilidade e possibilidade de exposição crítica das múltiplas opiniões do eleitor e também sobre os governantes.

É o que defende o ministro Alexandre de Moraes na Reclamação ao TSE nº 0600543-76.2022.6.00.0000, ressaltando a necessidade do exercício da política da desconfiança (politics of distrust) na formação da convicção individual e autodeterminação democrática, para o desempenho livre e pleno do direito ao sufrágio e para a fundamental fiscalização dos órgãos governamentais.

No caso *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630-1 (1919), Oliver Holmes defendeu a liberdade de expressão por meio do mercado livre das ideias (free marketplace of ideas), em que se torna indispensável o embate livre entre opiniões divergentes, afastando-se a existência de verdades irrefutáveis e permitindo-se a discussão aberta das diferentes ideias, que poderão ser aceitas, rejeitadas, desacreditadas ou ignoradas; todavia, jamais censuradas, selecionadas ou restringidas pelo Poder Público, que deveria, conforme afirmou em divergência acompanhada pelo Justice Brandeis, no caso *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927), “renunciar a arrogância do acesso privilegiado à verdade”. (HOLMES, 1919, *apud* MORAES, 2022).

É de referir que o direito à liberdade de expressão não se limita à difusão de ideias e informações oficiais emitidas pelo Poder Público ou pela “verdade” defendida pelas majorias, abrangendo manifestações, opiniões e interpretações díspares, não porque impreterivelmente são legítimas, mas porque são substanciais para o pluralismo democrático. (KALVEN JR, 2000, *apud* MORAES, 2022).

Deste modo, o direito à liberdade de expressão não se direciona apenas a salvaguardar opiniões hipoteticamente verdadeiras, estimadas ou convencionais, mas também àquelas que são dúbias, exageradas, zombeteiras, condenáveis, humorísticas bem como as contramajoritárias. É o que foi resoluto no caso *Kingsley Pictures Corp vs Regents* (1959, *apud* MORAES, 2022).

Assevera-se, assim, a importância do direito para o funcionamento e preservação do regime político democrático, dado que o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre (MENDES, BRANCO, 2019, p. 347). Reconhecida então a relevância do direito a que se pretende aprofundar, é de suma importância compreender os limites a que o direito à liberdade de expressão está subordinado.

Limites à liberdade de expressão: discurso de ódio e posicionamento dos tribunais superiores

O direito à liberdade de expressão, conforme exposto no capítulo anterior, é corolário da dignidade humana e instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático participativo, dado que o pluralismo de juízos é essencial para a formação da vontade livre. (MENDES, BRANCO, 2019, p. 347).

Não obstante, conforme entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal², tal direito não é absoluto, visto que encontra limites previstos diretamente pelo legislador constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status, hipótese de aplicação do Princípio da Ponderação³.

O Princípio da Ponderação e Proporcionalidade visa ponderar os direitos fundamentais conflitantes tendo em vista o caso concreto, levando em conta todas as circunstâncias do cenário em apreço, estabelecendo-se uma prevalência condicionada (MENDES, BRANCO, 2019, p. 311).

Para Robert Alexy, a ponderação realiza-se em três planos: no primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção; no segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e por fim, no terceiro plano, se realiza a ponderação em sentido específico e delimitado. O jurista aponta que a proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulada como uma “lei de ponderação”, em que “quanto mais intensa se revelar uma intervenção em dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção”. (ALEXY, *apud* MENDES, BRANCO, 2019, p. 311).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.424, por 8x3 manteve a condenação imposta pelo TJRS por crime de racismo. A maioria dos Ministros justificou os seus votos com base na ideia de ponderação entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa de um lado e a dignidade da pessoa humana e o direito à honra de outro, prevalecendo no caso concreto os últimos.

O precedente supracitado remete a uma relativização do direito à liberdade de expressão, quando este é proferido sob a forma de discurso de ódio. O hate speech (discurso de ódio) não é aquiescido no nosso ordenamento jurídico, por representar forma desviante e abusiva do direito à liberdade de expressão. (MENDES, BRANCO, 2019, p. 359).

Assim, é importante compreender o conceito do discurso de ódio, a fim de compreender que limite que se está tentando tracejar nesse artigo. O discurso de ódio ocorre quando um indivíduo se utiliza de seu direito à liberdade de expressão para inferiorizar, desprezar e discriminar outrem baseado em suas características, como sexo, etnia, orientação sexual, política, religiosa ou para invocar regimes autoritários e antidemocráticos. (OLIVEIRA, 2021).

O exame do *hate speech* está associado à liberdade de expressão e às “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”. (SARMENTO, 2006, p. 208).

O *hate speech* (discurso de ódio) tem precedente inicial relevante na Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Beauharnais vs. Illinois* (1952). Na oportunidade, a Corte manteve

² “O direito à livre expressão do pensamento (...) não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “a posteriori”, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.” Essa é a tese defendida pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao negar o habeas corpus pedido pelo editor nazista Siegfried Ellwanger. Ele foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo crime de racismo e recorreu ao STF. Por oito votos a três, o Pleno do STF negou o pedido. HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

³ (...) Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes preterido venha a prevalecer. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019, p. 105)

a condenação criminal de um indivíduo que promovera a distribuição de panfletos em Chicago, nos quais convidava os brancos para se unirem contra os negros sob a justificativa de que estes seriam os responsáveis pela criminalidade local. (LENZA, 2022, p. 1182).

O Supremo Tribunal Federal tem edificado uma jurisprudência consistente no sentido do caráter não absoluto da liberdade de expressão, principalmente quando efetuada pautada no discurso de ódio. Manifestações racistas não são toleradas (HC 82.424), bem como intolerância religiosa (RHC 146.303, STF, 2ª T., j. 06.03.2018, Inf. 893/STF), conforme ficou solidificado “a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”.

O discurso de ódio atrelado a manifestações atentatórias à democracia tem sido objeto de discussão veemente no Brasil, como foi o caso da Representação interposta no TSE em face do presidente Jair Messias Bolsonaro, em que alguns partidos da oposição (Rede, PC do B, PSB, PV, PSOL e Solidariedade) acusam o presidente de propaganda eleitoral irregular, com incitação à violência e discursos de ódio.

Conforme reportado pelo G1⁴, os partidos alegam que as falas reiteradas do presidente de teor extremista e violento geram estímulos psicológicos que vão construindo no imaginário de seus apoiadores a desumanização do opositor, solidificando o papel deste como inimigo.

A Representação ensejou na recente decisão do ministro Alexandre de Moraes, atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que concedeu dois dias para Bolsonaro se manifestar sobre os discursos de ódio.

Ainda na esteira de representações por propaganda eleitoral irregular, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou a Representação nº 0600543-76.2022.6.00.000 em face de mais de dez réus, incluindo políticos como Flavio Nantes Bolsonaro e Otoni Moura de Paulo Junior e responsáveis por certos canais de notícias, em que mais uma vez foi pacificado que o direito à liberdade de expressão não engloba manifestações de ódio. É oportuno transcrever parte do teor da fundamentação da decisão:

A Constituição Federal não permite aos pré-candidatos, candidatos e seus apoiadores, inclusive em período de propaganda eleitoral, a propagação de discurso de ódio, ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art 5º, XLIV, e art. 34, III e IV), tampouco a realização de manifestações nas redes sociais ou através de entrevistas públicas visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, §4º), com a consequente instalação do arbítrio.

Na decisão, o ministro Alexandre de Moraes ainda alude que a Constituição Federal consagra o binômio “liberdade e responsabilidade”, sendo vedada a utilização da liberdade de expressão como escudo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos e agressões.

Assim, a exteriorização de pensamentos que atentam contra o regime democrático e as respectivas instituições que o salvaguardam, assume uma das formas do discurso de ódio, visto que promove uma trivialização, incitação à retomada de um regime autocrático, caracterizado por atentados à dignidade humana, perseguição política, violência e supressão de direitos individuais.

⁴ Notícia disponível através do link: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/15/moraes-da-fois-dias-para-bolsonaro-se-manifestar-em-acao-da-oposicao-no-tse-contra-discursos-de-odio.ghtml>.

Isto posto, resta superada a ideia de um cunho absoluto do direito à liberdade de expressão, que deve ser exercido nos limites da dignidade humana, respeitando as restrições da Constituição Federal e sem veicular práticas criminosas tendentes a fomentar a intolerância e ódio público

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito desse artigo era o de trazer à tona o direito à liberdade de expressão, suas formas de exteriorização e sobretudo o fato de o direito não servir de escudo para manifestações de ódio, à luz do caso do deputado Daniel Silveira.

Finalizado, ratifica-se a relevância do tema, demonstrando-se a tamanha importância da preservação do Estado Democrático de Direito, colocando-se o Estado, em especial no objeto da pesquisa, o Poder Judiciário, em papel crucial na construção de uma jurisprudência sólida e coerente de repúdio máximo às manifestações de ódio que visem extinguir cláusulas pétreas, como a Separação de Poderes e os direitos fundamentais.

E, consoante a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), verificou-se que as posições estão adequadas às demandas sociais contemporâneas de proteção à democracia e à dignidade humana. Os tribunais superiores têm se posicionado rejeitando veementemente os discursos de ódio, desde no âmbito racial e religioso até o político, deixando manifesto que tais discursos não estão amparados pelo direito à liberdade de expressão.

É incontestável a significância do direito à liberdade de expressão e seu papel fundamental para o pluralismo de opiniões e para o regime democrático participativo. Assim como os demais direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão é fruto de lutas coletivas em prol do progresso político, social e econômico, e portanto, não pode ser utilizado como pretexto para manifestações de ódio, para banalizar o sofrimento causado pela Ditadura Militar e para atentar contra o Estado de Direito, como foi testemunhado na análise das falas do parlamentar Daniel Silveira.

Verifica-se a necessidade de uma fiscalização e responsabilização mais árdua dos discursos de ódios no país, dada a evidente banalização de falas desse teor. O Brasil, o “país do futebol” é marcado pela polarização acentuada em todos os âmbitos, desde o esportivo até o político, a qual, se moderada, seria plausível e até saudável para um meio democrático de pluralidade de opiniões, não obstante, durante algum tempo o que se atesta é uma rivalidade excessiva, inclusive encorajada pelos governantes, que não raro culmina em fatalidades.

Certamente a transformação é longa, acredita-se contudo, que com o empenho do Poder Público, no âmbito dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, no sentido de rechaçar manifestações de ódio e validar a importância do Estado de Direito, da separação e autenticidade dos poderes, bem como com a fomentação da conscientização social da gravidade que reside na proliferação desse tipo de discurso, já é um começo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 88.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82424/RS. Publicação de livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem denegada. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus/RJ. Intolerância Religiosa. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768145300/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-146303-rj-rio-de-janeiro-4000296-692017100000>
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 0600543-76.2022.6.00.0000. Propaganda política. Propaganda Eleitoral. Relator: Min. Raul Araujo Filho. Disponível em: < <https://pt.org.br/wp-content/uploads/2022/07/decisao.pdf>>
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015
- CORREA, Michelle Viviane Godinho. Censura na Ditadura Militar. Infoescola. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/censura-na-ditadura-militar/>>. Acesso em 27 de junho de 2022.
- DORNELLES, João Ricardo W. O que são direitos humanos. SP: Braziliense, 1989.
- FALCAO, Márcio; GOMES, Pedro Henrique; VIVAS, Fernanda. TV GLOBO. Moraes dá dois dias para Bolsonaro se manifestar em ação da oposição no TSE contra discursos de ódio. G1, Brasília. 15 de julho de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/07/15/moraes-da-dois-dias-para-bolsonaro-se-manifestar-em-acao-da-oposicao-no-tse-contra-discursos-de-odio.ghtml>>. Acesso em 09 de julho de 2022.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. Revista de Direito e Liberdade, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet;. Curso de direito constitucional. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2019.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. Liberdade de expressão e discurso de ódio no Brasil. Revista de Direito e Liberdade, 2014.
- SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Cecília Brito e NETO, João Dias de Sousa. Os limites à liberdade de expressão quando da ocorrência de discurso de ódio: uma análise dos critérios enunciados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Anais do I Congresso Acadêmico de Direito Constitucional – Faculdade Católica de Rondônia, p. 592, 2017, Porto Velho/RO.

OLIVEIRA, Tânia Maria Saraiva de Oliveira. Liberdade de Expressão x Discurso de Ódio: o debate inadiável. 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/02/24/liberdade-de-expressao-x-discurso-de-odio-o-debate-inadiavel>>. Acesso em 12 de julho de 2022.

UOL. As falas do deputado Daniel Silveira contra o STF que levaram à sua prisão. UOL, São Paulo, 18 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/videos/2021/02/18/as-falas-do-deputado-daniel-silveira-contra-o-stf-que-levaram-a-sua-prisao.htm>. Acesso em 15 de julho de 2022.

**O instituto do impeachment como uma
manifestação do direito transnacional**

**The impeachment institute as a
manifestation of transnational law**

Júlia Dalla Rosa do Amaral e Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.8

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a relação entre o instituto do *impeachment* no Direito brasileiro e o Direito transnacional, desde o surgimento do instrumento no contexto inglês, a sua internalização no direito norte-americano, até a adesão do instituto no modelo brasileiro. Investigar essa relação em conjunto com o panorama histórico nos permite compreender que o caminho da evolução legal no processo de impeachment pode ser estudado como um processo de transnacionalização das leis. Ademais, nos convém ainda, apresentar a ideia de observadores transnacionais no processo de *impeachment*. Se observa que as interações entre as nações fazem com que uma norma ou mesmo um costume transnacional possam incorporados aos processos jurídicos e políticos domésticos. Quanto à metodologia empregada, utilizou-se os métodos histórico e indutivo, e o tipo de pesquisa abarcada foi a exploratória e a explicativa. Verificou-se, por fim, que a esfera transnacional pode estar presente no processo de *impeachment*, não apenas na sua história, mas também na esfera procedimental que rege o processo nos dias de hoje em determinados países.

Palavras-chave: *impeachment*. direito transnacional. transnacionalização. nações.

ABSTRACT

This work aims to analyze the relationship between the institute of impeachment in Brazilian Law and Transnational Law, from the emergence of the instrument in the English context, its internalization in North American law, until the institute's adherence to the Brazilian model. Investigating this relationship along with the historical panorama allows us to understand that the path of legal evolution in the impeachment process can be studied as a process of transnationalization of laws. Furthermore, it is also convenient for us to present the idea of transnational observers in the impeachment process. It is noticed that interactions between nations make a norm or even a transnational custom incorporated into domestic legal and political processes. As for the methodology used, the historical and inductive methods were used, and the type of research covered was exploratory and explanatory. Finally, it was found that the transnational sphere can be present in the impeachment process, not only in its history, but also in the procedural sphere that governs the process today in certain countries.

Keywords: impeachment. transnational law. transnationalization. nations.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar la relación entre el instituto de impeachment en el derecho brasileño y el derecho transnacional, desde el surgimiento del instrumento en el contexto inglés, su internalización en el derecho norteamericano, hasta la adhesión del instituto al modelo brasileño. Investigar esta relación junto con el panorama histórico permite comprender que el camino de la evolución jurídica en el proceso de acusación puede ser estudiado como un proceso de transnacionalización de las leyes. Además, también nos conviene presentar la idea de observadores transnacionales en el proceso de impeachment. Se observa que las interacciones entre naciones constituyen una norma o incluso una costumbre transnacional incorporada a los procesos jurídicos y políticos domésticos. En cuanto a la metodología empleada, se utilizaron los métodos histórico e inductivo, y el tipo de investigación que se abarcó fue exploratoria y explica-

tiva. Finalmente, se encontró que la esfera transnacional puede estar presente en el proceso de impeachment, no solo en su historia, sino también en la esfera procesal que rige el proceso hoy en ciertos países.

Palabras clave: impeachment. derecho transnacional. transnacionalización. naciones.

INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento o *impeachment* foi pensado como um instituto cujo dever era proteger os cidadãos de possíveis atos arbitrários de determinadas autoridades. No que concerne a temática do presente artigo é interessante observar como um instrumento que nasce no contexto inglês é incorporado (com suas devidas particularidades) ao ordenamento jurídico norte-americano e mais tarde internalizado no ordenamento brasileiro, bem como, em tantos outros. O que se percebe é que as interações entre nações frutificam, muitas vezes, na adoção de normas e costumes, e na positivação destas em seus ordenamentos.

O presente estudo tem como objeto a relação entre o instituto do *impeachment* no Direito brasileiro e o Direito transnacional, desde o surgimento do instrumento no contexto inglês, a sua internalização no direito norte-americano, até a adesão do instituto no modelo brasileiro. O seu objetivo é demonstrar que a esfera transnacional pode estar presente no processo de *impeachment*, não apenas na sua história, mas também na esfera procedimental que rege o processo nos dias de hoje em determinados países. Para tanto, o artigo está dividido em três itens.

No primeiro tratando do panorama histórico do instituto em três importantes cenários, seu surgimento e particularidades na Inglaterra, o *impeachment* no contexto norte-americano, e posteriormente, o instrumento no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados no artigo, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o instituto do *impeachment* e o Direito transnacional.

Assim sendo, o presente artigo, busca trazer para o debate a temática acerca do instituto do *impeachment* como manifestação do Direito transnacional. Com a proposta de que o caminho da evolução legal no processo de *impeachment* pode ser estudado como um processo de transnacionalização das leis. Trazendo ainda, a ideia de observadores transnacionais no processo de impeachment. Para tanto, faz se presente a seguinte pergunta norteadora da pesquisa: De que modo se evidencia o instituto do impeachment como uma manifestação do Direito transnacional?

O que se propõe é que a percepção do direito como transnacional pressupõe que as experiências no contexto interno de cada Estado são os principais pontos de referência para o estudo. Atualmente, faz-se interessante pensar em uma esfera transnacional nos processos de impeachment, não somente na sua história, como também no que tange ao procedimento, mas, principalmente, quando se pensa na ideia de observadores transnacionais como parte do processo.

Quanto à metodologia empregada, utilizou-se para o desenvolvimento da pesquisa, o método indutivo e o método histórico, operacionalizado pelas técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DA HISTÓRIA DO INSTITUTO DO IMPEACHMENT

O *impeachment* foi criado pelos ingleses. O primeiro processo de impeachment o qual se tem conhecimento data de 1376, quando o ministro do Rei John Latimer foi alvo de um processo na Câmara dos Comuns¹. O instituto no contexto inglês possuía natureza criminal, e era puramente acusatório, visando a persecução dos crimes de *treason*, *felony* ou outros *high crimes and misdemeanours*.

Todos os ingleses eram passíveis de sofrer um processo de *impeachment*, desde civis, militares, nobres, altos funcionários e ministros de Estado, apenas a “Coroa” ficava de fora. Na época havia um “bordão” jurídico que dizia, “*The King can do no wrong*”, traduzindo, “O rei não erra”, essa fala contempla o momento histórico da época, onde o Rei jamais sofreria um processo de *impeachment* em virtude da teoria do direito divino que predominou durante o Estado Monárquico absoluto².

Já nessa época o instrumento tinha como finalidade a proteção da sociedade, visto que buscava impedir que sujeitos que abusaram e desmereceram da confiança popular permanecessem no poder³.

O instituto do impeachment no contexto norte-americano

Posteriormente, os Estados Unidos da América incorporaram à sua legislação o processo de *impeachment*, o instrumento no contexto norte-americano apresenta grandes diferenças quando comparado ao instrumento instituído na Inglaterra.

O *impeachment* estadunidense, ao contrário do inglês, possui natureza estritamente política, não criminal. “São de uma natureza que pode, com peculiar propriedade, ser denominada política, pois que se relacionam sobretudo com danos causados diretamente à própria sociedade”⁴.

Nos Estados Unidos, o *impeachment* presidencial está previsto na Constituição em casos nos quais fica comprovada traição (*treason*), suborno (*bribery*) e outros altos crimes e contravenções (*high crimes and misdemeanours*), consoante o disposto na Seção IV do artigo II da Carta.

A configuração idealizada pelos Federalistas para o processo de *impeachment* nos Estados Unidos permanece a mesma até os dias atuais. O Congresso é composto pelo Senado e pela Casa dos Representantes. Dessa forma, deve primeiro ser deflagrado e aprovado o processo de *impeachment* pela Casa dos Representantes, para, posteriormente, instaurar o julgamento do mérito sob a jurisdição dos senadores⁵.

1 PAFFARINI, Jacopo; OLIVIERO, Maurizio. *Impeachment: a origem e a circulação do modelo*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 18.

2 VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. *A Judicialização do Impeachment: um estudo sobre a hermenêutica constitucional na jurisprudência política do Supremo Tribunal Federal de Collor a Dilma*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016, p. 112.

3 VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. *A Judicialização do Impeachment: um estudo sobre a hermenêutica constitucional na jurisprudência política do Supremo Tribunal Federal de Collor a Dilma*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016, p. 113.

4 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 343.

5 PAFFARINI, Jacopo; OLIVIERO, Maurizio. *Impeachment: a origem e a circulação do modelo*. Curitiba: Alteridade, 2019, p. 87.

Na Constituição estadunidense, o artigo 2º, Secção 4, faz menção aos agentes que poderão ser submetidos ao processo do *impeachment*: “O Presidente, o Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos serão afastados dos cargos mediante impeachment, nos casos de traição, suborno ou outros crimes graves e más condutas”⁶.

É interessante observar que esse procedimento de *impeachment* composto de duas etapas foi emprestado do modelo Britânico que segue o mesmo perfil, impeachment pela “Casa dos Comuns” e julgamento e condenação pela “Casa dos Lordes”⁷.

O impeachment no ordenamento brasileiro

Depois dos Estados Unidos ter “emprestado” do direito britânico o instituto do *impeachment*, foi a vez do Brasil fazer a mesma reprodução. A influência do constitucionalismo norte-americano na formação da República brasileira foi tão forte, que em 1891 o sistema presidencialista é introduzido no Brasil. Pode-se observar aqui a figura de um direito realmente “baixado” de um sistema para o outro, visto que há uma exata reprodução do modelo norte-americano ao direito brasileiro⁸.

Conforme o artigo 53 da Constituição de 1891, se declarada a procedência da acusação, o Presidente seria afastado de suas funções e o julgamento seria atribuído ao Senado Federal⁹.

Inúmeras foram as Constituições brasileiras até os dias de hoje, e o instituto do *impeachment* foi modificado conforme a tonalidade política de cada momento. Atualmente, o instrumento se mantém presente na Constituição em vigor, e segue o mesmo padrão estabelecido pelos britânicos séculos atrás.

É determinado pela Constituição brasileira que a abertura do processo de *impeachment* deve ser aprovada pelo quórum de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados, e que a competência de atribuição do julgamento é do Senado Federal. No ordenamento jurídico atual, é a Lei 1.079, de 10 de abril de 1950, que regulamenta e tipifica os chamados crimes de responsabilidade, previstos no artigo 85 da Constituição Federal.

O IMPEACHMENT COMO UMA MANIFESTAÇÃO DO DIREITO TRANSNACIONAL

Conforme os ensinamentos de Koh, a melhor definição operacional do Direito transnacional, fazendo uso das figuras da era do computador, seria, o direito que provém do direito internacional para o direito doméstico, como por exemplo, um conceito próprio do direito internacional que é positivado no direito nacional. Além disso, existem normas que nascem em um Estado e que eventualmente podem vir a ser parte do direito internacional e se tornar presentes em diversos ordenamentos no mundo. Ademais, ainda se tem o direito que é emprestado ou transportado de um ordenamento jurídico para outro¹⁰.

6 RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. Barueri: Manole, 2006, p. 84.

7 BLACK JR, Charles Lund; BOBBITT, Philip. *Impeachment: a handbook, new edition*. New Haven: Yale University Press, 2018, p. 08.

8 PAFFARINI, Jacopo; OLIVIERO, Maurizio. *Impeachment: A Origem E A Circulação Do Modelo*. p. 163-164

9 BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1891.

10 KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. *Penn State International Law Review*, [S. L.], v. 24, n. 4, p. 745-753, 2006, p. 02.

Para Koh “o direito transnacional representa uma espécie de híbrido entre o direito doméstico e o direito internacional, que pode ser baixado, carregado ou transplantado de um sistema nacional para o outro”¹¹.

O instituto do *impeachment* começou como um instrumento doméstico criado pelos ingleses, foi emprestado pelos Estados Unidos anos depois, e mais tarde transportado para o Brasil e tantas outras nações. Portanto, percebe-se que a esfera transnacional pode estar presente no processo de *impeachment*, não apenas na sua história, mas também na esfera procedimental que rege o processo nos dias de hoje. “É importante perceber que a trajetória da evolução legal pode ser estudada como um processo de transnacionalização das leis”¹².

Interações globais são movimentos de informação, pessoas, dinheiro, objetos físicos e outros tangíveis e intangíveis através das fronteiras mundiais. Se distinguem quatro tipos principais de interação global:

I) comunicação, o movimento de informação, incluindo a transmissão de crenças, ideias e doutrinas. II) transporte, o movimento de objetos físicos, incluindo material de guerra e propriedade pessoal de crédito. III) Finanças, o movimento de dinheiro e instrumentos de crédito, IV) viagens, a circulação de pessoas¹³.

Para os autores, existem cinco grandes efeitos das interações transnacionais, dentre os quais, um é relevante para o presente artigo. O chamado “aumento da habilidade de certos governos de influenciarem outros”¹⁴. “O que se observa é que essas relações transnacionais aumentam a sensibilidade das sociedades umas às outras e, assim, alteram as relações entre os governos”¹⁵. A habilidade de um Estado de influenciar outro é recorrente nos dias de hoje, no entanto, está presente nas relações entre nações desde séculos atrás. Se não fosse pela influência que a Inglaterra exercia, mesmo depois da independência norte-americana, o instituto do *impeachment* não teria sido emprestado dessa nação, e posteriormente reemprestado tantas vezes mais.

A reconstrução da evolução jurídica no contexto nacional/local permite que se analise e perceba as questões em torno da transformação contínua do Estado¹⁶. “Perceber o direito como transnacional sugere que as experiências domésticas com o direito são pontos de referência cruciais”¹⁷.

A partir de institutos como o *impeachment* que surgem em contextos domésticos e são transportados ou internalizados em outros Estados, se percebe a necessidade de ver tais instrumentos com as lentes do direito transnacional para que se possa estudar tais regimes de uma maneira não completamente separada das políticas nacionais, mas como algo que emergiu delas¹⁸.

11 KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. New Haven: Yale Law School, 2006. p. 08.*

12 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 17.*

13 NYE JR, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. *Transnational Relations and World Politics: an introduction. University Of Wisconsin Press (The MIT Press), [S. L.], v. 25, n. 3, p. 329-349, p. 332.*

14 NYE JR, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. *Transnational Relations and World Politics: an introduction. University Of Wisconsin Press (The MIT Press), [S. L.], v. 25, n. 3, p. 329-349, p. 337.*

15 NYE JR, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. *Transnational Relations and World Politics: an introduction. University Of Wisconsin Press (The MIT Press), [S. L.], v. 25, n. 3, p. 329-349, p. 336.*

16 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 21.*

17 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 23.*

18 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism. Osgoode*

Saskia Sassen nos convida a olhar mais de perto para como o doméstico é o lugar central de tomada de decisões. Longe de sugerir um retorno ao estatismo, a autora sugere uma relação dinâmica entre os processos locais e o espaço emergente de regimes. É através dessa dinâmica o que os elementos físicos e intelectuais emergem para produzir assembleias globais sem fronteiras¹⁹.

Para Koh é a através da interação entre as nações que as normas jurídicas internacionais começam a aparecer dentro do Estado nacional, sendo muitas vezes internalizadas e incorporadas aos processos jurídicos e políticos domésticos²⁰.

OBSERVADORES TRANSNACIONAIS NO PROCESSO DE IMPEACHMENT

A partir da ideia do diálogo de fontes, por que não pensar em observadores transnacionais no processo de *impeachment*? Por que não ter juristas, doutrinadores e legisladores de outros países acompanhando o procedimento?

A pergunta que deve ser feita é: até que ponto o próprio direito ajuda a constituir a identidade de um Estado como aquele que obedece ao direito transnacional? Ao que tudo indica é perceptível que,

À medida que os atores transnacionais interagem, eles criam padrões de comportamento e geram normas de conduta externa que, por sua vez, se internalizam. Os Estados cumpridores da lei internalizam o direito internacional incorporando-se às estruturas jurídicas e políticas domésticas, por meio de ação executiva, legislação e decisões judiciais que levam em conta e incorporam as normas internacionais²¹.

É através da constância desse processo de interação e internalização que o direito internacional adquire sua aderência, que as nações adquirem sua identidade e que os países definem a promoção do direito internacional como parte de seu próprio interesse nacional²².

É interessante pensar em atores transnacionais no processo de *impeachment*, eles não teriam decisões ou pareceres vinculantes, em vistas a preservar a soberania do Estado, porém, seria possível abrir o debate para a esfera global. Uma decisão em favor de um *impeachment* não é algo que reflete apenas no contexto interno do país. Essa ideia visa estimular a interação jurídica transnacional, na qual o procedimento em debate pode ser “desafiado” e estudado por outras nações e atores não governamentais. Trazer uma faceta transnacional aos processos de *impeachment* seria uma forma de garantir uma menor politização do instrumento, e uma seriedade que há anos já não se observa mais no contexto brasileiro, se é que em algum momento se observou. Para o autor Peter Zumbansen:

Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 31.

19 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism*. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 33.

20 KOH, Harold H. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series. Paper 2096*. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 205.

21 KOH, Harold H. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series. Paper 2096*. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 204.

22 KOH, Harold H. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series. Paper 2096*. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 204.

A relação difícil entre a sociedade e a sociedade mundial, entre o nacional e o global, não deve ser vista como uma ameaça, mas como um elemento inerente à constituição dos espaços jurídicos. Nessa perspectiva, o transnacional refere-se ao outro do direito, que desafia, mas simultaneamente reconhece suas relações aprendidas localmente com estruturas concretas de imersão, com experiências particulares de evolução histórica e diferenciações contextuais²³.

Mesmo que a tendência nos dias de hoje seja minimizar a participação dos Estados, eles eram e ainda são os atores mais importantes no que tange à assuntos mundiais, há diversas interações globais que são iniciadas e sustentadas inteiramente, ou quase inteiramente por Estados-nações²⁴.

O que se percebe é que a identidade de um Estado não é imutável. Assim como os interesses nacionais, as identidades nacionais são produtos socialmente construídos de aprendizagem, conhecimento, práticas culturais e ideologia²⁵. Ao invés de pensar que o direito transnacional enfraquece a soberania do Estado, acredito que dever-se-ia perceber essa esfera do direito como um complemento, uma promessa de esperança. Nós podemos reconhecer e entender a lei apenas na sua inserção em um determinado ambiente institucional ou nós vemos a lei pela sua função na sociedade?²⁶

O presente artigo não visa apresentar um projeto de como seria o processo de impedimento com atores transnacionais envolvidos, no entanto, busca abrir o debate para a possibilidade, demonstrar que não só é possível, como também necessário. Perceber o direito transnacional é entender que, assim como tem acontecido em diversas cortes e tribunais ao redor do globo, “as decisões domésticas não representam mais paradas finais, apenas estações de passagem, em um processo jurídico transnacional de execução complexa”²⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusivamente, a partir das fontes estudadas, é possível afirmar que o procedimento de *impeachment* surgiu na Inglaterra e já nessa época tinha como finalidade a proteção da sociedade, ademais, possuía natureza penal, e não política.

Na sequência, o procedimento de *impeachment* foi emprestado do sistema jurídico inglês e implantado ao sistema norte-americano com suas especificidades próprias. Destaca-se que o instrumento no contexto estadunidense nasce possuidor de natureza política, e não criminal. Até hoje, a configuração idealizada pelos Federalistas para o processo de *impeachment* nos Estados Unidos permanece a mesma. É importante ressaltar que a adesão do processo de *impeachment* nos Estados Unidos serviu como objeto de inspiração para instituir o que viria a ser o instrumento no Brasil.

No Brasil, a influência do constitucionalismo norte-americano na sua formação foi tão forte, que em 1891 o sistema presidencialista é introduzido no território e com ele o procedimento

23 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism*. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 24-25.

24 NYE JR, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. *Transnational Relations and World Politics: an introduction*. University Of Wisconsin Press (The MIT Press), [S. L.], v. 25, n. 3, p. 329-349, p. 332.

25 KOH, Harold H. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series. Paper 2096*. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 202.

26 ZUMBANSEN, Peer. *Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism*. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011, p. 14.

27 KOH, Harold H. *Transnational Legal Process. Faculty Scholarship Series. Paper 2096*. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 199.

de *impeachment*. O instituto sofreu inúmeras mudanças até os dias de hoje, mas, atualmente, se mantém presente na Constituição em vigor, e segue o mesmo padrão estabelecido pelos britânicos séculos atrás.

É possível concluir que a esfera transnacional pode estar presente no processo de *impeachment*, não apenas na sua história, mas também na esfera procedimental que rege o processo nos dias de hoje. As nações adquirem sua identidade a partir da interação com outras nações, observando o lugar doméstico como o lugar central de tomada de decisões. Dessa forma, a reconstrução da evolução jurídica no contexto nacional permite que se perceba as questões em torno da transformação contínua do Estado.

Por fim, buscando inovar e adequar os institutos dentro do sistema constitucional em um contexto transnacional, é imperioso pensar em atores transnacionais no processo de impedimento, para que assim, haja a interação jurídica, na qual o procedimento pode ser desafiado e estudado por outras nações e atores não governamentais.

REFERÊNCIAS

BLACK JR, Charles Lund; BOBBITT, Philip. *Impeachment: a handbook, new edition*. New Haven: Yale University Press, 2018.

BRASIL. [Constituição (1891)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 jun. 2022.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Faro Editorial, 2021. 464p.

KOH, Harold Hongju. *Why Transnational Law Matters*. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. New Haven: Yale Law School, 2006. p. 745-753. Disponível em: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1678&context=psilr>. Acesso em: 14 set. 2022.

KOH, Harold H. *Transnational Legal Process*. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996, p. 184.

NYE JR, Joseph Samuel; KEOHANE, Robert Owen. *Transnational Relations and World Politics: an introduction*. University Of Wisconsin Press (The MIT Press), [S. L.], v. 25, n. 3, p. 329-349, 1971. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364783/mod_resource/content/1/keohane-nye_1971.pdf. Acesso em: 14 set. 2022.

PAFFARINI, Jacopo; OLIVIERO, Maurizio. *Impeachment: a origem e a circulação do modelo*. Curitiba: Alteridade, 2019.

RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar*. Barueri: Manole, 2006.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. *A Judicialização do Impeachment: um estudo sobre a hermenêutica constitucional na jurisprudência política do Supremo Tribunal Federal de Collor a Dilma*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

ZUMBANSEN, Peer. Defining the Space of Transnational Law: legal theory, global governance, and legal pluralism. Osgoode Hall Law School, [S. L.], v. 7, n. 5, p. 02-37, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1059&context=clpe>. Acesso em: 14 set. 2022.

**A importância da aplicação de
políticas públicas para a redução de
mortes no trânsito**

**The importance of applying public
policies to reduce traffic fatalities**

Clayton Carneiro Alexandre

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.9

RESUMO

Os acidentes de trânsito podem ser evitados em grande medida se o indivíduo tiver a educação relevante sobre segurança no trânsito. Por esta razão, a educação no trânsito para as crianças é essencial, não só para evitar que elas sofram algum tipo de acidente na estrada, mas que no futuro se tornem adultos responsáveis como pedestres, motoristas, ciclistas e passageiros. Em uma sociedade profundamente urbanizada como a que caracteriza a maioria dos países do mundo atualmente, inclusive o Brasil, com um tráfego veicular crescente e complexo, é necessário que a educação para o trânsito ocorra desde a tenra idade. Neste contexto, o objetivo principal do trabalho é evidenciar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito. De forma específica este trabalho buscou discorrer sobre os acidentes de trânsito no Brasil; pesquisar sobre a implementação das políticas públicas; e, explicar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito. Desse modo, esse estudo buscou relacionar autores que permeiam seus estudos nessa esfera, bem como analisar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito. Além de livros, foram examinados sites e artigos que fundamentem a clareza da temática. Concluiu-se que o que é mais importante é gerar políticas com o objetivo de colocar a segurança do usuário antes da mobilidade destes são e serão as receitas que farão dos acidentes rodoviários uma má memória do passado num futuro próximo.

Palavras-chave: trânsito. política pública. moralidade.

ABSTRACT

Traffic accidents can be largely avoided if the individual has the relevant education on road safety. For this reason, traffic education for children is essential, not only to prevent them from having some kind of accident on the road, but also to become responsible adults in the future as pedestrians, drivers, cyclists and passengers. In a deeply urbanized society like the one that characterizes most countries in the world today, including Brazil, with a growing and complex vehicular traffic, it is necessary that traffic education occurs from an early age. In this context, the main objective of the work is to highlight the importance of applying public policies to reduce traffic deaths. Specifically, this work sought to discuss traffic accidents in Brazil; research on the implementation of public policies; and, explain the importance of applying public policies to reduce traffic deaths. Thus, this study sought to relate authors who permeate their studies in this sphere, as well as to analyze the importance of applying public policies to reduce traffic deaths. In addition to books, websites and articles that support the clarity of the theme were examined. It was concluded that what is most important is to generate policies with the objective of putting user safety before their mobility are and will be the revenues that will make road accidents a bad memory of the past in the near future.

Keywords: traffic. public policy. morality.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade profundamente urbanizada como a que caracteriza a maioria dos países do mundo atualmente, inclusive o Brasil, com um tráfego veicular crescente e complexo, é necessário que a educação para o trânsito ocorra desde a tenra idade, não só para que os jovens

sejam condutores responsáveis e prudentes no futuro, de motocicletas ou carros, mas também porque eles são pedestres e ao dirigir suas bicicletas.

Conhecer as regras de trânsito, e aquelas que o pedestre deve respeitar como atravessar na faixa de pedestres, quando existir; saber interpretar os sinais de comunicação de trânsito, adotando as medidas de segurança necessárias, como usar capacetes para andar de bicicleta ou de moto ou cintos de segurança em carros, pode salvar suas próprias vidas, enquanto a educação em segurança no trânsito em geral pode evitar tantos acidentes de trânsito tais como aqueles que a população é obrigada a lamentar todos os dias.

A principal questão que norteia esse trabalho é: Qual a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito?

O objetivo principal do trabalho é evidenciar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito. De forma específica este trabalho buscou discorrer sobre os acidentes de trânsito no Brasil; pesquisar sobre a implementação das políticas públicas; e, explicar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito.

A metodologia deste trabalho foi embasada, de modo geral, em conceitos que atendem a pesquisa com seu tema principal, desse modo, o atual estudo terá abordagem quantitativa exploratória. Desse modo, esse estudo buscou relacionar autores que permeiam seus estudos nessa esfera, bem como analisar a importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito. Além de livros, foram examinados sites e artigos que fundamentem a clareza da temática.

DESENVOLVIMENTO

Acidentes de trânsito no Brasil

Segundo o Ministério da Saúde (2005), a violência no trânsito é um dos mais importantes problemas de saúde pública mundial, sendo que, o Brasil é um dos países com maiores índices de acidentes de trânsito. Confirmando as informações do Ministério da Saúde, o IPEA (2015) também aponta que a violência no trânsito é um dos mais importantes problemas de saúde pública no Brasil. No nosso país, os acidentes de transporte terrestre matam aproximadamente 43 mil pessoas por ano, segundo os dados do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (Datapus), do Ministério da Saúde (MS), representando uma das principais causas de morte no país. Segundo Paulino (2010), no período de 2003 a 2012, ocorreram mais de 536.000 mortes por violência no trânsito. Esses dados colocam o Brasil na posição entre os países com maior morbimortalidade no trânsito;

Souza e Souza (2014), demonstram também que os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2009) mostram que, nos últimos cinco anos que foram coletados dados, a taxa brasileira de mortes no trânsito era em torno de 20/100.000 habitantes, bem superiores às taxas das Américas (15,8), Europa (13,4) e de outros países do Mercosul, como Argentina (13,7) e Uruguai (4,3). Os números dos acidentes de trânsito se traduzem em custos enormes. Conforme relatório realizado pelo IPEA (2015), apenas em 2014, ocorreu 170 mil acidentes em rodovias do país, com 8 mil mortes e mais de 100 mil feridos. “64,7% dos custos desses acidentes estavam

associados diretamente às vítimas, relacionados aos cuidados de saúde e perda de produção laboral”.

Souza e Minayo (2014) revelam em sua obra que cerca de dois terços dos leitos hospitalares dos setores de ortopedia e traumatologia são ocupados por vítimas do trânsito.

De acordo com o IPEA (2015), as causas diretas mais comuns provenientes dos condutores são: Falta de atenção; Velocidade incompatível; Ultrapassagem indevida; Ingestão de álcool; e, Desobediência à sinalização. Souza e Minayo (2014) revelam que, no Brasil, já são demasiadamente conhecidas às causas consideradas mais comuns de acidentes fatais, atribuídas aos condutores. Além de reforçarem as causas citadas anteriormente, apontam ainda: Impunidade quanto às infrações; Fiscalização deficiente ou corrupta e sem caráter educativo da legislação; e, Uso do veículo como demonstração do poder e virilidade.

Observa-se que a maioria das causas de acidentes fatais nas vias ocorre por culpa do próprio condutor. Todavia, esses fatores não podem ser isolados da falta de investimentos públicos, econômicos e sociais na qualidade dos veículos, vias públicas e das estradas, elementos que deveriam ser pensados para preservar e garantir a segurança dos cidadãos.

Dirigir no Brasil atualmente é uma prática extremamente arriscada, como relata Lucena (2019), embora o país possua um código de trânsito (CTB), com leis preestabelecidas e aprovadas por todos os órgãos responsáveis, e por mais que as maiorias das pessoas busquem cumprir as leis e regras do trânsito, constantemente encontram as pessoas estressadas, irresponsáveis e que não possuem nenhum compromisso com as leis de trânsito (COUTO, 2016).

São evidentes e públicas, as declarações feitas pelas entidades públicas, referentes ao número de acidentes crescente, resultantes da imprudência de algum motorista, ou pela irresponsabilidade ao volante devido ao uso do celular ou por dirigir embriagado. O crescente número de vítimas inocentes no trânsito brasileiro chega a proporções alarmantes (LUCENA, 2018).

Atualmente o Brasil é um dos países que mais se registra mortes no trânsito no mundo. Os grandes números de registro de mortes no trânsito levaram as casas legislativas do país a aprovarem em 1997 o código de trânsito brasileiro, que estipula regras e novas condutas aos trafegantes das vias urbanas do país.

Com a grande crescente da indústria brasileira, impulsionada pelo marco da revolução industrial e a ascensão da economia brasileira, cada vez mais a população nacional se viu em condições de adquirir seus próprios veículos, para uma comodidade melhor em suas vidas sociais, percebendo assim o aumento de número de veículos que trafegam pelas estradas; entretanto os planejamentos e investimentos no sistema rodoviário e no tráfego urbano não acompanharam tal crescimento, nem tão pouco o investimento foi suficiente. Assim o agravante da saúde pública iniciou um aclave, que só o fez aumentar índices não se faziam bons (MAURO, 2001).

O crescimento de número de carros é de esfera mundial, porém as políticas de planejamentos viários urbanos do Brasil, não seguiu o mesmo ritmo. Em contrapartida países considerados desenvolvidos e com as maiores frotas de veículos foram os pioneiros no quesito de implementação de novas políticas com a intenção de diminuir os números que só cresciam. No ano de 2008 foram registradas aproximadamente 36 mil mortes, resultante dos acidentes de trânsito no país (BRASIL, 2010). Isso ocasionou no mesmo ano um custo aproximado de 31 bi-

lhões de reais, o que correspondeu à cerca 3% do PIB brasileiro. Em números, observou-se que o Brasil é até cinco vezes mais letais do que países desenvolvidos se compararmos o mesmo ano (BASTOS, 2006).

Levando em consideração os dados disponíveis para consulta, o Brasil tem aproximadamente 57mil mortes por acidentes de trânsito, para 89 milhões de pessoas. Nos estados unidos os números são de 37mil para mortes em trânsito para 300 mil habitantes, já em países da união europeia os números são de 38 mil mortos para 498 mil pessoas. Comparado o coeficiente, o Brasil varia de duas a três vezes com maior taxa de mortes (CNM, 2009).

O trauma resultante dos acidentes de trânsito implica em consequências sociais e econômicas para o indivíduo, temporárias ou definitivas, além de uma recuperação que pode se dar por demorada, isso tudo influenciado pela gravidade do incidente. Mesmo em casos onde não se consegue distinguir a intenção do acidente entre vítima e autor, existem fatores que podem ser levados em consideração como: ultrapassagens proibidas desrespeito a sinalização preexistente, excesso do limite de velocidade.

Se o motorista, prevendo um resultado, busca o mesmo e o quer, ou mesmo, sendo previsível o resultado, assume o risco de produzi-lo, tem uma atitude diagnosticada como criminosa e de máxima a gravidade, pois estaria presente o dolo (direito ou eventual). Desta forma, os condutores de veículos, em número expressivo, são responsáveis pelos acidentes de trânsito e seus resultados, e, por esses, devem ser responsabilizados, dentro do que estipula a lei, para que o exemplo seja entendido pelos demais motoristas. No caso, a impunidade é o pior reflexo para ocasionarem acidentes de trânsito, pois incentiva o infrator (SOUZA, 1998 p. 50 *apud* LIRA, 2011 pp. 20-21).

Se tratando de acidentes de trânsito, mesmo tendo um conceito de evitáveis é comum vermos diversos casos de imprudência em várias regiões do país. Onde por fatalidade algumas acabam influenciando negativamente para a vida de algum de seus envolvidos eventualmente. Mesmo com a reformulação das leis de trânsito no ano de 1998, onde sua principal ênfase se dá na prevenção, os números de acidentes cresceram em uma estimativa maior do que o esperado porem o número de óbitos diminuiu segundo dados do SUS que comparam as capitais do país divulgado em 2018 (BRASIL, 2018). O implemento de lombadas eletrônicas, lombadas fixas, e a forte atuação da lei seca, contribuiu para o índice de mortalidade baixo nos últimos 8 anos.

Pelo segundo ano consecutivo, o número de óbitos por acidentes de trânsito no país apresentou queda. Dados preliminares do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde apontaram uma redução de quase 10% neste índice. O número caiu de 38.651, em 2015, para 34.850, no ano passado. Desse total, 1/3 das vítimas eram motociclistas. Eles, também, representaram o maior percentual de internações (58%). Por outro lado, houve aumento de 14% nas internações, de 158.728 em 2015 para 180.443 em 2016 (BRASIL, 2017 s.p.).

De acordo com a Redação do Jornal da USP (2018 p. 21), “os acidentes de trânsito se configuram como grave problema de saúde pública no País. Essas emergências têm, porém, um aspecto particular: a maioria delas é evitável”. Oliveira (2019) explica que, excesso de velocidade, falta de atenção e desobediência à sinalização também têm destaque nas causas dos acidentes de trânsito.

Implementação de políticas públicas

O Estado está na moda e, com ele, as políticas públicas. Após o fracasso das políticas neoliberais das décadas de 1980-1990, importantes movimentos sociais - como o movimento

indígena na América Latina—, organizações não governamentais e outras associações da sociedade civil o colocaram novamente no centro dos processos políticos. Embora seja verdade que esse interesse pelo público não seja novo, suas manifestações mudaram e, ao que parecem, todos têm algo a dizer sobre as políticas governamentais (MINTROM; WILLIAMS, 2013).

Tradicionalmente, sindicatos e corporações negociavam políticas setoriais (sociais, econômicas etc.) com os governos no poder. Hoje, por sua vez, comunidades, grupos de reflexão, agências de cooperação internacional e universidades procuram influenciar as políticas de “desenvolvimento sustentável”, “migração” e “intercultural”. No entanto, essa forma de apropriação do político pelos cidadãos traz consigo um risco de alongamento conceitual que não contribui para a compreensão das questões, das interações sociopolíticas, das estruturas institucionais e dos processos que as atravessam. Isso torna necessário, tanto para os gestores políticos quanto para seus observadores, encontrar novas ferramentas e métodos de análise, de acordo com essa complexidade, que levem em conta a diversificação dos atores envolvidos no processo político. Esse é o propósito deste livro.

O surgimento da análise de políticas públicas como campo de estudo acadêmico acompanhou a organização da administração pública moderna e a vontade de fortalecer o governo federal dos Estados Unidos, com o governo democrata de Thomas Woodrow Wilson (1913-1921). Respondeu à necessidade de profissionalização dos funcionários públicos, segundo uma lógica de “racionalidade jurídica instrumental” (WEBER, 2002).

Essa tendência começou na década de 1930, com a adoção do “New Deal” de Franklin Delano Roosevelt, e se acelerou após a assinatura dos acordos de Bretton Woods entre os Estados Unidos e os países da Europa Ocidental, em 1944. Após a Segunda Guerra Mundial, o que foi inicialmente uma mera coleção de estudos técnicos foi estruturado em um campo acadêmico nos cursos universitários de direito, ciência política e economia. Um maior grau de especialização e profissionalização foi alcançado com a criação de escolas de administração e carreiras afins (especializadas em governo, políticas públicas, relações públicas e administração pública), dependendo do país, algumas destinadas a ocupar um lugar privilegiado no mundo, como o Kennedy School of Government da Universidade de Harvard (ALISON, 2006).

Simultaneamente, multiplicaram-se os programas de pesquisa sobre políticas setoriais, particularmente políticas sociais (educação, saúde, família etc.) e industriais, entre outras coisas para dar maior legitimidade ao governo. É claro que a análise de políticas públicas se tornou um exercício essencial, para subsidiar a tomada de decisões e o conjunto de processos relacionados à ação do Estado.

A institucionalização do estudo das políticas públicas permitiu o surgimento de novas teorias e o aprimoramento dos métodos de análise. Por detrás desta institucionalização, estava em causa a otimização da despesa pública, num contexto de crescimento econômico que se prolongaria até meados da década de 1970. A reconstrução das infraestruturas dos países afetados pela Segunda Guerra Mundial, a expansão do consumo de massa, que acompanhou a explosão demográfica e foi viabilizado pela organização fordista do trabalho, foram os vetores desse modelo “keynesiano” de desenvolvimento. O investimento público sustentou a procura de bens e serviços, o que garantiu o crescimento econômico e o pleno emprego a curto e médio prazo. Esta foi retomada pelos economistas da CEPAL chefiados por Raúl Prebisch, na década de 1950, para complementar o modelo de industrialização por substituição de importações pro-

movida na década anterior (FRANCO; LANZARO, 2006).

Dessa forma, a análise das políticas forneceu aos gestores e executores das políticas elementos de julgamento para tomar as decisões corretas, monitorar sua execução e, eventualmente, avaliar seus impactos, pois governar por políticas era mais sistemático do que governar pelo senso comum (AGUILAR, 1992). Em um artigo seminal para a disciplina (LASSWELL, 1992), Harold Lasswell observou que as ciências sociais manifestavam um interesse crescente pela política à medida que crescia o interesse da sociedade pela política, e que essa “orientação política” era marcada pela aspiração da Academia e dos cidadãos a um maior envolvimento nos processos políticos.

Esse interesse manifestado mesmo por profissionais formados em disciplinas tradicionalmente alheias aos estudos políticos - como psicologia e antropologia - levou a uma grande heterogeneidade de referenciais teóricos, objetos e metodologias, o que dificultou a comparação entre os estudos de caso. Para Lasswell, um conhecimento dos processos políticos só fazia sentido se fosse colocado a serviço da tomada de decisões, portanto a “ciência da política” que ele imaginava deveria ser erigida em um conhecimento do processo político e na relevância do conhecimento em o último (LASSWELL, 1970).

Como essa análise respondia a uma preocupação pública de consolidar a democracia e facilitar o crescimento econômico, ela teve que ser colocada a serviço de um regime (democracia representativa) e um modelo de desenvolvimento (capitalismo industrial) intimamente relacionado. Desde o início, essa orientação política teve então um caráter teleológico, ocorrendo no contexto da vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial e nos primeiros anos da Guerra Fria.

A derrota do totalitarismo na Alemanha, depois o confronto entre dois sistemas econômicos —capitalismo e socialismo— e dois regimes políticos— a democracia representativa ocidental e as chamadas “democracias populares” do Leste Europeu e da União Soviética— deram origem à análise de as políticas um papel político nos Estados Unidos, na Europa Ocidental e, posteriormente, na América Latina. Simultaneamente, a disciplina em gestação deparou-se com o problema da distinção entre a análise “das” políticas e a análise “nas” políticas, que foi introduzida pelo próprio Lasswell, para marcar a complementaridade entre as dimensões descritiva e prescritiva da análise política.

Essa profissionalização da burocracia estatal levou a uma crescente especialização, que deveria estar a serviço do poder executivo, para garantir a defesa do interesse geral. Para sustentá-la, era preciso sistematizar o conhecimento sobre suas práticas, suas funções e suas modalidades de recrutamento. O desenvolvimento do estado de bem-estar social e o esforço financeiro, logístico e diplomático envolvido na mobilização dos Estados Unidos e seus aliados na Segunda Guerra Mundial reforçaram a necessidade dessa experiência, particularmente porque o planejamento plurianual se tornou uma ferramenta estratégica do governo.

A análise de políticas diz respeito tanto à evolução do Estado contemporâneo e aos fundamentos de sua legitimidade quanto à transformação da sociedade e da economia. No entanto, o contexto em que se basearam as bases da análise de políticas públicas mudou. O contexto atual é o de uma economia globalizada e amplamente desregulada, com grupos políticos regionais cada vez mais influentes nas dinâmicas institucionais e sociedades civis cada vez mais envolvidas nos processos políticos. Não podemos abordar as políticas públicas hoje como fazia-

mos há cinquenta anos, pois o Estado passou por uma metamorfose sem precedentes desde o último quartel do século XX. Não podemos explicar a ação pública de hoje sem compreender as transformações do Estado no contexto da globalização.

Não é necessário voltar às circunstâncias e modalidades do desenvolvimento do Estado moderno, como fazem os historiadores, mas é essencial levar em conta as contribuições analíticas e teóricas da sociologia, da ciência política e da economia. É claro que esse menu epistemológico não deixa de levar em conta os avanços de outras disciplinas ou campos de estudo (como antropologia, relações internacionais, direito ou ecologia política), dependendo do tipo de política que nos interessa. Mas é o cardápio básico para enfrentar o desafio de uma ciência social em sua fase de amadurecimento intelectual.

Uma das definições de políticas públicas utilizadas pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) no conjunto de políticas públicas as define como um sistema de decisões públicas voltadas para ações ou omissões, preventivas ou corretivas, visando manter ou modificar a realidade. De um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de ação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos, pois o objetivo aqui é o uso do poder estatal para cumprir a agenda demandada pela sociedade por meio de uma série de medidas governamentais (BATISTA *et al.*, 2019).

Ainda de acordo com a ENAP (2018a), cada política pública passa por sete etapas:

- Na fase da agenda, um conjunto de fatos sociais passou a ser considerada uma questão pública por suas implicações e agora justifica a intervenção pública.
- A elaboração, que consiste na delimitação do problema, determinação de possíveis soluções e avaliação dos custos e efeitos de cada uma delas.
- A formulação, que seleciona a alternativa considerada mais conveniente e define seus objetivos e outros detalhes.
- A implementação, que consiste no planejamento e organização do aparato administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários à execução de uma política.
- Execução, que é o conjunto de ações que visam atingir as metas estabelecidas pela política. É colocar em prática a política.
- A monitorização, que é o processo sistemático de supervisão da execução de uma atividade, que visa fornecer as informações necessárias para introduzir eventuais correções de forma a assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos.
- A avaliação, que consiste na medição e análise, a posteriori, dos efeitos produzidos.

Para definir o que é uma política pública, temos que distinguir entre duas fontes de significado. Há um sentido que vem da Constituição, das leis ou dos programas explícitos, tudo produzido pelo Estado, mas não podemos supor que a definição dada por essas fontes seja a definição válida, ainda que seja aquela utilizada por atores políticos e administrativos. Ao nível da análise, este não é o problema, o que devemos fazer é medir o grau de precisão e a utilidade para o processo político da definição dada por uma lei, um órgão do Estado. Mas para medir isso, precisamos de algo mais e temos que nos localizar em um ponto fixo, a partir do qual podemos

comparar o que é dito em um lugar ou outro, em um momento ou outro, sobre a natureza de uma política. Na verdade, muitas vezes é muito confuso.

Isso alude à relação entre a abordagem teórica privilegiada, o tipo de problemas tratados ou a prioridade dada a esses problemas e as respostas a esses problemas. Os três aspectos estão relacionados entre si, não há posição neutra ou objetiva: todas as posições são discutíveis. O mais objetivo que podemos alcançar é uma discussão entre posições subjetivas. Afinal, nossa definição de política pública deve ser passível de discussão, em contraste com a definição de nosso interlocutor. Há objetividade, não que tenhamos uma definição objetiva, nem ele ou ela.

Portanto, o governo, o Tribunal Constitucional ou a Assembleia Nacional não são mais qualificados que a organização social para definir uma política pública. Não é porque o funcionário do Estado é responsável pela política que ele sabe melhor analisá-la. Para iniciar a discussão sobre a relação entre o político, a política e as políticas, perguntemo-nos como, no senso comum, se coloca o problema das políticas públicas ou se há uma preocupação com as políticas públicas. Em geral, as políticas públicas são consideradas variáveis independentes da vida social, política e econômica de um país; eles são considerados como um elemento explicativo dos problemas enfrentados por uma sociedade em um determinado momento.

Nesse sentido, uma política pública é uma resposta a demandas (implícitas ou explícitas), que correspondem, conforme o caso, os direitos ou necessidades. Para a antropologia, a política de educação intercultural é uma resposta à necessidade da população indígena de ter seus próprios programas, materiais, professores e pedagogia que respeitem sua identidade cultural e seu direito à diversidade. Para a economia, a política econômica é uma resposta às necessidades da população de beneficiar das trocas comerciais e do aparelho produtivo em termos de emprego, acesso a bens e serviços, bem-estar etc.

Para a ecologia, a política ambiental é uma resposta ao direito da população de ter um ambiente saudável e livre de poluição, eventualmente para contribuir para a preservação da diversidade das espécies biológicas (incluindo a espécie humana). Para os artistas, a política cultural é uma resposta à demanda por um ambiente criativo que garanta acesso ao espaço público, maior divulgação de suas obras e, eventualmente, financiamento público.

O ponto comum a essas abordagens é que uma política não é um problema em si, mas sim a resposta a um problema ou parte de um problema mais geral, que pode ser o racismo, a pobreza, a crise ambiental ou a proteção do patrimônio cultural de uma nação. Agora, seria de se esperar ter insumos para entender sobre o que as políticas públicas estão sendo discutidas. Se alguém faz um curso sobre políticas de gênero, primeiro está interessado em ver se existe uma política de gênero em um determinado país, depois se essa política é uma política setorial (com seu respectivo órgão estadual responsável) ou se é um eixo transversal entre outros (com contrapartida vaga no organograma do governo ou na administração pública).

A questão de como delinear o escopo e o escopo da análise surge naturalmente. Isso começa definindo o que são políticas públicas. Assimilar a política pública à solução de problemas, como Lasswell (1970) colocou, é um tanto reduutivo. Na realidade, há atividades que não consistem em resolver problemas (como planejamento e muitas tarefas de gestão ou administração), embora façam parte das políticas públicas. Assim, a forma de fazê-lo consiste em resolver problemas ou conflitos internos (entre os membros da comunidade) e externos (com outras comu-

nidades) e planejar a organização social, a ocupação do espaço, as relações de trabalho (etc.). Isso leva a uma dupla visão do papel do Estado como regulador, pois como autoridade pública é responsável pelo processo político e detentor do monopólio legítimo da força física (WEBER, 2002), ou como coordenador (como ator *primus inter pares*). A definição mais geral é: tudo o que um governo decide fazer ou não fazer (DYE, 2011), o que não deve ser confundido com: tudo o que um governo faz ou deixa de fazer.

Com isso, não podemos ir longe, pois pensar que qualquer ação do Estado (mesmo por omissão) seja uma política pública é algo aproximado. É também uma definição tendenciosa, pois atribui ao Estado à exclusividade da política pública, o que é discutível. De fato, essa abordagem básica, que parece preliminar, continua sendo objeto de intensos debates entre as diferentes escolas que surgiram à medida que a disciplina foi formada e estruturada. Uma definição mais precisa de política pública é qualquer ação tomada para resolver um problema público, que exclua uma série de atividades estatais e inclua atores não estatais (DUNN, 1981).

Analisar uma política pública equivale a perguntar como passamos de uma situação A para uma situação B por meio da ação do Estado. Em seu sentido mais amplo, “uma política pública é o resultado da atividade de uma autoridade investida de poder público e legitimidade governamental [...] ela se apresenta na forma de um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou mais vários atores públicos» (MÉNY; THOENIG, 1992). Portanto, política pública não deve ser confundida com iniciativas privadas como filantropia e responsabilidade corporativa, caridade religiosa ou ações humanitárias não governamentais.

Como atividade de governo, uma política pública também é diferente de uma atividade isolada como um programa de desenvolvimento, um projeto de urbanização ou uma campanha de informação. Nesse sentido, podemos supor, com Yves Mény e Jean-Claude Thoenig, que uma política pública se caracteriza por um conteúdo que gerará produtos ou resultados, um programa que se insere em um quadro geral de ação, uma orientação normativa que expressa a os propósitos e as preferências do decisor, uma dimensão coercitiva que advém da autoridade legal e uma competência social que engloba os atos suscetíveis de afetar determinado público.

Por outro lado, o impacto da execução dessas decisões sobre o conteúdo de uma política depende das burocracias públicas, “principais executores” das decisões governamentais (MÉNY; THOENIG, 1992). Este impacto, por sua vez, coloca o problema da coordenação das redes das organizações e fica à mercê de cenários de mau funcionamento, que incluem a adaptação às situações locais e a aplicação estrita de decisões ou acordos negociados com “clientes”, em função dos custos de oportunidade, ou seja, o benefício ou o custo marginal que a mudança pode acarretar, em relação à permanência ou continuidade de uma política.

Uma política pública materializa-se em alguns dispositivos tangíveis, que regulam um setor da sociedade ou uma atividade, e são elaborados por atores, indivíduos e grupos, instituições públicas e organizações internacionais (MASSARDIER, 2003). Introduzindo um grau adicional de complexidade, uma política pública pode ser interpretada como um conjunto de decisões e atividades que resultam de interações entre atores públicos e privados, cujos comportamentos são influenciados pelos recursos disponíveis e por regras institucionais que dizem respeito tanto ao sistema político quanto ao âmbito setorial de intervenção (MULLER; SUREL, 1998).

Esta última definição abre espaço para a quádrupla dimensão de uma política pública:

a decisão, as interações, os recursos e as regras. A diversidade de definições e as variações de complexidade que as caracterizam mostram que uma política pública «não é, pois, um dado, mas um facto construído pela investigação» (MULLER, 2006). Como objeto de análise, uma política pública é um fenômeno social e político específico, fundamentado empiricamente e construído analiticamente (THOENIG, 2010), um objeto social mutável (MASSARDIER, 2003).

Por fim, é importante saber de que tipo de política estamos falando para entender como ela foi formulada (ou seja, em que condições, quais problemas foram privilegiados, com quais atores) e depois como foi executada (ou seja, com quais dificuldades e obstáculos). São as políticas que geralmente condicionam os debates de ideias e políticas (as políticas fazem a política), e não as ideias que orientam as políticas públicas (LOWI, 1972).

Embora seja verdade que o estudo das políticas públicas tenha nascido de forma pragmática a partir da análise da decisão, das estratégias dos atores e organizações e das dificuldades de executá-las, a análise do fracasso das políticas públicas levou a uma melhor compreensão sua execução, em termos de eficácia e eficiência (LASCOUMES; LE GALÈS, 2009). Desde o final da década de 1990, esse campo assumiu uma nova importância tanto para a comunidade política quanto para a academia. O raciocínio marginalista tem sido aplicado a muitas áreas da vida política, como orçamento, diretrizes do Congresso dos EUA, negociações diplomáticas etc.

Entre os herdeiros mais proeminentes de Lindblom está Aaron Wildavsky (1930-1993), que estudou com ele e se formou doutorado em ciência política por Yale em 1958, com uma tese sobre a distribuição do poder nos Estados Unidos, publicada sob o título Dixon-Yates: Um Estudo em Política de Poder (1962). Em 1963, estabeleceu-se na Universidade da Califórnia, onde se especializou em análise de políticas e passaram os trinta anos seguintes analisando a política fiscal e o orçamento do estado. A tese de Wildavsky em *The Politics of the Budgetary Process* (1964) e nove outros livros que publicou sobre o assunto é que o “incrementalismo” em um sistema político democrático deriva da necessidade de comprometer impostos e gastos públicos (JONES, 1995).

Segundo ele, o orçamento do Estado está no centro do processo político e é essencialmente o produto de decisões anteriores. Nesse sentido, instrumentos como o PPBS estão fadados ao fracasso, pois tentam modificar o orçamento de forma isolada do restante do processo político (PREMFORS, 1981). Wildavsky assume a dupla dimensão do incrementalismo, como método de cálculo inspirado no raciocínio marginal, e como processo que coloca os participantes em relação e dá origem a acordos por “pequenos passos”.

Suas análises se baseiam em três pares de conceitos: a tensão entre recursos e objetivos (custos de oportunidade), a oposição entre interação social e reflexão intelectual (que retoma a ideia de Lindblom e Dahl de contrapor mecanismos de negociação e mercado ao planejamento) e a oposição entre dogma e ceticismo. Ele foi o primeiro a se interessar pelas lacunas na execução das políticas (lacunas de implementação), para explicar as falhas do processo e as distâncias entre o planejado e o resultado final. Seu trabalho com Jeffrey Pressman focou na eficácia das decisões, particularmente na fase de implementação das políticas (embora mais tarde Wildavsky também se interessasse pela avaliação), com base na política de desenvolvimento econômico em Oakland (Califórnia) (PRESSMAN; WILDAVSKY, 1998b).

Este trabalho foi publicado sob o título *Implementação* (1974), posteriormente sistema-

tizado em um manual de análise de políticas públicas intitulado *Falando a verdade ao poder: a arte e o ofício da análise de políticas* (1979). Pressman e Wildavsky observam a necessidade de monitorar sistematicamente a forma como as decisões são executadas, por meio do caso do investimento público da Agência de Desenvolvimento Econômico de Oakland para a construção de uma infraestrutura portuária (é um exemplo de investimento público destinado em parte à geração de empregos em uma região deprimida).

Eles medem a diferença entre o projeto desenhado pela administração central, em Washington, e o que foi realmente executado. Eles observam uma lacuna de implementação entre as expectativas locais e as promessas postuladas pela administração central em Washington D.C. e os resultados efetivos em Oakland, que se traduz na baixa capacidade de execução do orçamento (apenas 10% de um total de 20 milhões de USD) e se explica, segundo eles, pela intervenção de numerosos intervenientes no processo em diferentes serviços (JONES, 1995). As múltiplas mudanças adicionadas pelo efeito dessas intervenções impossibilitam a execução efetiva.

Em particular, introduzem uma nova dimensão na análise, que consiste em levar em conta a complexidade da ação coletiva para explicar os resultados ou o destino de uma decisão. São múltiplas as intervenções neste processo, múltiplas perspectivas e objetivos perseguidos por estes atores, múltiplos interesses que dão maior ou menor sentido de urgência ou de necessidade de levar a cabo a decisão. Em primeiro lugar, a multiplicidade de participantes ocorre em vários níveis: nos órgãos (federal, local e municipal), entre os atores estaduais e sociais (sindicatos, associações, grupos de interesse, beneficiários do trabalho) e entre estes últimos. Atores econômicos (empresas envolvidas na execução do projeto e os beneficiários diretos e indiretos deste último). Essa multiplicidade de participantes nos obriga a abordar o problema a partir dos processos de intervenção desses atores.

Em segundo lugar, o estudo de Pressman e Wildavsky evidencia a diversidade de perspectivas e objetivos dos atores. Eles assumem uma tese central do pluralismo sobre a influência do poder comunitário para analisar os gastos da administração do desenvolvimento para o desenvolvimento comunitário e o controle da agitação social (DAHL, 2003). A premissa inicial das teorias da escolha racional é que os custos e benefícios que uma decisão acarreta podem ser objetivados, de tal forma que todos concordamos, obviamente com interesses diferentes, mas com a mesma concepção de quais são esses custos e benefícios.

No entanto, Pressman e Wildavsky observam que não é bem assim, os atores que participam do processo não compartilham da mesma definição dos objetivos da política, nem do local onde estão inseridos nesse processo. A priori, tudo parte de uma ideia simples e louvável: o Estado investe na construção de uma obra portuária e, com isso, são criados empregos que interessam a um setor particularmente vulnerável da população de Oakland, que são os trabalhadores afro-americanos.

No entanto, por detrás desta simplicidade escondem-se múltiplos problemas, mesmo na administração, pelo facto de um órgão central intervir para impor uma forma de proceder, com regras operacionais, e claro condicionar o investimento público. Além disso, devido ao cálculo egoísta feito por todos os atores deste processo, incluindo os órgãos estatais, o custo aumenta na etapa de preparação do programa, devido à intervenção desses diferentes atores estatais, e posteriormente devido à negociação com os atores privados (econômico e social).

Em terceiro lugar, este estudo mostra que nem todos os atores concebem a mesma necessidade deste trabalho, nem têm o mesmo sentido de urgência. Primeiro, existem várias propostas concorrentes, então por que uma seria melhor que a outra? Em segundo lugar, nem todos receberão os mesmos benefícios ou benefícios da mesma magnitude, então alguns estarão mais inclinados a concretizar a decisão e encontrar uma execução rápida e eficaz, enquanto outros terão uma participação marginal. Por exemplo, os trabalhadores que se beneficiam diretamente do trabalho terão uma atitude muito proativa; A administração local do desenvolvimento econômico terá um papel menos dinâmico porque de certa forma a decisão foi imposta de cima para baixo e significa mais trabalho, talvez descuidando outras questões que considerava prioritárias, sem tirar partido do benefício político e simbólico do trabalho realizado.

A partir dessa diversidade de atores, perspectivas e compromissos, a ênfase no papel dos atores no processo de políticas públicas ganha um sentido metodológico. Em outras palavras, torna-se necessário compreender essa diversidade de interesses e racionalidades para entender os rumos que a política tomará. É um processo mais interpretativo do que explicativo, que poderia ser análogo ao processo decisório (há uma grande semelhança, aqui, entre os métodos de análise e os de tomada de decisão). Isso dá origem a um novo exercício, que é o estudo de caso. Essa análise pode ser declinada em inúmeros casos em que há uma decisão tomada por uma administração central e em processo de execução em nível local ou estadual (no caso de um estado federal).

A natureza da decisão não importa, o que importa é o processo decisório e principalmente os participantes desse processo. Para ir um pouco mais longe, podemos até encontrar aqui uma primeira tentativa de análise de processos participativos, que se tornariam muito importantes nas décadas de 1980 e 1990, particularmente na América Latina e no Caribe, para explicar o grau de assimilação de uma decisão, de compromisso para executar uma decisão, por atores não estatais comunitários, individuais ou corporativos.

No caso analisado por Pressman e Wildavsky, há dois objetivos e, claro, há um desdobramento do curso da decisão que, idealmente, deveria ser resolvido na execução, mas que encontra dificuldade quando os problemas se multiplicam. Por um lado, há o objetivo que se justifica pela necessidade de construir a infraestrutura, e que por si só é uma política que envolve determinados órgãos; por outro, há o objetivo de criar empregos, ou seja, o Estado não só investe na construção de obras civis, mas também persegue um objetivo secundário (criar empregos), que vai desenvolver seu próprio curso de decisão, que, Por sua vez, prevê-se que aumente a procura global e encoraje o investimento privado para manter um ritmo de crescimento econômico.

De certa forma, o desenrolar do curso da decisão nos diz que, diferentemente do que propôs Lasswell (melhor conhecimento possibilita melhor solução de problemas), antes de resolver problemas, melhor conhecimento ou mais conhecimento especializado começa com a multiplicação de problemas. Isto é o que acontece em particular na fase de implementação de uma política. A partir deste exemplo, vemos que, ao perseguir dois objetivos que correm paralelamente, embora devam coincidir em algum momento, o que vai ser feito é enfrentar dois problemas simultaneamente. A multiplicidade de atores — não só entre o Estado e atores não estatais, mas também dentro do Estado — significa que, em cada momento em que se enfrenta um problema operacional e onde intervém uma diversidade de interesses, objetivos e perspectivas, deve coordenar a ação do Estado e envolver novos atores ou novas agências.

Isso mostra como é difícil gerenciar essa gama de problemas e como a aparente simplicidade de gerenciar uma política por setor se perde em uma complexidade temática crescente. Devido a essa complexidade, a diversidade de atividades envolvidas significa que mais agências estão envolvidas e traz problemas de coordenação administrativa. É assim que a Agência Ambiental intervém no caso Oakland, que determina a viabilidade da obra. Por outro lado, será aberta uma discussão sobre as condições de contratação de técnicos e trabalhadores, sobre o papel dos sindicatos no processo. São tantos problemas operacionais que, por si só, cada política pode gerar e se ampliar pelo desenrolar do curso da decisão.

O estudo da implementação de políticas — particularmente seus fracassos — tornou-se mais tarde uma especialização em que duas dimensões particulares são enfatizadas: o curso da decisão e os efeitos indesejados da decisão. A literatura que produziu esta especialização abrange o estudo da execução ou implementação de políticas públicas (MAZMANIAN; SABATIER, 1981; PRESSMAN; WILDAVSKY, 1998a; COLINAS; HUPE, 2002; MARIÑEZ; HERON, 2009). O senso comum tende a pensar que, fez a lei, fez a política.

De fato, muitos projetos de dissertação de mestrado em políticas públicas propõem uma lei como objeto de análise, como sinônimo ou elemento central da política correspondente. Mas não é a forma correta de formular o problema, pois na realidade a preocupação que se tem ao analisar a execução de uma política é entender o que aconteceu após a aprovação de uma lei. Foi cumprido ou não? Se for o caso, por que não foi cumprido? Uma lei é parte de um conjunto de instrumentos de política. Em particular, há um orçamento público, um judiciário, uma força policial, um sistema prisional, que permitem que quem não respeite esta lei seja cumprido e punido. Uma lei tem que ser consistente com os demais instrumentos legais, que regulam outras políticas setoriais.

Além disso, a lei vem de uma organização, Congresso ou Assembleia Nacional, geralmente por iniciativa do Poder Executivo, e isso afeta seu alcance, eficácia e viabilidade. Então, além de pensar que os instrumentos viabilizam uma política, o problema é saber o que os viabiliza e em que contexto eles são viáveis. A apresentação linear das políticas feita pelo modelo de análise sequencial é teórica, pois no processo de uma política existem falhas, lacunas, retrocessos e mudanças. A análise de falhas de execução concentra-se precisamente nessas irregularidades no processo para explicar por que o que foi planejado não aconteceu ou por que os objetivos de uma política mudaram.

A importância da aplicação de políticas públicas para a redução de mortes no trânsito

Qualquer ação pública que vise à diminuição da sinistralidade dos acidentes de trânsito, atingindo uma queda no número de mortes e feridos por acidentes de trânsito, pode ser considerada uma política pública de trânsito. Devemos analisar as políticas públicas de trânsito sob dois aspectos: por um lado, sob um aspecto qualitativo definido como o conjunto de ações realizadas em uma sociedade de diferentes campos (institucional, infraestrutura, educação, saúde, etc.) transporte rodoviário, por outro lado, de um aspecto quantitativo que definimos como o nível de desenvolvimento de uma sociedade em termos de implementação de para reduzir o número e a gravidade dos acidentes de trânsito, pode ser medido com parâmetros numéricos que geralmente se referem às consequências. De acordo com a análise do especialista internacional em

trânsito Monclus (2007), existem três níveis de atuação em segurança viária:

1. Um quadro político e institucional, ou um nível superior que especifica as circunstâncias ambiente em que todo o trabalho de segurança viária é realizado.
2. Planos ou estratégias de segurança viária onde as medidas são moduladas e classificadas diferentes ações, e onde as principais linhas de funcionamento do sistema de segurança rodoviária.
3. As ações precisas de segurança viária, incluindo sua concepção, implementação e avaliação.

No primeiro grupo incluiríamos os conceitos de competências administrativas, o financiamento da segurança rodoviária, a lista de entidades que intervêm na luta contra os acidentes de trânsito, as regras de trânsito, etc. Em suma, o conjunto de princípios que devem orientar o processo de tomada de decisão e que fornecem uma estrutura dentro da qual as propostas ou atividades podem ser avaliadas ou medidas.

O terceiro grupo analisa o potencial de redução de acidentes de trânsito proporcionado por cada uma das medidas de segurança viária utilizáveis. Definimos detalhadamente as atividades específicas, recursos e prazos necessários para atingir os objetivos da política de segurança viária, que também serviria como guia para a implementação, monitoramento e avaliação das atividades e medidas de segurança viária.

Por último, o segundo grupo constitui uma ligação intermédia entre o nível político organizacional superior e o nível inferior com medidas concretas de segurança rodoviária. Envolve como desenvolver na prática, por meio de grandes linhas de ação e ações específicas, uma política de segurança viária e, tudo isso, alcançar os objetivos políticos declarados.

Conforme referido anteriormente, as políticas de segurança rodoviária incluem a elaboração e implementação de planos ou estratégias de segurança rodoviária, sendo importante destacar a este respeito o estudo realizado pela Fundação Instituto Tecnológico para a Segurança Automóvel (FISTA). Desenvolve um modelo conceitual de uma estrutura geral de política de segurança viária que visa identificar as melhores práticas e oportunidades de melhoria nesta área (FITSA, 2003).

A ferramenta de avaliação para verificar o sistema de gestão da segurança viária consistia, no passado, em atribuir, com base no nível de desenvolvimento de cada país, uma pontuação de 0 a 4 para cada um dos dez aspectos seguintes: um. Compromisso político. 2. Objetivo de longo prazo. 3. Planos estratégicos de segurança viária. 4. Planos de ação associados aos planos estratégicos. 5. Coordenação entre administrações. 6. Conselho de Segurança Rodoviária sete. Entidade responsável pela segurança rodoviária. 8. Conselho de Pesquisa de Segurança Rodoviária. 9. Programa de investigação de acidentes. 10. Campanhas de conscientização.

Desta forma simples, analisando e pontuando cada um desses aspectos, foi possível conhecer como funcionava a gestão de segurança em cada um dos países analisados. Atualmente, nenhuma medida de intervenção de segurança rodoviária é concebida sem previamente elaborar um documento que estabeleça as normas ou diretrizes de base e pormenores da execução dos trabalhos e medidas de segurança rodoviária a realizar no território selecionado. Esses documentos são chamados de “Planos Estratégicos de Segurança Viária”.

O relatório de 2013 da Organização Mundial da Saúde (OMS) indica que os acidentes de trânsito são a oitava causa de morte no mundo, e a primeira para jovens entre 15 e 29 anos. A cada ano, ocorrem aproximadamente 1,24 milhão de mortes no mundo devido a acidentes de trânsito e 50 milhões de feridos. Além do custo humano irreversível e trágico das mortes, o custo estimado das mortes e lesões por acidentes de trânsito para uma nação varia entre 1% e 3% do seu PIB, o que significa para os países de baixa e média renda um valor que supera o que eles recebem em ajuda ao desenvolvimento.

A distribuição e a proporção de mortes diferem entre os países. Desde 2007 houve um aumento global da motorização de 15% sem aumento no número de mortes por acidentes de trânsito, mas isso não significa que todos os países tenham reduzido seu nível de mortalidade. 88 países conseguiram reduzir o número de vítimas em suas estradas entre 2007 e 2010, mas, ao contrário, neste mesmo período, outros 87 países aumentaram esse número. Existe uma relação entre o nível médio de renda dos cidadãos de um país e sua taxa de mortalidade por acidentes de trânsito, ou seja, 80% das mortes foram registradas em países de renda média, que concentram 72% da população mundial, mas apenas 52% dos veículos registrados do mundo.

Os países de alta renda, que concentram 16% da população e têm 47% dos veículos registrados, registraram 8% das mortes mundiais por acidentes de trânsito, enquanto os países de baixa renda, com uma população global de 12%, têm um índice muito baixa taxa de motorização de 1%, e registram 12% das mortes globais. A definição das taxas de mortalidade por 100.000 habitantes permite mensurar a magnitude do problema dos acidentes de trânsito e ter uma ideia mais próxima do risco que um cidadão de um país, região ou cidade tem de morrer em acidente de trânsito.

O número de fatalidades está claramente relacionado à população de um país, nível de renda e taxa de motorização, e difere muito de um país para outro. Assim, a razão de óbitos por 100.000 habitantes varia de 20,1 em países de renda média a 8,7 em países de renda alta. A proporção para países de baixa renda também é muito alta, em 18,3.

A taxa de fatalidade no trânsito também pode ser analisada por região do mundo. Um aspecto essencial para compreender o problema da segurança rodoviária é a análise do tipo de utentes das estradas que morrem em acidentes de trânsito e à proporção que representam em todo o mundo. Metade dos mortos por acidentes de trânsito em todo o mundo são pedestres (22%), ciclistas (5%) e motociclistas (23%), também chamados de usuários vulneráveis, daí a importância de considerá-los nas ações e políticas de segurança viária implementada pelos países reduzir efetivamente a mortalidade por acidentes de trânsito. Essa proporção de tipologias de usuários falecidos varia de acordo com o nível de renda e a região do mundo. Assim, por exemplo, nos países africanos onde é muito comum caminhar ou andar de bicicleta, os pedestres são responsáveis por 38% das mortes, enquanto nos países do Pacífico Ocidental, onde o uso de ciclomotores, a proporção de mortos em acidentes de trânsito que são usuários de dois ou mais veículos de três rodas equivale a 36%.

O sistema das Nações Unidas e seus estados membros reconheceram a necessidade de reduzir as mortes e lesões no trânsito há mais de 60 anos. Várias organizações globais e regionais, incluindo a OMS, o Banco Mundial, as comissões regionais das Nações Unidas e alguns bancos regionais de desenvolvimento, realizaram estudos e fizeram recomendações sobre segurança no trânsito.

Como resultado da implementação dessas recomendações, foi tomada a decisão de países desenvolvidos e organizações internacionais de ativar estratégias e planos de segurança viária visando reduzir em 50% o número de mortes por acidentes de trânsito. Segundo a OMS, estima-se que se essas políticas de segurança viária não tivessem sido implementadas, o número de mortes teria sido de 1.900.000 pessoas em 2020, enquanto que graças a esses planos de ação estima-se que a número de mortes em 2020 será de 900.000 pessoas.

O estado da segurança rodoviária num país será dado pelo estado de implementação das medidas a todos os níveis: estado da infraestrutura, controle das características dos veículos que circulam, gestão do tráfego, legislação em vigor para controlar todos os aspectos relacionados com o trânsito segurança, o grau de sensibilização e interiorização numa sociedade da importância da segurança rodoviária, através da educação, formação, campanhas publicitárias, etc.

Portanto, a melhoria da segurança viária é tão necessária do ponto de vista humano quanto difícil de obter. O problema surge, em grande medida, no variado número de componentes e fatores que participam do número diário de acidentes, que influenciam direta ou indiretamente os acidentes de trânsito que ocorrem diariamente nas estradas: o progresso geral da economia, o desenvolvimento urbano, formação de condutores, climatologia, publicidade e segurança automóvel e desenho e manutenção de estradas.

Além disso, existe um axioma que sustenta que cada vez que se avança na sinistralidade rodoviária, é cada vez mais difícil manter e reduzir este valor, o que se traduz na dificuldade de reduzir o número de acidentes de um ano para o outro. No entanto, é tremendamente fácil aumentar os números no momento em que as autoridades relaxam as medidas implementadas. À primeira vista os resultados nunca são bons, nunca é aceitável que um cidadão perca a vida num acidente de trânsito, nunca parece que as medidas adotadas sejam suficientes.

A melhor opção, do meu ponto de vista, é a perseverança na manutenção de políticas públicas que têm sido efetivas e a introdução de novas cujas garantias se espera sejam bem-sucedidas, ainda que a princípio possam parecer excessivamente duras ou excessivamente agressivas. É o “cavalo de batalha” dos governantes para combinar mobilidade e segurança.

É possível afirmar que os acidentes de trânsito e suas consequências são um dos mais importantes obstáculos enfrentados pelos países desenvolvidos, pelos resultados desastrosos que produzem. No entanto, o pior é que, em certa medida, os acidentes de trânsito podem ser evitados, pois as investigações realizadas para esse fim mostram que eles se devem a uma série de circunstâncias conhecidas: a infraestrutura, o usuário do veículo e o próprio veículo. Portanto, uma evolução adequada e melhor na geração de motoristas mais preparados, uma acentuação dos padrões de fabricação e manutenção dos veículos e melhores infraestruturas são medidas que ajudam a evitar acidentes e seus resultados.

ANALISE DOS RESULTADOS

Os acidentes de trânsito podem ser evitados em grande medida se o indivíduo tiver a educação relevante sobre segurança no trânsito. Por esta razão, a educação no trânsito para as crianças é essencial, não só para evitar que elas sofram algum tipo de acidente na estrada, mas

que no futuro se tornem adultos responsáveis como pedestres, motoristas, ciclistas e passageiros.

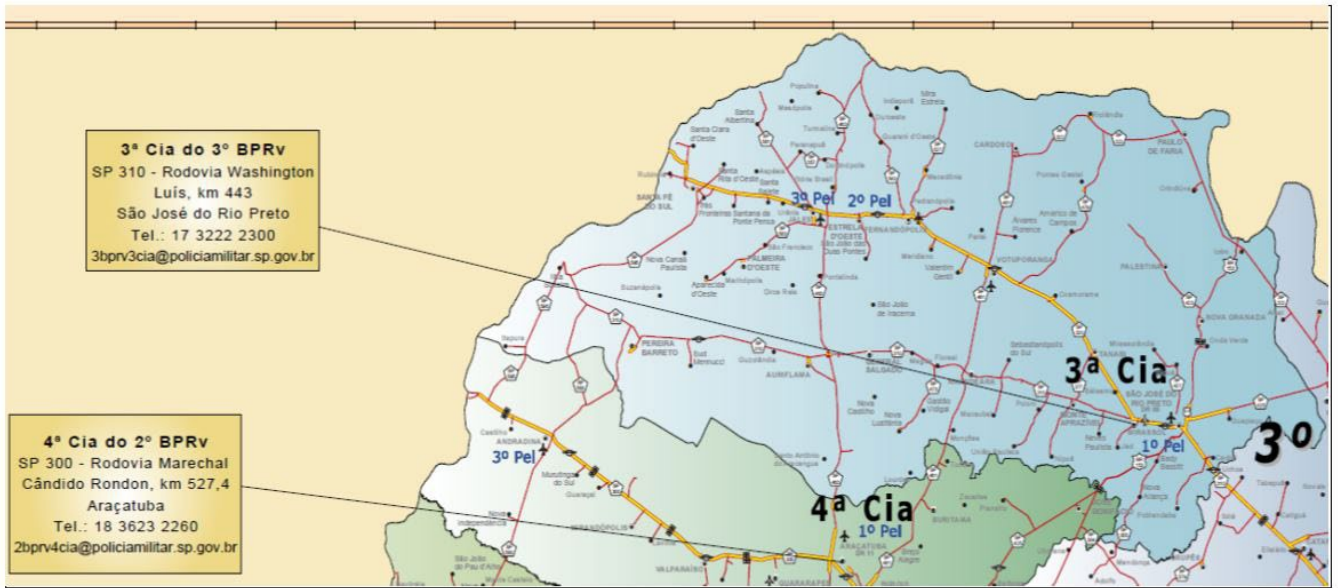
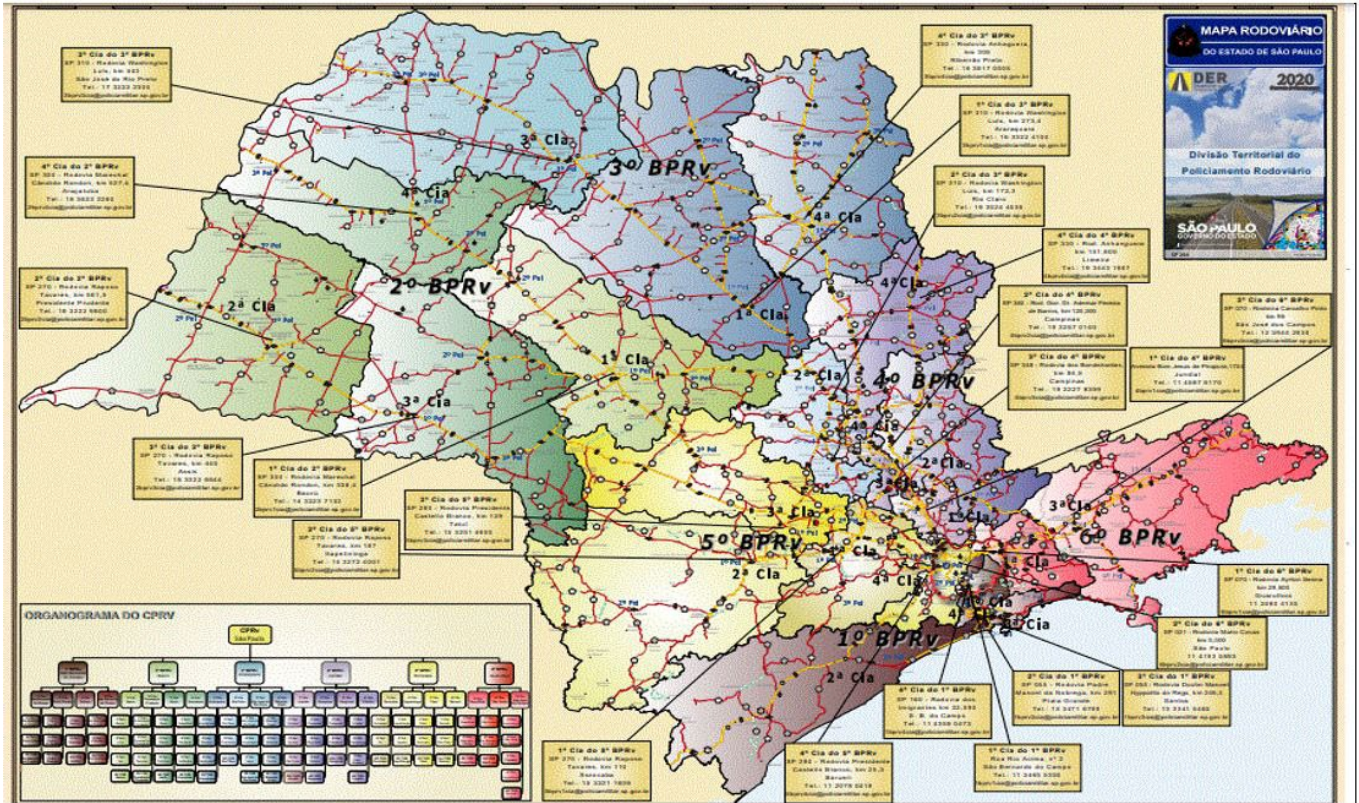
Os acidentes são inevitáveis devido ao estado do mesmo, pelo menos certificar-se de que quando ocorrem não resultem em mortes ou ferimentos graves. Para isso, fabricar carros mais seguros que minimizem o risco em caso de acidente ou atropelamento, equipes médicas que atendam os feridos com rapidez suficiente para que o tempo seja um aliado e não um inimigo, infraestruturas que garantam a segurança, políticas coercitivas de tolerância zero em elementos como álcool, drogas e velocidade com sanções exemplares para conscientizar o motorista de que esses elementos não são bons aliados na condução e o que é mais importante, gerar políticas com o objetivo de colocar a segurança do usuário antes da mobilidade destes são e serão as receitas que farão dos acidentes rodoviários uma má memória do passado num futuro próximo.

As evidências científicas sobre a magnitude das lesões causadas pelo trânsito, seus fatores de risco e as intervenções eficazes para preveni-las estão razoavelmente bem documentadas e são de fácil acesso. Assim como em outras áreas de política, esse conhecimento por si só não é o suficiente para produzir uma mudança na situação da segurança no trânsito; o verdadeiro desafio é traduzir esse conhecimento em soluções sustentáveis em diversos contextos. As evidências apresentadas e a inclusão de metas de segurança no trânsito e de transporte sustentável nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são essenciais, mas a verdadeira questão é alavancar as oportunidades e desafios nos diferentes contextos de política.

Portanto, precisamos refletir sobre como atuar e como tomar medidas práticas rumo à melhoria da segurança no trânsito e da situação do transporte em âmbito local, nacional, regional e internacional. A mudança na política de segurança no trânsito, bem como em outras áreas de política, costuma envolver um processo gradual e interativo que requer melhorias e inovações contínuas nas soluções. Sobre a segurança no trânsito, é preciso que seus usuários compreendam que a melhoria das políticas de segurança no trânsito não é uma questão que pode ser resolvida de uma só vez, mas sim a busca de uma ação coletiva de longo prazo. Compreender dessa forma significa encarar as metas de segurança no trânsito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como o começo de uma jornada rumo à mudança das políticas de segurança no trânsito uma jornada que precisa cumprir toda a sua trajetória, tanto em âmbito nacional como local.

Cabe destacar que o objetivo deste projeto foi o de analisar a sinistralidade do trânsito em consenso com os maiores fatores que influenciam diretamente para o resultado. Na região noroeste paulista, área de influência da cidade de maior porte São José do Rio Preto, é composta por 100 municípios, tendo uma população estimada pelo IBGE, em mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes, o qual possui por estimativa uma frota de veículos automotores de superior a 800.000 (oitocentos mil) unidades. Área de circunscrição em que se localiza a 3ª Companhia do 3º Batalhão do Policiamento Rodoviário do Estado de São Paulo.

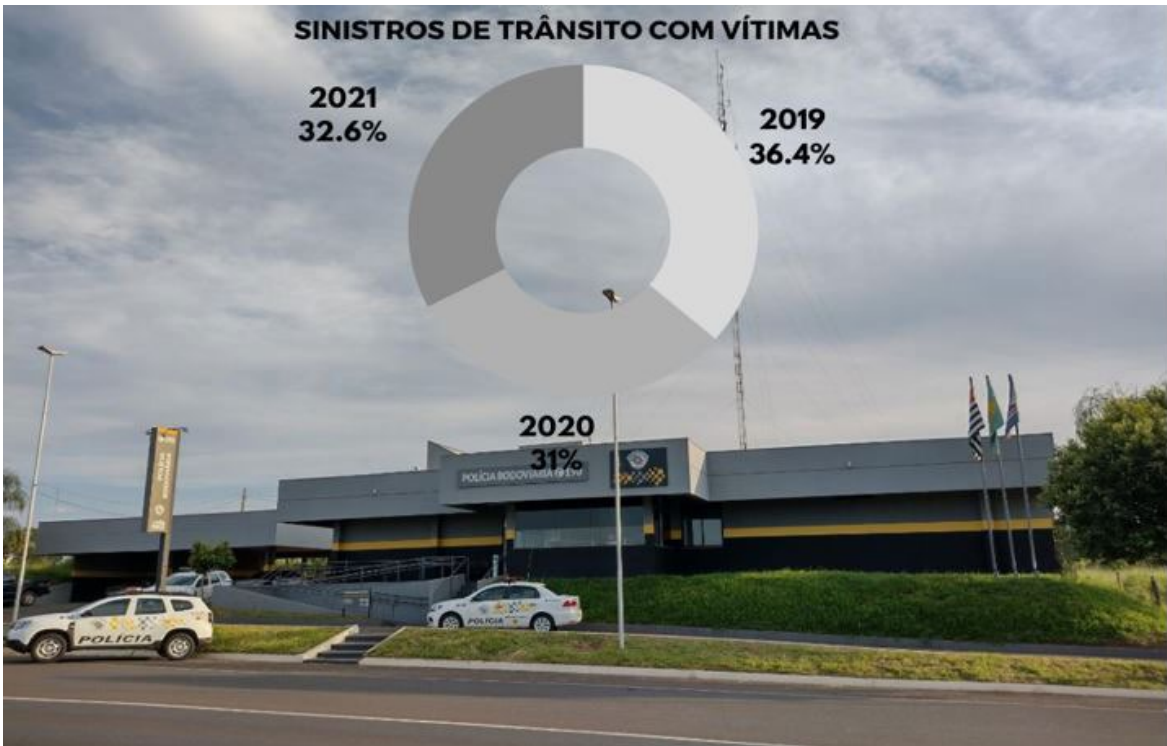
Mapa da circunscrição do comando de policiamento rodoviário do estado de São Paulo



Fonte: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/cprv/>

APRESENTAÇÃO DOS DADOS REFERENTES AOS ACIDENTES 3ª CIA 3º BPRV

Regiões e municípios de referência: São José do Rio Preto, Catanduva, Votuporanga, Fernandópolis, Jales, Santa Fé do Sul, Sud Mennucci, Pereira Barreto, Nhandeara, Ilha Solteira e Pereira Barreto.









CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após exposta toda a análise sobre o tema cabe salientar a complexidade que envolveu a coleta dos dados referentes à fiscalização e sinistros dos anos de 2019, 2020 e 2021, nas rodovias da nossa região, abrangida pela 3ª Companhia do Policiamento Rodoviário do Estado de São Paulo. Análise enfática dos dados obtidos por meio do Programa de Policiamento Rodoviário Inteligente (PPRI), ferramenta informatizada que detém as informações as quais foram divulgadas. Consiste na apresentação, de forma clara, objetiva e rica em detalhes, das razões de ordem teórica ou prática que justificam a realização do objetivo principal do projeto o qual é de conscientizar os condutores sobre a importância da ação de cada um para evitar sinistro (termo técnico utilizado em substituição a acidente), chamar a atenção para o número de mortos e feridos no trânsito, demonstrar como é preciso compreender o espaço utilizado pelas pessoas que se locomovem e o reflexo de um sinistro em toda a sociedade. A relevância social do problema a ser investigado as contribuições que a pesquisa pode trazer no sentido de proporcionar respostas aos obstáculos propostos, ou ampliar às formulações teóricas a esse respeito. Os dados coletados foram analisados qualitativa e quantitativamente, e corresponde ao máximo da realidade referente a fiscalizações para a inibição de infrações que estão diretamente relacionadas, divulgar com que frequência ocorre em nosso Estado, principalmente na área de circunscrição referente à pesquisa da coleta de dados.

Convém advertir outras apurações históricas que contribuem com sinistros. Desde 2008, a legislação brasileira estabelece punição severa ao condutor que for flagrado dirigindo depois de ingerir bebida alcoólica ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa, já que quem assume a direção de um veículo nessas condições põe em risco não só a própria vida como a de outras pessoas. No final do ano de 2012 a lei foi alterada, tornando-se mais rígida. Conhecida como Lei Seca, à norma, que completou 14 anos, mudou hábitos dos brasileiros. E,

embora possa gerar dados ainda mais positivos, esta medida após sua maior rigidez resultou em redução da tendência de mortes por lesão no trânsito. Relevantemente podemos antever outros fatores que contribuem com os sinistros. Fator humano: distração, cansaço, desrespeito à legislação de trânsito, embriaguez ao volante. Fator externo: rodovias mal conservadas, inexistência de sinalizações, sinalizações em desacordo com o trajeto rodoviário, animais selvagens e domesticados nas faixas de domínio do departamento responsável pela conservação da via.

Dados do Sistema Programa de Policiamento Rodoviário Inteligente (PPRI) em relação ao ano de 2019 antes da pandemia de COVID-19 o qual assolou o país mostram que as mortes por lesões de trânsito vêm diminuindo. A região noroeste do Estado de São Paulo registrou sinistros em seu total no ano de 2019 (3.410), 2020 (2.763), 2021 (2.670), sinistros com vítima ano de 2019 (1.196), 2020 (1.021), 2021 (1.073). Diminuição de condutores sob influência do álcool no ano de 2019 foram flagrados em sinistro de trânsito com vítima (223 condutores), 2020 (194 condutores), 2021 (153 condutores).

Outro resultado a se rememorar é a diminuição de vítimas fatais, ano de 2019 (124 vítimas), 2020 (91 vítimas), 2021 (87 vítimas). Vítimas em estado grave ano de 2019 (364 vítimas), 2020 (272 vítimas), 2021 um súbito aumento (320 vítimas), vítimas em estado leve ano de 2019 (1.298 vítimas), 2020 (1098 vítimas), crescimento em 2021 (1.113 vítimas). A redução da mortalidade no trânsito é fruto de enrijecimento da Lei Seca juntamente com outros fatores associados, resultando em maior rigidez na fiscalização, principalmente no que se refere a redutores de velocidade e fiscalização sobre a associação entre beber e dirigir. Trata-se da principal resposta do setor de saúde aos desafios da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Década de Ações pela Segurança no Trânsito. Os dados do último ano referente a 2021, a Polícia Rodoviária Estadual, em fiscalização de trânsito aplicou 120.823 autuações, sendo que, diretamente associada a sinistros é a embriaguez ao volante, foram 471 condutores flagrados no artigo 165 do CTB, dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, e 1.518 no 165-A, recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

O enfrentamento da violência no trânsito necessita continuar para que resulte em uma redução ainda maior da morte no trânsito. As lesões e mortes no trânsito são preveníveis, previsíveis e evitáveis. Em todo o mundo, três milhões de mortes por ano resultam do uso de bebidas alcoólicas, representando 5,3% do total de óbitos registrados. Levantamento da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS-2019) mostra que 17% da população brasileira ingeriram bebidas alcoólicas antes de dirigir, variando de 14,8% nas Regiões Sul e Sudeste a 23,4% na Região Norte. Mais pessoas que vivem em áreas rurais (22,5%) relataram beber antes de dirigir do que pessoas que vivem em áreas urbanas do país (16,2%). Quem dirige embriagado pode ser multado em R\$ 2.934,70, e o valor dobra se o motorista for flagrado novamente dentro de um ano. O condutor terá seu direito de dirigir suspenso por 12 meses, além de ter o veículo recolhido, caso não se apresente condutor habilitado e em condições de dirigir.

REFERÊNCIAS

ALISON, G. Emergence of Schools of Public Policy. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 59-79.

ALMEIDA-FILHO, N. A problemática teórica da determinação social da saúde (nota).

BASTOS, Y. G. L. Violência no trânsito. Londrina: UEL, 2006.

BATISTA, A. G. *et al.* Public Policies to Be Implemented to Encourage the Use of Renewable Energy Sources in the Rural Area of Paraná. *Brazilian Archives of Biology and Technology*, vol. 62, no. Spe, 2019.

BIRKLAND, T. A. An introduction to the policy process. New York: M.E. Shape, 2005.

BRASIL. Ações de segurança no trânsito - Confirma os dados por capital. Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/44398-acoes-de-seguranca-no-transito-confirma-os-dados-por-capital>>. Acesso em: 20 set.. 2020.

_____. Diretrizes nacionais da educação para o trânsito no ensino fundamental. Ministério das Cidades, Departamento Nacional de Trânsito, Conselho Nacional de Trânsito. Brasília: Ministério das Cidades, 2009.

_____. Óbitos por acidentes de trânsito caem pelo segundo ano consecutivo. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42245-obitos-por-acidentes-de-transito-caem-pelo-segundo-ano-consecutivo>>. Acesso em: 20 set.. 2020.

_____. Mortes devido a causas externas no período 2004-2010. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?si-m/cnv/extsp.def>>. Acesso em: 20 set. 2020.

COUTO, Leandra Lúcia Moraes. Educação para o trânsito no ensino fundamental: Contribuições da psicologia moral. *Revista de Educação do IDEAU*, Volume 2, n. 24, Jul.- Dez 2016. Disponível em: Acesso em 04 maio 2019.

CNM. Mapeamento das Mortes por Acidentes de Trânsito no Brasil. *Estudos Técnicos CNM*, vol. 2, 2009, pp. 201-219.

DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?*. Yale University Press, 2003.

DENATRAN. Direção defensiva: Trânsito seguro é um direito de todos. Fundação Carlos Chagas, 2005, 62 p.

DUNN, W. *Public Policy Analysis: an Introduction*. Harlow: Prentice Hall, 1981, 496 pp.

DYE, T. *Understanding public Policy*. 13.^a ed. Boston: Longman, 2011, 346 pp

ENAP. Capacidades Estatais para produção de políticas públicas: resultados do survey sobre o serviço civil no Brasil. *Caderno Enap*, Brasília, no. 56, 2018 a.

ENAP. Desafios e condicionantes para implementação da Agenda dos ODS na Administração Pública Federal Brasileira. *Caderno Enap*, Brasília, no. 57, 2018b.

FRANCO, R.; LANZARO, J. *Política y Políticas Públicas en los Procesos de Reforma de América Latina*. México D.F.: FLACSO-CEPAL-Miño & Dávila, 2006.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas de vulnerabilidade social dos municípios brasileiros. Brasília: Ipea, 2015.

KINGDON, J. Agendas, alternatives, and public policies. 3ª. ed. New York: Harper Collins, [1984], 2003.

LASCOURMES, P.; LE GALÈS, P. Introduction: Understanding Public Policy through 180 Its Instruments: From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation. *Governance*, vol. 20, no. 1, 2009, pp. 1-21.

LASSWELL, H. The Emerging Conception of the Policy Sciences. *Policy Sciences*, vol. 1, no. 1, 1970, pp. 3-14.

_____. La orientación hacia las políticas. México D.F.: Porrúa, 1992, pp. 79-103.

LOWI, T. Four Systems of Policy, Politics and Choice. *Public Administration Review*, vol. 32, 1972, pp. 298-310.

LUCENA, J. Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito. Pnatrans Departamento Nacional de Trânsito, 2018.

Mapa D.E.R. São Paulo PMRv ano 2022, disponível em <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/cprv/> acesso 15 de novembro de 2022

Pérez Martínez, H. (2009). Cuerpo humano, campo de conocimiento. *Relações. Estudios de historia y sociedad*, 30 (117), 11-19.

MASSARDIER, G. *Politiques et action publiques*. Paris: Armand Colin, 2003.

Mazmanian, D., & Sabatier, P. (1981). Liberalism, environmentalism, and partisanship in public policy-making: The California coastal commissions. *Environment and Behavior*, 13(3), 361-384.

MAURO, M. L. F. Acidentes de Trânsito: Perfil Epidemiológico de Vítima e Caracterização de Alguns Traços de Personalidade de Motoristas Infratores em Campinas. Tese Doutorado. UNICAMP, São Paulo, 2001.

MÉNY, Y.; THOENIG, J. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 1992, 271 pp.

MINTROM, M.; WILLIAMS, C. *Public policy debate and the rise of policy analysis*. Londres, Nueva York: Routledge, 2013, pp. 3-16.

MONCLÚS, J. *Planes estratégicos de seguridad vial. Fundamentos y casos prácticos*. Madrid: ETRASA, 2007.

MULLER, P. *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, 180 pp.

MULLER, P.; SUREL, Y. *L'analyse des politiques publiques*. Paris: Montchrétien, 1998.

NEGRI, A. P., JONES, G. J., & HINDMARSH, M. (1995). Sheep mortality associated with paralytic shellfish poisons from the cyanobacterium *Anabaena circinalis*. *Toxicon*, 33(10), 1321-1329.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial 2013. Apoio à década de ação, 2013.

PAULINO, L.C. Trânsito no Brasil: desafios à efetivação do direito de ir e vir e permanecer vivo. Fortaleza-CE, Ed Imprece/2010, vol. 1, PP. 66-7.

PREMFORS, Rune. Charles Lindblom e Aaron Wildavsky. *British Journal of Political Science* , v. 11, n. 2, pág. 201-225, 1981.

PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. Implementación: como grandes expectativas concebidas en Washington se frustran en Oakland. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998a, 411pp.

_____. Complejidad de la acción conjunta. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998b, pp. 171-216.

REDAÇÃO. Acidentes de trânsito no Brasil, um problema de saúde pública. *Jornal da USP, São Paulo: Atualidades*, 2018.

SOUZA, A. de. Acidentes de trânsito: matança social. Dissertação de Especialização. Tubarão: UNISUL, 1998. In: LIRA, A. C. de F. Repercussão dos Acidentes de Trânsito na Morbidade e Mortalidade da População Brasileira: um Problema de Saúde Pública. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em gestão de Sistemas e Serviços de Saúde do Centro de Pesquisa Aggeu Magalhães, Fundação Osvaldo Cruz, Recife, 2011, 34p.

MINAYO, Maria Cecília de Souza *et al.* Reflexivity as the ethos of qualitative research. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2014.

Thoenig, M., & Verdier, T. (2010). Uma Perspectiva Macroeconômica da Gestão do Conhecimento. *Jornal do crescimento econômico* , 15 (1), 33-63.

WEBER, Silke. Profissionalização docente e políticas públicas no Brasil. *Educação & Sociedade*, v. 24, p. 1125-1154, 2003.

ZAHARIADIS, N. (org.). *Handbook of public policy agenda setting*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2016.

**A técnica da ponderação de princípios
no conflito de direitos fundamentais**

**The technique of weighting principles
in the conflict of fundamental rights**

Vinícius Matheus Ferreira Lima

*Analista Judiciário no Superior Tribunal Militar Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica
De Goiás Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.10

RESUMO

Trata-se de estudo dedicado ao estudo da Técnica da Ponderação de Princípios no conflito de direitos fundamentais. Discorre-se sobre o conceito do método, a importância na solução de hard cases e as etapas para aplicação da técnica. Por fim, traz à lume caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, consistente na colisão dos direitos fundamentais de Liberdade de Expressão versus Direito à Vida Privada, a fim de demonstrar a aplicação prática da ponderação, ao passo em que apontou os parâmetros então utilizados pela Corte.

Palavras-chave: direitos fundamentais. conflito. ponderação. liberdade de expressão. direito à vida privada.

ABSTRACT

This study is dedicated to the study of the Weighting of Principles Technique in the conflict of fundamental rights. The concept of the method, its importance for the solution of hard cases and the steps for applying the technique are discussed. Finally, it brings to light a concrete case judged by The Brazilian Federal Supreme Court, which consists of the collision of the fundamental rights of Freedom of Expression versus Right to Private Life, in order to demonstrate the practical application of weighting, while pointing out the parameters then used by the Court.

Keywords: fundamental rights. conflict. weighting. freedom of expression. right to private life.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente artigo é a análise da aplicabilidade da Técnica da Ponderação de Princípios Constitucionais como solução do conflito de direitos fundamentais, uma vez que o critério tradicional da subsunção mostra-se insuficiente à resolução de antinomias dessa natureza.

Os objetivos específicos são a conceituação do método de solução apresentado, a análise de suas etapas da aplicação, o exame dos parâmetros elencados pela doutrina para o seu exercício, bem como os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4815, cujo objeto de discussão foi o conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e o direito à vida privada.

INSUFICIÊNCIA DOS CRITÉRIOS TRADICIONAIS

Inicialmente, cabe anotar a diferença entre regras e princípios, fator determinante para entender os motivos da insuficiência dos critérios tradicionais de solução de antinomias.

As regras são comandos fechados, aplicadas utilizando-se o critério do tudo ou nada. Não podem ser executadas parcialmente ou em combinação com outra regra - ou é aplicada, ou não é. A subsunção de uma afasta a incidência da outra (Mendes e Branco, 2014, p. 73).

Ocorre que, por vezes, não é tarefa fácil identificar qual regra será aplicada ao caso concreto, visto que podem existir duas ou mais que, em um primeiro momento, regulam a situação. O conflito entre duas normas do tipo regra será solucionado, então, pelos critérios de hierarquia, de cronologia e de especialidade (MENDES; BRANCO, 2014, p. 73).

O método hierárquico baseia-se na superioridade normativa, ou seja, na soberania da fonte de produção jurídica. Uma norma constitucional sobrepõe-se a uma norma infraconstitucional. Esse critério servirá para solucionar conflitos de normas em diversos níveis, porém, em algumas situações as normas estarão no mesmo patamar, não havendo que se falar em hierarquia (DINIZ, 2007, p. 88).

Recorre-se, então, ao critério cronológico, o qual será aplicado somente nas situações em que o conflito se situa entre normas alocadas no mesmo patamar. Esse método leva em consideração o momento em que as normas se tornaram vigentes no ordenamento jurídico (DINIZ, 2007, p. 89).

Por fim, o último critério é o de especialidade, que solucionará a antinomia considerando as diferenciações fáticas e axiológicas exigidas pela norma, recorrendo-se a meios imperativos. Segundo esse instrumento, a lei especial afasta a incidência da lei geral, justamente porque a primeira possui elementos específicos que melhor definem a situação. Para Diniz (2007, p. 89), esse método baseia-se em isonomia, ou seja, trata os desiguais na medida de suas desigualdades.

Entretanto, quando o choque ocorrer entre princípios, os mencionados critérios tradicionais de resolução de conflitos não serão suficientes para solucionar a colisão normativa, porque a esse tipo de norma não se aplica o critério de subsunção.

Na concepção de Dworkin, *apud* Mendes e Branco, 2014, p. 73/74, os princípios ocupam-se com valores morais da sociedade e apresentam-se como normas dotadas de profundidade (graus de aplicabilidade), ou seja, havendo dois ou mais que se encaixam à situação concreta, eles não incidem com base na regra do tudo ou nada (subsunção). Um pode interferir na esfera de abrangência do outro, havendo convivência.

Robert Alexy, por outro lado, entende que além de apresentarem graus, os princípios são normas que determinam a realização de algo da melhor maneira possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. São, portanto, comandos de otimização, sendo que seu nível de aplicabilidade será cotejado com outros princípios. As regras, por outro lado, determinam uma situação que, ocorrendo, deverá ser submetida a seu comando. “Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos” (ALEXY *apud* MENDES; BRANCO, 2014, p. 74).

Por esse motivo, em razão da amplitude das normas principiológicas e da maneira como se comportam no ordenamento jurídico, o método tradicional de subsunção – que aplica apenas uma norma ao caso e afasta a incidência de outras – mostra-se insuficiente para a resolução do conflito entre direitos fundamentais. Assim, a ponderação será utilizada como verdadeira válvula de escape ao sistema clássico de subsunção (BARCELLOS, 2005, p. 30/32).

Isso é o que se passa, e.g., quando várias disposições constitucionais originárias incidem sobre uma mesma hipótese, indicando soluções diversas: todas foram editadas ao mesmo momento, dispõem da mesma hierarquia e na maior parte dos casos inexistente qualquer

relação de generalidade/especialidade entre elas. Ademais, não é possível simplesmente escolher uma disposição constitucional em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm mesma hierarquia e devem ser interpretadas de maneira harmônica, não admite essa solução.

Outro motivo pelo qual as regras tradicionais de solução de antinomias são insuficientes é o princípio da Unidade da Constituição, o qual estabelece que as normas constitucionais convivem no mesmo patamar axiológico, ou seja, uma não se sobrepõe à outra, logo, impossível estabelecer uma regra de prevalência entre elas. A situação deverá ser aferida e os direitos sopesados conforme o caso concreto (BARROSO, 2008, p. 86).

Assim como Dworkin, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, sustenta que os princípios comportam pesos que devem ser cotejados pelo intérprete no caso concreto, segundo as circunstâncias apresentadas pela situação, de modo que sejam feitas concessões recíprocas por ambas as normas, sem que um afaste por completo a incidência do outro (BARROSO, 2008, p. 83).

Mendes e Branco (2014, p. 75) também aderem à ideia de pesos conferida aos princípios, uma vez que, quando avaliados abstratamente – fora de um caso concreto –, não apresentam primazia uns sobre os outros em razão da unidade das disposições constitucionais. Pontuam que um princípio que antes fora prevalente em face de determinada situação, quando diante de outro caso poderá ser preterido. Assim, o peso depende das circunstâncias advindas com a situação apresentada.

É exatamente o que ocorre na situação em que o direito à liberdade de expressão entra em conflito com o direito à vida privada. Nesse caso, para medir o peso de ambos os princípios, deve-se ter em mente qual o grau de publicidade do indivíduo. Tratando-se de pessoa pública, como artistas, esportistas, servidores públicos etc. então o peso conferido ao primeiro direito será maior em razão do interesse geral pelo assunto.

Por outro lado, caso a pessoa não experimente uma situação pública intensa ou relevante, então o direito à vida privada terá peso maior do que o de liberdade de expressão – agora a privacidade será a norma prevalente, enquanto a liberdade de expressão será submetida a maiores concessões ante aquele direito.

Mendes e Branco (2014, p. 75), ilustram a situação com este exemplo:

Figure-se o exemplo de um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão com o direito fundamental à privacidade que ocorrerá se um jornalista deseja expor dados pessoais de alguém numa reportagem. Os dois direitos têm a índole de princípios, eles não se diferenciam hierarquicamente, nem constituem um a exceção do outro. Muito menos se há de cogitar resolver o atrito segundo um critério cronológico. O conflito, portanto, não se resolve com os critérios usuais de solução de antinomias. Ao contrário, terá que ser apurado, conforme o caso, qual dos dois direitos apresenta maior peso. Não seria impróprio, assim, considerar que, se o indivíduo retratado não vive uma situação pública relevante, a privacidade terá maior do que se ele é ator de algum fato de interesse público significativo, quando o interesse geral na matéria poderá ser arguido para emprestar maior peso à liberdade de expressão.

Feitas essas considerações, cabe, agora, traçar um conceito a respeito do que se entende por ponderação.

CONCEITO DE PONDERAÇÃO

O Dicionário Aurélio conceitua o verbete ponderar da seguinte maneira: examinar com atenção e minúcia; apreciar maduramente; considerar, mediar, pesar; atribuir pesos para extração de uma média; pensar muito; refletir. Por sua vez, ponderação é o ato ou efeito de ponderar, ou seja, refletir e meditar com prudência e bom senso sobre a importância, a relevância e o peso de determinado tema.

Conforme anteriormente pontuado, o critério tradicional de subsunção não será suficiente para solucionar o atrito que se instalar entre direitos fundamentais. A partir disso, a Ponderação surge como técnica jurídica a ser aplicada pelo intérprete em suas decisões a fim de solucionar o conflito por meio de balanceamentos e sopesamentos de interesses, bens, valores ou normas sem deixar de levar em conta as circunstâncias do caso concreto (BARROSO, 2008, p. 91/92).

Barcellos (2005, p. 23) conceitua Ponderação (ou balancing, para o direito norte-americano) como a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.

A autora apresenta, igualmente, a lógica empregada por Robert Alexy à técnica da Ponderação como sendo a forma característica de manifestação dos princípios. Assim, a Ponderação equilibra a dimensão de aplicação possível dos princípios. (ALEXY *apud* BARCELLOS, 2005, p. 25).

Desse modo, compreende-se como Ponderação a técnica que solucionará os conflitos entre direitos fundamentais, atribuindo-se peso às normas conflitantes de acordo com as particularidades do caso concreto, buscando a realização de balanceamentos entre eles de modo que haja concessões recíprocas de ambos os lados (convivência entre as disposições), sem afastamento total de um ou de outro.

ETAPAS DA PONDERAÇÃO

Dado o conceito da técnica da ponderação, cabe anotar quais são as etapas percorridas durante sua aplicação.

A primeira etapa consiste, inicialmente, em identificar quais normas estão conflitantes. Em seguida, o intérprete destaca do ordenamento jurídico todos os preceitos relevantes para a solução do caso. Feito isso, ainda na primeira etapa, eles devem ser agrupados em grupos de acordo com a solução que estão propondo: os que indicam o mesmo caminho devem ser alocados no mesmo grupo, enquanto os que apontam solução contrária em outro grupo. Essa forma de agir facilitará a comparação entre as disposições (BARROSO, 2008, p. 92).

Barcellos (2005, p. 92) assevera sobre a necessidade e a importância de selecionar todas as disposições existentes no sistema jurídico que eventualmente solucionem o conflito (ou ao menos que se busque elaborar o quadro mais completo possível), pois assim estar-se-á efetivamente garantindo o equilíbrio dos pesos conferidos às normas no momento da análise.

A identificação de todos os elementos normativos que devem ser levados em conta em determinado caso é vital para que a ponderação se desenvolva sem maiores distorções. É fácil perceber que, se um dispositivo – relevante para o caso – for ignorado pelo intérprete,

os elementos que sugerem uma solução contrária à que a disposição ignorada indicaria assumirão um peso artificialmente maior ao longo da argumentação

Ávila, *apud* Barcellos (2005, p. 93) igualmente ressalta o dever de o intérprete selecionar todas as disposições que venham a participar do debate.

Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível. É comum proceder-se a uma ponderação sem indicar, de antemão, o que, precisamente, está sendo objeto de sopesamento. Isso, evidentemente, viola o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, insito ao conceito de Estado de Direito.

A segunda etapa consiste em examinar a situação concreta, os fatos e as circunstâncias deles advindas – cenário peculiar à ponderação – e como eles se relacionam com os elementos normativos (BARROSO, 2008, p. 92).

Mendes e Branco (2014, p. 185) reforçam a ideia de que o peso conferido a determinado direito quando do uso da ponderação para solução de conflitos será aferido de acordo com as peculiaridades do caso em análise.

Barcellos (2005, p. 116), por sua vez, promove uma subdivisão (em duas fases) dentro da segunda etapa da seguinte maneira: na primeira fase o intérprete deverá estabelecer os fatos relevantes, ou seja, selecionar as circunstâncias fáticas que considere mais expressivas dentre todas as apresentadas na situação; a segunda fase consiste em relacionar os fatos relevantes aos enunciados normativos que, em tese, solucionarão o conflito (aqueles destacados na primeira etapa). Essa repercussão dos fatos sobre as normas influenciará o peso atribuído aos princípios.

Nesse sentido, uma circunstância será considerada relevante de acordo com dois fundamentos: o primeiro é oriundo do senso comum, ou seja, se a sociedade considera certa situação como significativa (seja por fatores históricos, seja por fatores culturais etc.), então a circunstância é um fato relevante; o segundo fundamento decorre da própria lei, ou seja, o legislador estabeleceu que determinado fato é expressivo e deve ser considerado. (BARCELLOS, 2005, p. 116/117).

Com fundamento apenas no senso comum, e considerando a realidade brasileira, a cor dos cabelos do indivíduo será irrelevante para a decisão acerca da maior ou menor proteção de sua vida privada, quando este bem esteja em confronto, e.g., com a liberdade de imprensa. Já mesclando o senso comum com fundamentos jurídicos, a solução desse mesmo conflito normativo será certamente influenciada pelo fato de a pessoa envolvida ser, e.g., titular de um mandato eletivo, de modo que este será agora um aspecto de fato relevante. As disposições normativas que tratam da democracia, da obrigação de prestar contas por parte dos agentes políticos e do princípio da publicidade qualificarão a circunstância como relevante nessa espécie de conflito.

Estabelecidos os fatos relevantes (primeira fase), essa situação produzirá reflexos direitos nas normas que se encontram em conflito (segunda fase). A depender do fato considerado importante, duas consequências apresentam-se: a primeira relacionada ao peso conferido aos princípios, ou seja, o fato confere maior ou menor peso a determinado princípio em detrimento de outro; a segunda informa “o grau de restrição que a escolha de cada uma das soluções possíveis pode impor sobre as demais naquele caso concreto.” (BARCELLOS, 2005, p. 121).

A título de exemplo, a autora faz referência ao caso da cantora Glória Trevi, que seria extraditada. Quando detida nas dependências da Polícia Federal, a cantora descobriu-se grávida e

acusou policiais que trabalhavam na carceragem de terem a estuprado. Os acusados solicitaram a realização de exame de DNA, quando do nascimento da criança, uma vez que tiveram suas honras maculadas, porém a cantora opôs-se ao exame invocando como argumento o seu direito à intimidade e do filho (BARCELLOS, 2005, p. 121).

O Supremo Tribunal Federal, então, autorizou a realização do exame por meio de material colhido da placenta da cantora, visto que o interesse público no caso em questão sobrepujou a intimidade da extraditanda, haja vista que atingiu não só a imagem e a honra de agentes públicos, como, também, a credibilidade das instituições nacionais e a própria imagem do país.

Percebe-se que existem dois conflitos na situação posta acima: um em que foi conferido maior peso ao interesse público do que à intimidade; e outro em que o interesse público esbarra no direito à integridade física da cantora e de seu filho. Na segunda situação, verifica-se que um direito não pesou mais do que o outro, visto que foi possível recorrer a um meio alternativo para solucionar o conflito (exame por meio da placenta), não havendo intromissão na integridade física da cantora.

Barcellos (2005, p. 121/122), então, conclui da seguinte maneira:

Note-se que o dado fático em questão – a circunstância de ser possível realizar o exame de DNA a partir de material da placenta – não confere maior importância à honra dos policiais. Ele simplesmente revela que o atendimento dessa pretensão no caso não causa qualquer restrição relevante ao outro elemento em disputa, a saber: a integridade física da mãe e, sobretudo, da criança. Por outro lado, a adoção de uma norma que vedasse a realização do teste impediria a comprovação da falsidade da acusação, meio pelo qual se poderia restaurar a honra e o bom nome dos acusados.

Por fim, a terceira etapa de aplicação da ponderação consiste na decisão. Nesse momento, as normas destacadas na primeira etapa (aquelas que influenciam a solução do conflito) serão analisadas em conjunto e à luz das circunstâncias fáticas relevantes trazidas pelo caso concreto (segunda etapa). Com isso, serão conferidos pesos em graus diferentes às normas em disputa, de modo que sejam realizadas concessões recíprocas por ambas as disposições legais, contudo, sem que um direito afaste ou anule por completo o outro. Ambos devem conviver (BARROSO, 2008, p. 93).

Durante o momento decisório, o intérprete deve basear-se em argumentos que sejam aceitáveis e compreensíveis por todos (universais), ou seja, deve buscar justificativas que “façam sentido para todos os indivíduos independentemente de suas convicções individuais” – em respeito ao princípio da imparcialidade. Não pode se valer de argumentação que faça sentido exclusivamente a um determinado grupo social (BARCELLOS, 2005, p. 132,136).

Além disso, dentre as soluções possíveis, deve-se primar por aquela que melhor preserve o equilíbrio entre as normas conflitantes e imponha menor restrição de uma a outra, respeitando-se os valores subjetivos estabelecidos como núcleos dos direitos fundamentais em disputa (BARCELLOS, 2005, p. 140-141).

Não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentabilidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado (...) a decisão que vier a ser apurada no processo de ponderação não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais. Ou, em outras palavras, as prerrogativas contidas no núcleo ou consideradas essenciais ao direito devem ser, em qualquer caso, respeitadas.

PARÂMETROS DE APLICAÇÃO AO CHOQUE ENTRE DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À VIDA PRIVADA

Ressalta-se que não é possível estabelecer uma fórmula fixa que será sempre seguida por essa técnica (diferente do que ocorre na subsunção), isso porque a ponderação leva em conta as circunstâncias trazidas pelo caso concreto, ou seja, a própria situação-problema fornece elementos para que o choque seja resolvido por meio de concessões recíprocas (MENDES; BRANCO, 2014, p. 266).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2008, p. 113), entretanto, elenca alguns parâmetros a orientarem o intérprete quando diante de um conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à privacidade (intimidade, vida privada, imagem, honra etc.), mapeando um caminho e elementos a serem observados.

Primeiramente, cabe observar o grau de exposição pública do indivíduo – fato relevante que refletirá, diretamente, no peso conferido aos direitos em disputa. Tratando-se de agente público, por estar lidando diretamente com a coisa pública, certo é que será atribuído maior peso ao direito à liberdade de expressão em detrimento do seu direito à privacidade (o mesmo raciocínio aplica-se às pessoas notórias).

Em um regime republicano, a regra é que toda a atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas, seja pública, o que inclui naturalmente a prestação jurisdicional. A publicidade, como é corrente, é o mecanismo pelo qual será possível ao povo controlar a atuação dos agentes que afinal praticam atos em seu nome. (BARROSO, 2008, p. 116).

Tratando-se de artistas e pessoas famosas, que buscam reconhecimento perante a sociedade valendo-se de exposição pessoal e usam o público para atingir o prestígio que as enaltece, é incoerente com o seu estilo de vida procurar restringir o acesso a informações quando essa mesma “plateia” busque conhecimento sobre a vida do artista (ADI 4815/DF).

Sendo, porém, uma pessoa que não apresente expressividade frente à sociedade, então seu direito à privacidade terá maior peso do que a liberdade de expressão. O grau de preferência conferido a um direito em prejuízo do outro, portanto, depende da personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia (BARROSO, 2008, p. 115).

Esse também é o entendimento de Mendes e Branco (2014, p. 283), pois aduzem que “a extensão e a intensidade da proteção à vida privada dependem, em parte, do modo de viver do indivíduo – reduzindo-se, mas não se anulando, quando se trata de celebridade”.

O segundo parâmetro leva em conta qual o grau de interesse em expor (ou ser informado sobre) determinada situação. Em outras palavras, qual o grau de interesse da sociedade na situação. Cuidando-se de fato de interesse público, então a preferência será para a divulgação (liberdade de expressão), dado que as sociedades verdadeiramente democráticas possuem como pilar a livre circulação de notícias, informações, ideias e pensamentos (BARROSO, 2008, p. 116).

Seguindo a mesma linha de raciocínio e valendo-se dos mesmos argumentos usados por Luís Roberto Barroso, a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, em voto proferido no julgamento da ADI 4815/DF, pontua que a liberdade de expressão é um direito *prima facie*, ou seja, é direito que merece preferência.

Segundo a julgadora, conferir preferência à liberdade de expressão não significa hierarquizar as normas fundamentais, mas, sim, determinar àquele que se sentir lesado por esse direito, àquele interessado na não divulgação da informação, que demonstre um interesse privado extraordinário e coerente (ADI 4815/DF).

Estabelece-se uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia *prima facie*, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão. (ADI no 4815/DF).

Por fim, utilizando fatores históricos e culturais próprios à sociedade brasileira como argumentos (seleção de fatos relevantes), a magistrada elenca três razões para que o direito à liberdade de expressão seja considerado preferente:

A primeira porque existem momentos recentes na história nacional em que a liberdade de expressão foi duramente sobrepujada pela censura, daí a necessidade de afirmar e reafirmar esse direito; a segunda razão porque se trata de algo muito maior que um mero pressuposto para o exercício da democracia, cuida-se de verdadeiro propósito para a realização e plenitude de outros direitos fundamentais (políticos, participação política, associação, reunião etc.); por fim, a terceira razão é pelo fato de que a livre circulação de ideias e informações é algo crucial para o conhecimento e aprendizado da história, tendo por consequência o avanço social (ADI 4815/DF).

Por outro lado, é óbvio que nem todas as situações, ainda que referentes a pessoas notórias, serão objeto de interesse social. Afinal, deve-se respeitar o âmago de proteção do direito à vida privada. Do contrário, estaria esvaziando-se a norma de proteção desse direito, o que é incompatível com a técnica da ponderação e o com o próprio conceito de princípio.

O terceiro parâmetro alçado por Barroso (2008, p. 115) diz respeito ao local do fato. Quando ocorrido em ambiente particular, reservado, o peso atribuído ao direito à privacidade deverá ser maior. As situações que sucedem no interior de um domicílio, a princípio, não são passíveis de propagação contra a vontade do envolvidos.

No entanto, caso o fato desenrole-se em local público (praça, rua, praia etc.) ou em local de acesso público (shopping, restaurante, aeroporto, saguão de hotel etc.), então, em um primeiro momento, serão situações suscetíveis ao direito à liberdade de expressão (BARROSO, 2008, p. 115).

Outro parâmetro levantado pelo Ministro Barroso (2008, p. 115) é o da natureza do fato. Existem situações que, por si só, despertam o interesse social, independentemente das pessoas envolvidas. É o caso de catástrofes naturais (maremotos, tsunamis, terremotos etc.), acidentes ou a prática de crimes. Esses cenários são alvos naturais de interesse jornalístico e atendem ao direito de informar, de ser informado e de buscar informação, podendo expor a intimidade, a honra ou a imagem dos envolvidos.

Caso a divulgação dos fatos extrapole o âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão ou de informação e viole o direito à privacidade, à intimidade, à honra ou à imagem de alguém, cabe ao lesado buscar soluções que o amparem e não ensejem censura das informações, como indenização por dano moral ou material (artigo 5º, IV e X, da CF/88), retificação das

informações veiculadas (se inverídicas) e, em último caso, responsabilização penal (BARROSO, 2002, p. 363).

A utilização do direito de informação não pode ser reconhecida com caráter absoluto, esse direito está sujeito a limitações impostas pelos direitos personalíssimos quando houver desrespeito. Contudo, a mitigação da liberdade de informação também não poderá conduzir à censura da notícia. Para solucionar a questão, recorre-se à técnica da ponderação, que estabelecerá pesos diferentes aos direitos em disputa, segundo as circunstâncias concretas, balanceando a aplicação de ambos. (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 147/150).

Nessa perspectiva, a liberdade de expressão é um direito fundamental que apresenta duas facetas: uma que abarca o direito de externar livremente ideias, opiniões, pensamentos, trabalhos artísticos e literários etc.; e outra que diz respeito ao direito à informação (informar, ser informado e buscar informação).

Nas palavras da Ministra Carmem Lúcia, direito à informação é aquele que tutela a “proteção a obter e divulgar informação sobre dados, qualidades, fatos de interesse da coletividade, ainda que sejam assuntos particulares, porém com expressão ou de efeitos coletivos” (ADI 4815/DF).

O Ministro Barroso (2008, p. 113), então, apresenta mais dois parâmetros peculiares que refletirão diretamente na solução do conflito. O primeiro diz respeito à veracidade dos fatos retratados. Para que a informação esteja protegida pelo âmbito da norma, é necessário que seja verdadeira. Isso porque dentre os valores abarcados pelo direito à liberdade de expressão não se encontram a ofensa à imagem, à honra e à privacidade do indivíduo. A informação falsa, que difama a pessoa, não constitui direito fundamental do emissor.

O segundo refere-se à licitude do meio utilizado na obtenção da informação. Para que a divulgação da situação seja legítima, é necessário que a informação tenha sido obtida por meio de instrumento admitido pelo direito, ou seja, lícito. Caso seja proveniente de recurso inadmissível pelo ordenamento jurídico, então não há legitimidade na divulgação dos acontecimentos.

Assim, a técnica da ponderação coloca-se como verdadeira solução para os chamados “casos difíceis” (hard cases) (BARROSO, 2008, p. 91), aqueles em que os critérios tradicionais não estão aptos a resolver a disputa. No caso de direitos fundamentais, por serem elevados à categoria de princípios, é impossível promover o afastamento total de um em benefício do outro, de forma que ambos devem conviver. Cabe ao intérprete analisar a situação concreta e destacar as circunstâncias trazidas por ela para, então, promover um balanceamento entre os direitos por meio de concessões recíprocas, para que as normas sejam aplicadas da melhor maneira possível, causando o mínimo de prejuízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O critério tradicional de aplicação de normas em que uma afasta a incidência da outra (subsunção) não é suficiente para solucionar o conflito entre direitos e garantias fundamentais. Em razão disso, recorre-se à técnica da ponderação de interesses, que se mostra como verdadeira alternativa apta a solucionar a antinomia.

Como visto, o balanceamento apresenta algumas peculiaridades, dentre elas a importância das circunstâncias do caso concreto e a atribuição de pesos aos direitos conflitantes. Além disso, apresenta-se em três etapas quais sejam: a identificação das normas em conflito e a seleção das disposições passíveis de contribuir para a solução, agrupando-as; a observância das circunstâncias fáticas que acompanham o caso concreto, com o destaque para os fatos relevantes; e a decisão do conflito, mediante a atribuição de pesos diversos a cada direito, observados os valores tutelados pelas normas.

Assim, a técnica da ponderação vale-se de sopesamentos entre os direitos, como forma de assegurar o exercício de ambos da melhor maneira possível, por meio de concessões recíprocas, primando pela coexistência dos direitos conflitantes, sem que um esvazie por completo o outro.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Vol. III, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. ADI 4815/DF, STF, Rel. Min. CÁRMEM LÚCIA, DJE 01/02/2016. Disponível em: <downloadPeca.asp (stf.jus.br)> Acesso em 29 set. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1 Teoria Geral do Direito Civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 12ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção: uma análise frente a teoria da perda de uma chance

The return of children and adolescents in the adoption process: an analysis of the loss of a chance theory

*Nauanny Rocha da Silva
Munyck de Oliveira Silva Carneiro
Edson Carvalho*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.11

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo geral de analisar a devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção, frente a teoria da perda de uma chance. Assim, o problema questiona: cabe a perda de uma chance em caso de devolução de crianças ou adolescentes durante o processo de adoção? Diante da problemática foram traçadas duas hipóteses, quais sejam: a) caberá a perda de uma chance processo de adoção, pois caracteriza ato ilícito, em face dos artigos 186,187 e 927 do Código Civil de 2002, uma vez que há a reparação pela oportunidade perdida; b) Não cabe a teoria da perda de uma chance, se for evidenciado a não dissipação de uma nova oportunidade advinda da adoção. Os objetivos específicos são: analisar o ato ilícito e os pressupostos da responsabilidade civil, compreender a teoria da perda de uma chance, o instituto da adoção no direito brasileiro e analisar os princípios constitucionais inerentes a adoção, com o intuito da verificação da perda de uma chance na devolução de crianças e adolescentes. Diante disso, no tocante à perda de uma chance no processo de adoção, é essencial que os adotantes verifiquem e respeitem os deveres e cuidados como garantias necessárias para o saudável desenvolvimento da criança e do adolescente.

Palavra-chave: teoria da perda de uma chance. adoção. desistência.

ABSTRACT

This study has the general objective of analyzing the return of children and adolescents in the adoption process, against the theory of loss of a chance. Thus, the problem asks: is it possible to lose a chance in the event of the return of children or adolescents during the adoption process? In view of the problem, two hypotheses were drawn, namely: a) the adoption process will be lost, as it characterizes an illicit act, in the face of articles 186,187 and 927 of the Civil Code of 2002, since there is reparation for the lost opportunity; b) The theory of loss of a chance does not fit, if the non-dissipation of a new opportunity arising from the adoption is evidenced. The specific objectives are: to analyze the illicit act and the assumptions of civil liability, to understand the theory of loss of a chance, the institute of adoption in Brazilian law and to analyze the constitutional principles inherent to adoption, in order to verify the loss of a chance of returning children and adolescents. Therefore, regarding the loss of a chance in the adoption process, it is essential that adopters verify and respect the duties and care as necessary guarantees for the healthy development of children and adolescents.

Keywords: theory of losing a chance. adoption. withdrawal.

INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da devolução de crianças e de adolescentes no processo de adoção frente à teoria da perda de uma chance. Com isso, infere-se neste trabalho um tema de cunho extremamente sensível e preocupante, que gera prejuízos aos infantes, pois as crianças e adolescentes suportam todo o sentimento de abandono, desprezo e insuficiência, a partir do momento e entendimento de que com o instituto adoção pretende-se criar e construir relacionamentos duradouros, proporcionando vínculos e laços afetivos.

Porém, em face dos adotantes, recai a responsabilidade diante das necessidades do adotado, inclusive o direito à convivência familiar. Dentre estes aspectos, certas vezes ocorre a idealização e a projeção do adotante sobre o adotado, em virtude de seu comportamento, desenvolvimento, personalidade, gerando assim expectativas ou, em outros casos, frustrações, e neste viés, a perda de uma chance pode surgir.

Ademais, demasiadas vezes, as pessoas que se candidatam para adotar, aquelas que estão na fila de adoção, bem como, a sociedade como um todo, não têm noção do que gera a devolução de crianças e adolescentes, e até mesmo a perda dissipada que poderia ter vindo a ocorrer senão fosse aquele momento de extrema angústia e idealização.

Nesse viés, depara-se com o problema deste artigo: cabe aplicar a teoria da perda de uma chance em caso de devolução de crianças ou adolescentes durante o processo de adoção, visando impor aos adotantes o dever de indenizar?

Assim, duas hipóteses poderão responder à pergunta acima exposta: a) caberá a aplicação da teoria da perda de uma chance ao processo de adoção, pois caracteriza ato ilícito a devolução ou a desistência imotivada, face aos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002; b) Não cabe a aplicação da teoria da perda de uma chance, se for evidenciada a não dissipação de uma nova oportunidade advinda da adoção.

Dentro deste parâmetro, o artigo analisa primeiramente o ato ilícito e os pressupostos da responsabilidade civil para que assim possa-se compreender a teoria da perda de uma chance face ao instituto da adoção no direito brasileiro; e depois os princípios constitucionais inerentes à adoção, tais como os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da dignidade humana, da convivência familiar e comunitária, da afetividade e da responsabilidade familiar, com o intuito de verificar a teoria da perda de uma chance.

Portanto, no tocante à perda de uma chance no processo de adoção, é essencial a verificação de que os adotantes devem atentar aos direitos e deveres que lhes são impostos, bem como aos cuidados como garantias necessárias ao saudável desenvolvimento da criança e do adolescente.

Sendo assim, o trabalho se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema que ensejou o presente artigo.

DO ATO ILÍCITO E DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ato Ilícito

O ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil, pois seu caráter antijurídico da conduta e constitui para o resultado danoso, que é ilícito, em face da violação de um direito preexistente de outro indivíduo¹. Ademais, o ato ilícito é considerado como se fosse um fato jurídico, porém são distintos. Fatos jurídicos são “aqueles eventos, oriundos da natureza ou da vontade humana, que podem repercutir na órbita jurídica, produzindo diferentes efeitos”². Neste sentido,

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 3 v. p. 169.

o fato ilícito é um fato antijurídico, em que o seu acontecimento está condicionado aos efeitos jurídicos que são contrários ao ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, concretizam-se violando as normas jurídicas e negando o direito.³

Nesse prisma, ressalta-se que a noção de culpa também poderá estar presente na composição do ato ilícito, mas, esta “culpa” é considerada em sentido extremamente amplo, ou seja, na caracterização de um comportamento totalmente contrário ao direito, seja este intencional ou não, mas, imputável e ensejador de ocasionar um dano que deverá ser reparado.⁴

Assim, entende-se que a culpa pode ser elemento integrante do ato ilícito, havendo de se afirmar que onde houver a culpa, o ato ilícito estará presente e vice-versa.⁵

Para a configuração do ato ilícito é importante destacar o comportamento voluntário que transgredir um dever ao fato de revestir-se de ilicitude, gerando um dano que deve ser reparado⁶, ou seja, que é praticado em desacordo com a ordem jurídica ao violar direitos e causar prejuízos a outrem.⁷

A ideia de lesão de direitos e dos efeitos do ato ilícito se estabelecem no art. 186 e seguintes, do Código Civil⁸, em que se traz uma concepção *stricto sensu* de ilicitude, pelo qual, o ato ilícito está pautado quando há lesão de um direito preexistente, cumulado com um dano.⁹

O art. 927, do mesmo diploma legal, institui que aquele que porventura provocar prejuízo a outrem, com base nos arts. 186 e 187 do CC/02, fica obrigado a repará-los¹⁰. Assim, é indispensável destacar a configuração de ato ilícito quando o titular de um direito, ao exercê-lo, não observa os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do CC/02), denominado como abuso de um direito.¹¹

Conduta: ação ou omissão

A conduta consiste na ação ou omissão humana voluntária, a qual é pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se de um imperativo de precedência lógica, em que o seu núcleo está pautado na noção de voluntariedade, pois sua esfera resulta na liberdade de escolha do agente imputável, tendo por sua vez, o discernimento e consciência da prática de seu ato ensejador de reparação.¹²

Dentro de sua contextualização, tem-se, então, que a conduta é o “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo.”¹³

3 *Ibid.* p. 169.

4 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 20.

5 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 21.

6 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v. p. 405.

7 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 2 v.5. p. 235.

8 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

9 TARTUCE, *op. cit.*, p. 235.

10 *Ibid.*

11 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

12 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 3 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754449>. Acesso em: 17 ago. 2022.

13 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 38.

O termo ação consiste na exteriorização da conduta, ou seja, caracteriza-se como um comportamento positivo, em que, “as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém através de um fazer.¹⁴” A omissão, por sua vez, é o inverso, sendo um comportamento negativo, e adquire relevância jurídica quando se tem o dever jurídico de agir para se impedir o resultado do ato ilícito¹⁵, ou seja, para se configurar uma responsabilização advinda da omissão, “é necessário o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado”.¹⁶

Assim, a voluntariedade é requisito fundamental da conduta, pois, em abstrato a ação e a omissão devem ser controladas, sendo um fato dominável pelo homem¹⁷. Com base nisso, vê-se que:

[...] a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.¹⁸

Esclarece-se que a regra da conduta é gerar a ilicitude e conseqüentemente o seu dever de indenizar, ilustrando que a obrigatoriedade de reparação de dano está vinculada a um comportamento humano voluntário, positivo ou negativo.

Culpa

A culpa é o elemento nuclear da responsabilidade civil e justifica-se na teoria subjetiva¹⁹. Desta forma, a culpa pode ser estabelecida por meio das seguintes acepções: na culpabilidade, em seu sentido amplo (*lato sensu*), e o sentido estrito (*stricto sensu*).²⁰

Neste viés, a culpabilidade demonstra-se sobre um juízo de censura, em que recai sobre alguém a prática de determinado ato ilícito, ou seja, como violação de um dever jurídico, que pode ser imputável a alguma pessoa²¹. É importante pontuar que há dificuldade na definição de culpa do agente, pois para definir a culpa depende-se de uma concepção moral de culpabilidade. Desta forma, o legislador se valeu na definição de noção do ato ilícito como fato ensejador da responsabilidade civil²².

Assim, o art. 186 do Código Civil (CC/02), dispõe acerca do comportamento do causador, como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.²³

A culpa genérica ou *lato sensu*, em seu sentido amplo, decorre da inobservância de um dever que o causador do ato deveria ter consciência e agido para evitar²⁴. Pode-se dizer que a culpa é a falta de diligência na observância e conhecimento da norma de conduta, assim, o

14 *Ibid.* p. 38.

15 *Ibid.* p. 38.

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 4 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/745338>. Acesso em: 17 ago. 2022.

17 GONÇALVES, *op. cit.*

18 TARTUCE, 2014, p. 260.

19 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 3 v. p. 207.

20 TARTUCE, 2014, p. 260.

21 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 43.

22 GONÇALVES, *op. cit.*

23 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2021.

24 GONÇALVES, 2021 *apud* SAVATIER, 1951.

estado de ânimo do causador decorre a noção de culpa, e entende-se como erro ou desvio de conduta²⁵.

Ademais, a noção de culpa lato sensu engloba também o dolo, o qual institui uma violação de forma intencional com o destino de prejudicar outrem²⁶. Porém, “enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão”, pois o agente se vale da conduta e não do resultado²⁷. Mas, para fins de indenização, o dolo deve ser fixado com a culpa, diante da contribuição causal²⁸, estabelecida nos arts. 944 e 945 do Código Civil²⁹.

Nessa senda, ao existir a intenção de ocasionar prejuízo a outrem, tem-se o elemento volitivo dolo presente, pois se estará diante do conhecimento e intenção de praticar o ato com o escopo de causar dano. Por outro lado, se não houver a intenção explícita e deliberada, e se mesmo assim veio a surgir determinado prejuízo, tem-se o elemento da culpa em sentido estrito, caracterizando a imprudência, a negligência e a imperícia.³⁰

Caracteriza-se a imprudência como a falta de cautela, em que a ação é praticada por meio de uma conduta considerada omissiva; a negligência, por sua vez, é a falta do cuidado, diante da omissão de um ato;³¹ e a imperícia se exprime na falta de exteriorização, qualificação da culpa, ou seja, “decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica.”³²

No entanto, ao que se infere o pressuposto da culpa, está se mostra diante de três elementos: “a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção”. Tendo em vista o exposto, infere-se que ao conceituar-se a culpa, tem-se uma conduta totalmente baseada na voluntariedade, a qual é inversa ao dever de cuidado imposto pelo Direito, pois em seu evento danoso ocasionado pode-se ser previsto, previsível e possivelmente ser indenizado.³³

Nexo de causalidade

O nexo causal, a rigor, é a relação de causa e efeito entre a conduta culposa praticada ou risco criado e o resultado do dano suportado por alguém, ou seja, se estabelece como elemento imaterial ou virtual³⁴. É o primeiro pressuposto da responsabilidade civil a ser enfrentado na solução de determinado ato que ensejou a reparação, por meio da responsabilidade civil³⁵.

Sem o nexo causal não há responsabilidade civil, pois o seu fato é determinável e imprescindível para a indenização, e o seu resultado se estabelece por meio de uma atuação ilícita ou definida em lei. Aliás, o nexo se desenvolve como *quaestio facti* e não *quaestio iuris*, isto é, se dá como questão de fato e não de direito.³⁶

25 VENOSA, *op. cit.*, p. 406.

26 TARTUCE, 2014, p. 262.

27 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 51.

28 TARTUCE, 2014, p. 262.

29 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

30 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*

31 TARTUCE, 2021, p. 816.

32 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 297.

33 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 51.

34 TARTUCE, 2021, p. 827.

35 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 61.

36 AZEVEDO, Alvaro Villaca. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 6v. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/645163>. Acesso em: 19 ago. 2022.

Assim, o nexo de causalidade pré-determina algumas perplexidades, pois seu conceito não é jurídico e decorre das leis naturais³⁷. Faz-se necessário mencionar que “na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC/02).³⁸ Em outro viés, “na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC/02).³⁹”

Por certo, a determinação da relação causal se dá por meio da análise de que, é pertinente à dificuldade de sua prova, em que é verificado a relação de causa e efeito, pois na questão a ser enfrentada não se pode aferir a determinada pessoa a responsabilidade e determinar o resultado por algo que não fez, ao fato de não ter sentido examinar culpa, se não houve dano.⁴⁰

Por fim, tendo em vista os liames no nexo causal, é nítido o seu enredo ao constituir-se com a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano suportado por alguém, ou seja, este estabelece o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

Dano

A respeito do dano, este consiste a noção de prejuízo, sendo o fato jurídico desencadeador da responsabilidade civil, dando causa à “violação sofrida pela própria pessoa, no seu corpo ou em seu âmbito moral, ou em seu patrimônio, sem causa lícita”.⁴¹ Assim, o dano é um fato jurídico *stricto sensu*, e deve estar ligado a um ato humano, intencional ou não, lícito ou ilícito⁴².

Não seria possível falar em responsabilidade civil sem a existência do dano, pois se compreende o dano como uma diminuição do patrimônio, na dimensão material ou patrimonial, ou na violação de direitos de personalidade de forma moral, e até mesmo na extensão extrapatrimonial⁴³.

O dano possui suas modalidades, sendo elas o dano material ou patrimonial, e o dano moral ou extrapatrimonial⁴⁴. O seu critério de divisão se dá em virtude dos interesses que o caracterizam, tendo como espoco a sua individualização e resultado⁴⁵, ao fato de o dano caracterizar-se como uma “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”⁴⁶.

O dano material ou patrimonial, constitui-se por causar prejuízos, perdas que acabam por atingir, lesionar o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural ou jurídica, ou de um ente despersonalizado.⁴⁷

Desta forma, a responsabilidade advinda de um dano patrimonial, pode ser reparada mediante avaliação pecuniária, ou “diante [da] restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior a lesão”⁴⁸. Ademais, para a restauração do dano material ou patrimonial, estão

37 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 61.

38 TARTUCE, 2014, p. 260.

39 TARTUCE, 2014, p. 260.

40 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 62.

41 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 5 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/781151>. Acesso em: 07 abr. 2022.

42 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 3 v. p. 235-238.

43 LÔBO, *op. cit.*

44 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 93.

45 FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 240.

46 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 93.

47 TARTUCE, 2014, p. 281.

48 CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 94.

presentes os danos emergentes ou danos positivos, que corresponde a diminuição do patrimônio da vítima, e os lucros cessantes ou danos negativos, dentre os valores que o prejudicado deixa de receber, de lucrar⁴⁹. Destaca-se que o dano material se constitui diante do art. 402, do CC/02⁵⁰.

O dano moral ou extrapatrimonial se funda na lesão aos direitos da personalidade, como a vida, a integridade, liberdade, honra, intimidade, decoro, sentimentos afetivos e até mesmo a própria imagem. Para a sua reparação não se busca a determinação de um preço, mas sim um meio de atenuar as consequências ocasionadas ao âmago do indivíduo.⁵¹

Infere-se que a possibilidade de reparação, nos casos dos danos morais ou extrapatrimoniais, reside no pagamento de uma indenização, a qual será arbitrada pelo juiz, com o objetivo de compensar a vítima do dano. Este dano fere integralmente a esfera personalíssima da pessoa, e o ressarcimento se dá com a intenção de atenuar, em parte, as consequências causadas, aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁵²

Portanto, há de se afirmar que, qualquer que seja a espécie de responsabilidade, o dano é pressuposto essencial para sua caracterização, sendo sua “pedra de toque”⁵³, ao fato de encontra-se no centro da obrigação de indenizar, não tendo como falar de indenização sem o respectivo dano, assim, adiante se evidenciará as espécies da responsabilidade civil.

TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance se funda na relação com o dano, ou seja, ela se viabiliza com a compreensão do dano patrimonial ou extrapatrimonial, “como a lesão a um interesse concreto merecedor de tutela”⁵⁴. Frente a isto, esta teoria é uma evolução dentro do instituto da responsabilidade civil, a qual é reparável⁵⁵.

A chance perdida reparável consiste em “uma oportunidade dissipada de obter futura vantagem ou de evitar um prejuízo em razão da prática de um dano injusto”⁵⁶. A partir dessa premissa, enfatiza-se que não é qualquer chance perdida que atrairá a aplicação desta teoria e gerará o dever de reparação⁵⁷.

Nessas situações, há hipóteses e critérios de que para ser concretizada esta teoria, deverá estar embasada na probabilidade de mais de 50% (cinquenta por cento), ou seja, em que a oportunidade evidenciada seja maior que a metade.⁵⁸ Desta forma, Tartuce traz o seguinte posicionamento:

[...] ensina Judith Martins-Costa que os critérios para a perda de uma chance “partem da constatação da existência de ‘chances sérias e reais’, pois ‘a teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável’. Por

49 TARTUCE, 2014, p. 281.

50 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

51 TARTUCE, 2014, p. 290.

52 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

53 GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

54 FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 265.

55 GONÇALVES, op. cit.

56 FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 264.

57 LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754571>. Acesso em: 27 ago. 2022.

58 TARTUCE, 2014 apud SAVI, 2006, p. 310.

essa razão, a chance perdida deve representar ‘muito mais que uma simples esperança subjetiva’, cabendo ao réu a sua prova e ao juiz o dever de averiguar quão foi efetivamente perdida a chance com base na ciência estatística, recorrendo ao auxílio de perícia técnica. Além do mais, a sua quantificação segue uma regra fundamental – obedecida também nas espécies de dano moral pela perda d’una chance –, qual seja: a reparação da chance perdida pela vítima, não devendo ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado, pois nunca a chance esperada é igual a certeza realizada”.⁵⁹

Todavia, a teoria da perda de uma chance deve ser pautada como a perda de um resultado que seria certo, ou no intuito de tentar evitar um dano a este resultado, justificando-se que se não houver a certeza de que algo iria ocorrer, ou seja, tendo um dano, esta teoria não se aplica⁶⁰. Ademais, verifica-se que quando se é privado de uma chance, a lesão acarreta uma expectativa frustrada, fato que demonstra a presença de dano, podendo estes serem: danos emergentes, lucros cessantes e dano moral⁶¹.

A teoria da perda de uma chance acaba por flexibilizar-se no sentido de que, se houver danos, estes para serem indenizáveis têm de ser diretos e imediatos, ou seja, “deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.”⁶² Há que se fazer a distinção, pois a destruição da possibilidade de ganho, entre o resultado perdido, a chance de vitória será menor, o que gerará o dever de indenizar, através dos “contornos de plausibilidade e razoabilidade”⁶³.

Por fim, tem-se que a teoria da perda de uma chance é reparável e “radica no núcleo do evento, sem o qual não teria havido o dano.”⁶⁴ Assim, a adoção desta teoria se dá, principalmente, na avaliação e constatação do caso em concreto, no sentido de que lida com a vida pessoal das pessoas e suas relações com outrem, ademais, esta teoria não possui previsão legal, conquanto, contribui doutrinariamente e crescendo gradativamente nas discussões jurisprudenciais.

DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Na conjuntura atual, a adoção é a materialização de um vínculo familiar, com a ideia de poder oportunizar a uma pessoa desconhecida os mesmos tratamentos dados a um filho biológico, assim, desaparece a falsa ideia e a compreensão de que este instituto seja uma substituição de uma lacuna deixada pelo meio biológico ou por qualquer outro motivo.⁶⁵

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90) em seu art. 41, *caput*, “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”⁶⁶

Infere-se a ideia de adoção, a qual “é decorrente de uma escolha recíproca, uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotado se escolhem e se adotam. Não se trata, por certo, de um mecanismo de escolha de filhos por seus pretendentes.”⁶⁷

⁵⁹ TARTUCE, 2014, p. 310.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 99.

⁶¹ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 265.

⁶² CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 100.

⁶³ FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 267.

⁶⁴ LÔBO, *op. cit.*

⁶⁵ FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 988.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 6

A filiação adotiva não pode ficar em segundo plano, e muito menos ser discriminada em relação aos filhos biológicos.⁶⁸ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seus arts. 226 a 230 estabelece a proteção aos filhos, afastando todo e qualquer tratamento discriminatório (art. 226, § 6º da CRFB/88).⁶⁹ A visão sobre adoção é pautada na proteção integral e nas vantagens conferidas ao adotando, constituindo “um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo”.⁷⁰

A inserção de uma criança ou adolescente adotado em um núcleo familiar revela “sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo”⁷¹. Ressalta-se que, de acordo com o art. 2º do ECA, considera-se criança a pessoa com 12 (doze) anos incompletos; e o adolescente a pessoa com 12 (doze) anos completos e menor de 18 (dezoito) anos⁷².

Ademais, a adoção rege-se pela Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009⁷³, Lei da Adoção, a qual introduziu alterações por meio da Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, que alterou o ECA, a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código Civil. Essas modificações trouxeram a manutenção da criança e do adolescente em sua família biológica, e introduziram o seu melhor interesse, respaldado no princípio constitucional, para que se pudesse apresentar a adoção ou colocação em família substituta com medidas excepcionais garantidas e a proteção na esfera trabalhistas aos adotantes.⁷⁴

A adoção não se trata de um ato de caridade, e sim de um mecanismo que insere uma família substituta na vida de uma criança ou adolescente, em que o critério socioafetivo é fundamentado no afeto, tendo seus princípios basilares visar os direitos e deveres do adotado e do adotante.⁷⁵

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES A ADOÇÃO

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente,⁷⁶ previsto no art. 227, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), assegura às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

v.p. 986.

68 FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 986.

69 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

70 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754442>. Acesso em: 19 ago. 2022.p. 1209.

71 FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 986.

72 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

73 BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

74 BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

75 RODRIGUES, Karine Torres; HOFFMANN, Eduardo. A (in)constitucionalidade da desistência injustificada da adoção durante a etapa do estágio de convivência e a responsabilidade civil dos pretendentes pelo dano ocasionado aos adotados. Diálogos e Interface do Direito, Cascavel, 22 jan. 2021. P. 124-151. Disponível em: <https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/61>. Acesso em: 17 ago. 2022.

76 RODRIGUES; HOFFMANN, op. cit. p. 133.

familiar e comunitária.⁷⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/90) em seu art. 3º e 4º, disciplina o mesmo viés anteriormente explanado pela CRFB/88, no sentido de que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, garantindo seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.⁷⁸

Dentre os parâmetros elencados, o princípio disciplina seus interesses de maneira ampla e com prioridade, em que o Estado, a sociedade e a família em conjunto devem tratar com cuidado a elaboração e aplicação dos direitos reservados, principalmente nas relações familiares. Ainda, o princípio ora analisado “parte da concepção de ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular”.⁷⁹

Insta salientar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um:

[...] princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério da interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.⁸⁰

Dessa forma, reconhece-se o “valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos”, em que o melhor interesse não está pautado no fato ensejador do que o julgador aplicar como melhor, mas sim, no que objetivamente suprir a dignidade da criança e do adolescente como seres em desenvolvimento.⁸¹

Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, traz a dignidade da pessoa humana como direito primordial, e no art. 226, § 7º, da CRFB/88 a sua relação em face ao planejamento familiar.⁸² Ele é visto como o princípio máximo, superprincípio, ou macroprincípio, do qual se propagam diversos outros princípios e valores essenciais, como a liberdade, a alteridade, a igualdade, a cidadania e a autonomia privada.⁸³

Nesse prisma, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.”⁸⁴

Para o Direito de Família, este princípio significa a atenção ao indivíduo, à autonomia e à liberdade de todos, proporcionando uma dignidade igual para todas as relações familiares devendo respeitar a não exclusão, legitimando a inclusão social de todas as formas existentes de família e de vínculo afetivo.⁸⁵

77 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

78 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

79 LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 5 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754574>. Acesso em: 17 ago. 2022. p. 177-179.

80 MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo. Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

81 LÔBO, 2021, p. 177-179.

82 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

83 TARTUCE, 2021, p. 2012.

84 LÔBO, 2021, p. 177-179.

85 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/604584>. Acesso em: 19 ago. 2022. p. 120-121.

A entidade familiar, em seu papel de conservação de valores, tem o ECA como amparo. Em seu art. 4º afirma que é dever da família, e da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, sendo eles: saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária e, pôr fim, a dignidade.⁸⁶

O conceito de dignidade está em construção no ordenamento jurídico, por se tratar de uma cláusula geral, acaba por ficar com variáveis interpretações indeterminadas.⁸⁷ Sendo assim, “[...] a dificuldade de conceituação se dá pelo fato de se cuidar de aspectos de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”.⁸⁸

A dignidade tem valores inerentes à pessoa humana, que se manifestam em cada um juntamente com o respeito por parte da sociedade, e do Estado que “se atribui a responsabilidade de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão”⁸⁹ e que a lei deve assegurar, de maneira a proteger o exercício dos direitos fundamentais.⁹⁰

Princípio da convivência familiar e comunitária

O princípio da convivência familiar também tem sua base legal no art. 227 da CRFB/88, ao fato de propositar o fortalecimento dos vínculos familiares e a conservação de crianças e adolescentes no âmbito familiar⁹¹. Conceitua-se como “a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum.”⁹²

Dessa forma, o direito à convivência se tutela em regras e condições jurídicas específicas, ao assegurar a aura de intocabilidade aos direitos e deveres fundamentais, principalmente no que respeita à criança e ao adolescente, sendo dirigido à família e a cada membro dela, além de ao Estado e à sociedade a preservação deste princípio.⁹³

Ainda, o art. 19 do ECA expõe que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.⁹⁴

Contudo, a convivência familiar exprime a ideia do fortalecimento e perpassa a importância dos vínculos e conservação diante do seio da família, sendo que este não está ligado à origem biológica, e sim em uma relação construída através do afeto.⁹⁵

86 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

87 TARTUCE, 2021, p. 2012.

88 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

89 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 97.

90 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

91 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

92 LÔBO, 2021, p. 172.

93 LÔBO, 2021, p. 174.

94 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

95 RODRIGUES; HOFFMANN, op. cit. p. 12.

Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, por sua vez, se entrelaça com o princípio anterior da convivência familiar.⁹⁶ É um princípio jurídico basilar, demonstrando que os irmãos biológicos e não biológicos possuem os mesmos direitos fundamentais e devem ter respeito mutuamente.⁹⁷ Conquanto, este princípio “não se encontra expresso, mas está implícito no texto constitucional como elemento agregador e inspirador da família, conferindo comunhão de vidas e estabilidade nas relações afetivas.”⁹⁸

Ressalta-se que o afeto é visto como principal fundamento nas relações familiares⁹⁹, em que “sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura.” Desta forma, este detém notório valor jurídico e diante da evolução do pensamento jurídico, ganhou o status de princípio¹⁰⁰.

Portanto, o princípio da afetividade esclarece que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.”¹⁰¹ Decorre assim, a ideia de que todo ser humano tem a liberdade de se afeiçoar com quem desejar e estabelecer relações de convivência no seu âmbito familiar, independentemente de sua intensidade, e não estabelecendo distinções entre vínculos consanguíneos e vínculos afetivos, pois a afetividade pode se sobrepor aos laços consanguíneos.¹⁰²

Princípio da responsabilidade familiar

A responsabilidade familiar se estabelece no art. 229 da CRFB/88 no qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”¹⁰³ Assim, os pais lidam diariamente com seres em desenvolvimento, gerando plenitude, autonomia e responsabilidade na vida de seus filhos.¹⁰⁴

Nesta linha, o art. 227 da CRFB/88, impõe a família, à sociedade e ao Estado, garantir saúde, educação, alimentação, lazer, cultura, dignidade, respeito em relação às crianças e aos adolescentes, pois são fatores concernentes à preservação da vida.¹⁰⁵ Diante disto, Paulo Lobô expõe que não há dúvidas a respeito da importância sobre a responsabilidade familiar, pois “a existência humana só é possível se incorporarmos a natureza à ética da responsabilidade”.¹⁰⁶

O princípio da responsabilidade familiar tem grande escopo, ao fato de este ser pluridimensional, a realização dos atos e condições asseguram vida digna nas atuais e futuras gera-

96 LÔBO, 2021, p. 167.

97 *Ibid.*

98 CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/734863>. Acesso em: 19 ago. 2022. p. 167.

99 TARTUCE, 2021, p. 2026.

100 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/604584>. Acesso em: 19 ago. 2022. p. 347.

101 MADALENO, *op. cit.*, p. 145.

102 *Ibid.*

103 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

104 LÔBO, 2021, p. 165.

105 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

106 LÔBO, 2021, p. 166.

ções. A família carrega consigo o compromisso com o espaço dinâmico da realização existencial da pessoa humana, sendo dever e responsabilidade da paternidade e maternidade no campo futuro assegurar condições de vida digna para seus entes familiares.¹⁰⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo trata de um tema extremamente sensível e iniciou-se com a análise minuciosa do ato ilícito e dos pressupostos da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, frente ao tema em questão da devolução de crianças e adolescentes no processo de adoção sob a ótica da teoria da perda de uma chance.

A análise dos pressupostos da responsabilidade civil é de suma importância, uma vez que, auxilia a identificar o causador do dano, o qual, deverá indenizar a vítima prejudicada. Assim, o ato ilícito se dá através da conduta ao resultado danoso, ou seja, a conduta diante da ação ou omissão humana voluntária, em que, em virtude do resultado antijurídico, ocasiona a violação de um direito já preexistente do outro indivíduo, e com isso, decorre a ideia de lesão e direitos decorridos do ato ilícito, que se estabelecem nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

No entanto, tem-se o elemento da culpa que se configura em sentido estrito com a ação negligente, imprudente e com a imperícia, pela falta de cuidado, cautela e habilidade. Neste sentido, o nexo de causalidade engloba a relação da conduta culposa e o efeito que a causou, ao fato de ter se criado um risco ao resultado do dano suportado por alguém. O dano, assim, é elemento desencadeador para a responsabilidade civil, dando causa à violação sofrida pela vítima, e dentre este aspecto, o estudo fora respaldado no seu âmbito moral e material.

Porém, no ordenamento jurídico brasileiro, em face da adoção, a teoria da perda de uma chance se funda na relação com o dano, e esta exprime a chance perdida reparável. A partir desta premissa enfatiza-se que sua relação com a adoção se faz presente, pois, por meio de uma oportunidade dissipada, uma criança ou adolescente pode deixar de ter uma família constituída na base do amor e afeto, aliás, a aplicação desta teoria pode gerar o dever de reparação e indenização.

Dessa maneira, a adoção surge como a materialização de um vínculo familiar, de modo que alguém alheio à uma família, pode ser acolhido e receber a denominação de filho, passando a ter direitos como se legítimo fosse, inclusive sucessórios. Além disso, a adoção decorre de uma escolha recíproca, ou seja, não se trata de um mecanismo em que os adotantes (pais) escolhem seus pretendentes (filhos), mas, por muitas vezes, é o que se verifica, ao estar atrelado à interesses de cunho pessoal ou até mesmo patrimoniais por parte dos adotantes.

Neste parâmetro, o critério socioafetivo é fundamentado no afeto e tem seus princípios basilares, e neste artigo os princípios constitucionais inerentes a adoção expressam o alicerce essencial, ao que diz respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da dignidade e da afetividade.

E pontua-se que, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em que em cada caso deve ser analisado individualmente, desde que resguardados a atenção, o cuidado e o zelo diante da vulnerabilidade a qual estão submetidos, e na situação real que se decida

¹⁰⁷ LÔBO, 2021, p. 181.

pelo melhor interesse do menor. Assim, haverá a ocorrência de se verificar a compatibilidade entre o adotante e o adotado, pois a finalidade de todo processo é a inserção de uma criança ou adolescente no seio de um núcleo familiar responsável e não a perda de uma chance real e séria em poder formar laços recíprocos familiares.

A perda de uma chance decorrente da devolução da criança ou do adolescente traz muito mais consequências do que uma reparação e indenização, enseja também que os adotantes sejam penalizados pelas violações aos direitos da criança e do adolescente, como a dignidade, pois os termos devolução ou desistência geram sentimentos negativos ao adotando, que podem acarretar frustração, ofensa em sua autoestima, tristeza profunda ou traumas de rejeição já passadas.

Aliás, estes termos mencionados anteriormente também remetem a uma coisificação da pessoa humana, isto é, como se a criança ou o adolescente fosse um objeto com defeito e vícios, com a possibilidade de devolução, tendo em vista a insatisfação dos adotantes, que muitas vezes idealizam uma criança ou adolescente perfeito ou não possuem a compreensão exata dos esforços necessários que uma adoção exige. É incalculável assim o dano psicológico, a perda de uma chance em serem adotadas por outra família e todo sofrimento que ocasiona a devolução de crianças e de adolescentes.

Ainda, o presente tema deste artigo responde o problema de pesquisa, à medida que uma das hipóteses foi confirmada em que caberá a perda de uma chance no processo de adoção, pois caracteriza ato ilícito em face dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, uma vez que há a reparação pela oportunidade perdida e se torna necessário a reparação pelo dano moral e psíquico provocado.

Em outra vertente, se presume que o não cabimento da teoria se daria a partir do momento que fosse evidenciado a não dissipação de uma nova oportunidade advinda da adoção frente ao ordenamento jurídico brasileiro, mas, para tanto, pode-se afirmar a grande análise e estudo por traz desta hipótese, advindos de princípios constitucionais ensejadores, pois estes objetivam resguardar e proteger as crianças e adolescentes das consequências psicológicas ocasionadas pela rejeição e devolução.

Importante ressaltar que a matéria evidenciada tem cunho relevante de interesse social e finalidade preventiva, uma vez que o direito fundamental que toda criança e adolescente possui é de ter a plena liberdade, afetividade, convivência familiar, proteção integral, dignidade, amparadas e não se submeter ao sofrimento do abandono, da rejeição e da perda de uma chance.

Por fim, conclui-se que a adoção é um ato de amor, zelo, cuidado, em face de outro indivíduo que muito já sofreu e carrega traços de um passado doloroso, não precisando ser sujeitada a novas rejeições, traumas, abandonos e a perda de uma chance em ter uma família e laços afetivos recíprocos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alvaro Villaca. Curso de Direito Civil: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 6v. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/645163>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/734863>. Acesso em: 19 ago. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: famílias. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. 6 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 3 v.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 3 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754449>. Acesso em: 17 ago. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754442>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 4 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/745338>. Acesso em: 17 ago. 2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. 5 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754574>. Acesso em: 17 ago. 2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 5 v. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/781151>. Acesso em: 07 abr. 2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754571>. Acesso em: 27 ago. 2022.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo. Curso de direito da criança e do adolescente: Aspectos teóricos e

práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/604584>. Acesso em: 19 ago. 2022.

RODRIGUES, Karine Torres; HOFFMANN, Eduardo. A (in)constitucionalidade da desistência injustificada da adoção durante a etapa do estágio de convivência e a responsabilidade civil dos pretendentes pelo dano ocasionado aos adotados. *Diálogos e Interface do Direito*, Cascavel, 22 jan. 2021. P. 124-151. Disponível em: <https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/61>. Acesso em: 17 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 2 v.5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 2 v.

**O reflexo internacional do
desarmamento à luz do estatuto do
desarmamento brasileiro**

**The international reflection of
disarmament in the light of the statute
of brazilian disarmament**

Adriano da Silva Nascimento

Acadêmico do Curso de Direito na Christus Faculdade do Piauí - CHRISFAPI

José de Oliveira Ribamar Café

Acadêmico do Curso de Direito na Christus Faculdade do Piauí - CHRISFAPI

Lucélia Keila Bitencourt Gomes

Professora/Orientadora na Christus Faculdade do Piauí - CHRISFAPI

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.12

RESUMO

O presente estudo, intitulado como “O reflexo internacional do desarmamento à luz do Estatuto do Desarmamento Brasileiro”, tem como finalidade demonstrar como o processo desarmamentista no país prejudicou a população brasileira jurídica e sociologicamente. Para tanto, o referido traz a seguinte indagação: Por que uma lei aprovada com o intuito de proteger a população demonstra seu incontestável fracasso para com a sociedade brasileira? Para o alcance do intento, todo o trabalho se dará através de uma pesquisa bibliográfica por meio de conceitos, artigos científicos e a legislação. A relevância se dá no sentido de que este poderá servir de modelo para outros acadêmicos. A pesquisa terá a importância de ajudar a entender como leis feitas sem as devidas precauções e cautelas podem prejudicar a sociedade de uma nação, tanto no âmbito social quanto no jurídico, tendo como base o próprio Estatuto do Desarmamento, que prejudicou a população e, de forma indireta, ajudou na desordem penal no Brasil. Para tal análise, serão utilizados como arcabouço teórico a Constituição Federal, leis complementares e doutrinadores. Postula-se que através dos procedimentos analisados que se tenha chegado ao processo desarmamentista no Brasil, desde o descobrimento até os dias atuais, assim como em outros países, bem como abordar no contexto realidade social e jurídica em que se vive no Brasil.

Palavras-chave: desarmamento. estatuto do desarmamento. legislação.

ABSTRACT

The present study, entitled as “The international reflex of disarmament in the light of the Brazilian Disarmament Statute” aims to demonstrate how the disarmament process in the country harmed the Brazilian population, legally and sociologically. Therefore, the aforementioned brings the following question: Why does a law passed with the aim of protecting the population demonstrate its undeniable failure towards Brazilian society? For the scope of the intention, all the work will be done through a bibliographic research through concepts, scientific articles and legislation. The relevance is given in the sense that it can serve as a model for other academics. the research will have the importance of helping to understand how laws made without due precautions and precautions can harm the society of a nation, both in the social and legal spheres, based on the Disarmament Statute itself, which harmed the population and, indirectly, helped in the criminal disorder in Brazil. For such analysis, the Federal Constitution, complementary laws and scholars will be used as a theoretical framework. It is postulated that through the analyzed procedures that the disarmament process has been reached in Brazil, from the discovery to the present day, as well as in other countries, as well as addressing the social and legal reality in which we live in Brazil.

Keywords: disarmament. disarmament statute. legislation.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 10.862, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, promulgada em 22 de dezembro de 2003, é um documento jurídico deveras controverso no Direito brasileiro. Tal documento, assim como muitos outros anteriores buscam o controle de armas como forma de

melhorar a segurança pública de nossa nação. Esse Estatuto dá as coordenadas basilares para o registro, posse e a venda de armas de fogo e munições para uso civil.

A Lei do Desarmamento advém de uma premissa de que as armas de fogo levam ao aumento da violência social e o controle de armas busca reduzir a criminalidade. Para tanto, a Lei deveria ser rígida e com poucas brechas, transformando as armas de fogo em objetos caros e de difícil acesso para os civis. Porém, ao contrário do que era idealizado em sua criação, tal efeito de retroagir a criminalidade não saiu conforme o esperado e não traz a paz social.

Afirma-se que a Lei em questão advém de uma premissa de que as armas de fogo levam ao aumento da violência em um determinado local, fazendo com que houvesse um controle, na busca de reduzir a criminalidade, principalmente no que se refere a homicídios, roubos e latrocínios. Para tanto, a Lei deveria ser rígida e com poucas brechas, transformando as armas de fogo em objetos caros e de difícil acesso para os civis.

Porém, ao contrário do que era idealizado em sua criação, tal efeito de retroagir a criminalidade não saiu conforme o esperado. Ao contrário do pensamento de que menos armas levariam a uma paz social, devido a uma fictícia redução de crimes, ocorreu que a criminalidade acabou aumentando, visto que a criminalidade expandiu-se de maneira significativa desde o ano de 2004, chegando a níveis acima de países que atualmente são autênticas zonas de guerra.

Quando a população brasileira teve ameaçado o seu direito de possuir armas, então pode notar a ocorrência acentuada da criminalidade e, atenta a esses fatos, se tornou mais sofisticada, com armas melhores e maior crueldade. Até porque, o povo estava sem defesa, sendo prejudicado e ainda mesmo o direito à legítima defesa, expressamente escrito no Código Penal Pátrio.

Percebe-se um visível choque de realidades entre os brasileiros: a visão dos políticos, que versam no campo ideal, imaginando que alguns atos podem melhorar a convivência social, também atentando-se à realidade do povo, que indiscutivelmente sofre com mais frequência e ferocidade aos ataques da criminalidade, que abrem tamanhas chagas na sociedade, seja gerando medo e sentimento de insegurança, seja na perda de um ente querido ou de alguma função motora do indivíduo.

REFERENCIAL TEÓRICO

Evolução dos armamentos ao longo dos anos

No início da humanidade, as armas eram rústicas, feitas de pedra, visto que o domínio sobre as ferramentas ainda estava evoluindo. Após as épocas das primeiras sociedades, as armas foram aperfeiçoando-se, sendo usados metais para fabricação, como o ferro e o bronze, aumentando a resistência e capacidade. Elas eram usadas para caça, proteção contra animais selvagens, autodefesa e posteriormente, com o advento da formação das primeiras civilizações, a proteção social e estatal.

Com isso, as armas de fogo entram para a história da humanidade com o surgimento da pólvora, na China Antiga. No século IX, as primeiras armas deste porte foram usadas, sendo fabricadas da seguinte forma: tubos de bambu, com variados tamanhos, eram abastecidos com

pólvora e carregados com pedras ou esferas metálicas, quando a pólvora era acionada, impulsionava o projétil velozmente, dando uma capacidade de dano considerável.

Tais artefatos foram aperfeiçoados pelos árabes, que aumentaram o diâmetro dos canos de madeira e, sucessivamente, os tamanhos dos projéteis. Assim, foram criados os primeiros canhões, que tinham um poder de letalidade maior que o das armas convencionais de ceco, como catapultas e trebuchets. No século 14, os canhões passaram a ser feitos de bronze, para aumentar a resistência, diminuindo danos causados pela pólvora.

Com as evoluções feitas na Europa, onde as primeiras armas de fogo portáteis foram projetadas, como mosquetes e arcabuzes, as guerras mudam de formação, tornando-as mais rápidas e focadas na distância, pois as armas cumpriam tal papel sem precisar de aproximação com o inimigo. Também estas começaram a serem usadas pelo povo, como as garruchas, que eram armas de fogo portáteis, sendo o ancestral do revólver e da pistola.

Já nos séculos XIX e XX, as armas passaram de apenas um disparo por vez para disparos múltiplos em grandes rajadas de tiros, tornando seu poder de destruição maior que as suas ancestrais, mudando completamente a visão para tais artefatos, inclusive criando as primeiras leis de controle de armas.

Histórico do desarmamento

Assim como as armas foram evoluindo, também houve um processo de controle destas, pois eram usadas em guerras e sua presença nas mãos de civis não eram vistas com bons olhos, uma vez que havia o medo de revoluções ou crises de segurança, então foram criados vários processos para controlá-las e até bani-las da mão do povo.

Com isso, vários países usaram medidas legais para registro ou proibição, porém nem todas eram medidas de boa-fé, mas sim medidas ditatoriais que prejudicaram a sociedade e abriram caminho para ditaduras e governos autoritários que usam seu poder para dominar o povo sem resistência ou oposição.

O desarmamento no Brasil

O histórico das armas de fogo no Brasil surgiu com a fundação dos primeiros povoados e das primeiras Capitânicas, que eram controladas com mãos de ferro pela Coroa Portuguesa, que controlava a entrada e a fiscalização das armas em território nacional. Haja vista que o Brasil era uma colônia de exploração, o que conferia à metrópole o poder de *imperium* das leis em vigor, cuidando para que não houvesse sinal de revolta, ou, caso tivesse, que esta fosse suprimida rapidamente.

Para tanto, a Coroa Lusitana instituiu em 1603, nas Ordenações Filipinas, regras para porte e posse de armas por civis, como a prevista no Livro V, título LXXX, denominado “DAS ARMAS, QUE SÃO DEFESAS, E QUANDO SE DEVEM PERDER”.

Defendemos que pessoa alguma, não traga em qualquer parte de nossos Reinos, Péla de chumbo, nem de ferro, nem de pedra feitiça, e sendo achado com ella, seja preso e stê na Cadêa hum mez, e pague quatro mil réis, e mais seja açoutado publicamente com baraço e pregão pela Cidade, Villa, ou lugar onde fôr achado.

Nesta legislação, aquele que fabricasse, portasse ou tivesse posse de arma de fogo sem

ser autorizado ou sem ser considerado um “privilegiado”, poderia ser condenado a um mês ou mais de detenção, multa, castigo físico, confisco de bens ou pena capital. Já no caso de ser um “privilegiado”, ou seja, um indivíduo mais abastado na sociedade colonial, este seria exilado para outra região do Império Português. Ademais, a Lei também possuía normas que controlavam o horário de porte das armas, devendo estar todas recolhidas pelos seus donos após o último sino da noite.

A restrição para os civis se intensificou, em uma tentativa de controlar as revoltas que aconteciam no país, estendendo-se à chegada da Família Real. Mas com a vinda de Antônio Feijó, em 1835, durante o Período Regencial, duas mudanças significativas na Lei ocorreram, sendo elas: a criação da Guarda Nacional e a permissão do porte de armas de fogo por parte da população civil, para uso pessoal (desde que não fosse escravo ou indígena). E esta permissão sobreviveu do Segundo Reinado até a Era Vargas, quando a população brasileira sofreu novamente com a restrição do porte de armas para uso defensivo.

Após a consolidação de seu poder, Getúlio promulgou o Decreto Nº 24.602/1934, que afirmava logo no Art. 1º: “Fica proibida a instalação, no país, de fábricas civis destinadas ao fabrico de armas e munições de guerra”. Tal lei era tão extrema que nem os policiais poderiam portar armas, além do fato de que o exército restringiu diversos calibres. Atualmente esta Lei ainda existe, mas com o nome de R-105, e foi ampliada ao longo do tempo, englobando também materiais de tiro esportivo e de coleções.

A justificativa foi controlar as ações do cangaço e dos coronéis nordestinos, que tinham na época grande poder de fogo. Porém, esta medida não teve o efeito esperado, porque a população se desarmou, mas os cangaceiros não se desarmaram, facilitando suas incursões, que espalhavam o caos e medo por todo o Sertão Nordeste. O que o cangaceiro não contava é que sofreria sua primeira derrota, não por parte da polícia, mas pela própria população que foi alvo de sua piada. Fato este que aconteceu em Mossoró-RN, onde em 1927 o bando de Virgulino Ferreira da Silva foi rechaçado pela defesa da cidade, liderada pelo então prefeito, Rodolfo Fernandes, que continha 300 civis armados. Seguidamente a esta humilhante derrota, o cangaceiro nunca mais ousou pisar na cidade.

Durante o Regime Militar que nos governou durante vinte e um anos, também ocorreu o cerceamento do direito de defesa, com base no Decreto Nº 55.649 de 1965, que fiscalizava e controlava não apenas as armas como quaisquer acessórios relacionados com a indústria bélica, tornando mais duro o famigerado R-105 da era Vargas.

Chegando ao período democrático em que vivemos, ocorreu em 2003 o advento da Lei nº 10.826/2003, intitulada de “Estatuto do Desarmamento”, usado para reduzir a quantidade de armas nas mãos das pessoas, sob o pretexto de melhorar a segurança pública, o que infelizmente não ocorreu, visto que a violência aumentou e, por conseguinte, o número de homicídios explodiu em nossa nação, cada vez mais insegura.

Ideologias presentes

Analisando a questão do porte de armas, deve-se ter em mente que há duas visões estritamente antagônicas acerca do porte de armas: o progressismo e o conservadorismo, que devem ser explicados de forma pertinente e introdutória para que haja uma boa comparação

acerca do entendimento do comércio de armas para pessoas da sociedade civil.

Uma visão conservadora

O que é o pensamento conservador? O pensamento conservador é uma corrente política pautada no entendimento de que há grandes instituições e direitos no mundo, que devem ser mantidos e preservados para a manutenção da ordem social. Dentre as instituições está a família, a propriedade e a religião, entre os direitos, prezam-se pela propriedade, liberdade de expressão e a defesa.

Para manter a paz, a harmonia e a ordem social, esses institutos e direitos devem ser mantidos e preservados, pois há o entendimento de durabilidade, ou seja, se estão há tanto tempo conosco, é sinal de que são princípios basilares da sociedade, que devem ser mantidos e protegidos por isso tal corrente possui vários atritos com as correntes progressistas e correntes mais linha-dura, como no caso da esquerda revolucionária, que busca moldar a individualidade em prol da coletividade.

Por ter valores de ordem social e política mais tradicionais, o conservadorismo não é uma corrente única, com mesmos institutos e vontades em todos os lugares do mundo, mas sim variando de acordo com a cultura e região onde está sendo difundida, havendo tanto em caráter regional, como diferenças entre o conservadorismo latino-americano e o norte-americano, quanto religioso, em relação ao conservadorismo europeu, diferindo o norte, de maioria Protestante; o sul, de maioria Católica Romana, e o leste europeu, de maioria Cristã Ortodoxa.

A explicação de Mattos (2017) é bastante sucinta para entender que o conceito de igualdade conservadora é diferente da liberdade pregada pelo socialismo. Enquanto a igualdade para a esquerda está mais voltada para o campo social e material, mediante à luta de classes para almejar a igualdade das mesmas, o conservadorismo prega a igualdade política e jurídica, onde todos são iguais perante a Lei. Logo, a desigualdade social não é pauta permanente desta corrente, pois há o entendimento de que ricos e pobres sempre existiram, então não é algo plenamente alcançável.

Neste pensamento, podemos ver a máxima conservadora acerca da política, na qual o conservadorismo analisa que as mudanças políticas devem ser feitas de forma cautelada, sempre aferindo eventuais mudanças na sociedade e seus efeitos futuros, com o intuito de evitar uma perturbação na ordem social, o que pode causar convulsões políticas, trazendo consigo crises para determinada nação.

A LEI E SUA APLICAÇÃO

A legislação é responsável pelo controle de distribuição de armas, bem como sua posse e seu porte por parte da população civil e ainda as sanções para as transgressões das mesmas. O Estatuto do Desarmamento foi criado visando diminuir a violência que, segundo o Estado brasileiro, é causada pelas armas e, quanto menor a circulação desses artefatos, mais pacífica seria a sociedade brasileira.

Ocorre que tal idealização não ocorreu de fato, no obstante à paz social, visto que houve um aumento significativo da violência, que poderá ser observada perante uma análise assertiva

desse fato social, o qual vem sendo amplamente debatido acerca das causas que o desencadeou.

Análise do estatuto

A Lei nº 10.826 de 2003, mais conhecida como “Estatuto do Desarmamento”, é uma legislação brasileira criada para controlar a comercialização de armas, além de dar as diretrizes para alcançar a permissão de porte ou posse por parte da população civil, mediante registros expedidos pela Polícia Federal Brasileira. Essa legislação possui 37 artigos, divididos nos seguintes capítulos, respectivamente: “DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS”, “DO REGISTRO”, “DO PORTE”, “DOS CRIMES E DAS PENAS”, “DISPOSIÇÕES GERAIS” e “DISPOSIÇÕES FINAIS”.

A primeira parte possui dois artigos, citados apenas para expor a eficácia e o alcance territorial da Lei, além de especificar a serventia do SINARM (Sistema Nacional de Armas), órgão responsável pelo controle das armas de fogo de propriedade da população civil, demonstrando seu papel de forma mais detalhada no seu art. 2º.

Contudo, seu primeiro papel está no referente aos cadastros das armas de fogo a serem recolhidos para o Sistema Nacional, primeiramente coletando os pedidos e as renovações das armas de fogo vendidas no Brasil, expedidos pela Polícia Federal, bem como as transferências de propriedade e ocorrência de imprevistos, como extravio e furto das mesmas, eventos esses que alteram seus cadastros. Também é importante ressaltar que a identificação do cano é importante, para analisar o calibre do projétil, bem como o alcance da arma.

Por fim, este deve comprovar aptidão técnica, para o manuseio das armas, e psicológica, para análise do comportamento, em busca de anomalias psíquicas que podem comprometer o manuseio. Estes exames devem ser feitos nos locais e com os instrutores e psicólogos credenciados pela Polícia Federal. Tais aptidões são dadas mediante laudos positivos de capacidade, para obtenção do registro das armas. Lembrando que aqueles que podem portar armas, como policiais e militares, estão dispensados desta parte.

Os problemas na lei

O Supremo Tribunal Federal (STF) noticiou em seu site que o questionamento de uma ação das atividades de defesa do estado, sob a alegação de que tal artigo priva o cidadão brasileiro de seu direito à propriedade e posse e/ou porte das armas, o que aumentaria a criminalidade, a violência e o contrabando de armas.

Assim, o argumento se baseia no fato de que, primeiramente, o crime do art. 14, de porte ilegal de arma de uso permitido, não poderia ser comparado a crimes hediondos, terrorismo, tortura, tráfico de entorpecentes etc. Logo o porte ilegal poderia ser contido no art. 5º XLII da Constituição Federal, que versa da seguinte forma:

Art. 5º, XLIII: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Analisando a letra da Lei, percebe-se que esse delito não se encaixa nesta classificação, pois o porte ilegal de armas não está localizado no rol taxativo da Lei dos Crimes hediondos,

tampouco está previsto na constituição como exceção para responder criminalmente como inafiançável ou não suscetível de graça ou concessão de anistia para o infrator deste delito.

Desse modo, Menezes (2014) acrescenta de forma cristalina que houve erro do legislador ao editar a Lei quanto à quantificação das penas dos art. 14 e 15, pois tais delitos possuem a mesma pena, 2 anos de detenção, mais multa. Logo, não houve diferença entre um crime de perigo abstrato e de perigo concreto.

Também deve-se observar o fato de que o crime do art. 14 poderia ser menos grave, caso não houvesse discricionariedade tão subjetiva para o acesso a um instrumento de defesa pessoal ou de sua propriedade, o que prejudica o indivíduo, onde, com base na demora e na subjetividade para os motivos de obtenção da mesma, o cidadão brasileiro deve escolher entre andar desprotegido ou arriscar sua primariedade e correr o risco de enfrentar a justiça para portar uma arma ilegalmente, pois muitas pessoas buscam este acesso devido ao desespero em se proteger, em um país onde há o pensamento de que o Estado estará, ostensivamente, sempre ao alcance do cidadão, o que geralmente não ocorre.

As armas e os direitos individuais

A Constituição Federal é a nossa Magna Carta jurídica, protegendo o indivíduo contra agressões à sua personalidade, propriedade, dentre outros direitos. E as armas de fogo, como instrumento de defesa própria ou de terceiros, ajudam o indivíduo a defender alguns direitos do cidadão perante a sociedade, fazendo garantir a autodefesa do indivíduo contra agressões e/ou outros empecilhos que possam atrapalhar o exercício de tais direitos.

O primeiro é o direito à vida, o maior e mais importante direito no qual o indivíduo é titular. Este direito deve ser garantido e preservado de várias formas. Dispositivo este que se encontra no caput do art. 5º da Constituição: “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”.

O direito à vida possui uma estreita ligação para com a legítima defesa, do art. 25 do Código Penal brasileiro, visto que, às vezes, para garantir o direito à vida, nos vemos diante de uma seara de imprevistos, tanto por parte da natureza, em caso de desastres naturais ou ataques de animais, como diante de agressões ou ameaças claramente ameaçadoras à dignidade humana, o que leva o indivíduo a buscar meios de se proteger diante de tais atos.

Quando estamos diante de ser vitimados pela violência, como em caso de tentativa de homicídio, o direito brasileiro nos dá os dispositivos necessários para repelir a injusta agressão, chegando ou não a retirar a vida do agressor. Neste ínterim, entra a questão das armas, que, como meio de defesa, ajudam a repelir a já referida injusta agressão.

Quando, diante de uma situação onde um terceiro leva outra pessoa a um estado de perigo, e esta utiliza uma arma efetivamente, dando um disparo, levando ou não o agressor a óbito, não é justo que esta pessoa responda perante tal ato, pois o direito brasileiro nos dá os dispositivos já citados, além do fato de que houve uma ameaça à vida do ofendido. Logo, no embate entre direitos, o ofendido se sobressai, por ter sido vitimado pelo agressor, o que torna a legítima defesa como altamente compatível com o direito à vida do art. 5º da Carta Magna, pois entra em igualdade com o art. 25-CP, que preza pelo direito de o cidadão proteger direito seu ou

de terceiro.

Nesse pressuposto, Lenza (2018) afirma categoricamente que tal princípio não é absoluto, pois em caso de não atender a função social, pode haver a obrigação por parte do Município de promover sanções no caso de não exercer a função social da propriedade, conforme o art. 182, § 4º, CF. Assim, o proprietário de um terreno urbano sem uso se sentirá no dever de dar à sua propriedade uma utilidade perante a cidade.

A propriedade é um instituto inerente ao ser humano, pois é uma forma de representação do mesmo, inserindo-o na sociedade e reforçando sua dignidade humana e, para tanto, este deve ser assegurado e defendido pelo seu possuidor perante ataques arbitrários de transgressores da Lei, que podem prejudicar ou até se apoderar indevidamente de sua propriedade, gerando desrespeito ao direito brasileiro.

No tocante à defesa da propriedade, as armas se tornam bons meios para proteção, pois o seu uso não é apenas para matar, mas sim para defender ou afugentar. Logo, o art. 25 do Código Penal, que garante a defesa dos direitos do cidadão, também protege o direito à propriedade, dando ao indivíduo que está sob legítimo poder de algum bem, o direito de evitar a apropriação indevida desses bens.

METODOLOGIA

Entendendo a presente pesquisa, fez-se preciso buscar informações de maneira qualitativa, buscando dados mais atualizados para uma análise e fundamentação mais concreta, sendo utilizado o procedimento de estudos bibliográficos. Segundo Lakatos e Marconi (2003), a pesquisa bibliográfica é abrangente para todo projeto de pesquisa, haja vista, outrora publicada em relação ao tema escolhido, desde edições avulsas até meios de comunicação, com o objetivo de fazer com que o pesquisador mantenha contato de forma mais direta com o que foi documentado sobre determinado assunto.

Para tanto, foram utilizados os seguintes meios para a confecção desta pesquisa: sites especializados, artigos de especialistas, literatura bem referenciada acerca do assunto, além da própria legislação brasileira tanto a vigente, quanto as legislações passadas, que perderam sua eficácia temporal e espacial, buscando um melhor entendimento acerca do passado e suas consequências para o presente.

Tais meios de comunicação visam o instituto da independência intelectual, pois em nosso Estado democrático devemos pautar pela democracia da imprensa, que é titular da liberdade de expressão, facilitando uma investigação cristalina e concreta acerca dos institutos jurídicos, políticos e ideológicos brasileiros, que ajudam a formar uma consciência política e ideológica na sociedade brasileira. O procedimento adotado permitirá o contato com informações, além de uma busca de conhecimento a respeito do tema abordado, aprofundando o estudo no campo das pesquisas e tecendo melhor entendimento acerca do assunto em voga.

A pesquisa se faz necessária, pois dá as diretrizes para resolver os problemas pertinentes, além de auxiliar na exploração de áreas onde o problema ainda não tocou, passando despercebidas por pesquisadores. Tal processo permite ao pesquisador reforçar a análise e tem por objetivo permitir ao cientista ter mais acesso às informações. Assim, a pesquisa propicia o

examinar um tema sob nova ótica, podendo inovar suas conclusões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Espera-se que sejam alcançados os conceitos e os objetivos traçados no artigo em questão, haja vista que a liberdade é uma dádiva do ser humano, sendo determinante para nossa existência, diferenciando-nos dos animais, que agem de forma puramente instintiva. Por meio dela, podemos fazer múltiplas escolhas acerca da vida e do mundo, boas ou ruins. A partir do momento em que uma escolha ruim é externada, o Estado usará seu poder coercitivo para coibir tais atos, podendo até mesmo prender o indivíduo transgressor, afastando-o da sociedade, assim garantindo o bem-estar social.

Ocorre que, em determinados casos, o Estado, sob gestão de pessoas tiranas, usa o poder de *imperium*, não para administrar a política e outros atributos estatais, mas para controlar os meios de produção e a Lei, levando a atitudes ditatoriais e antidemocráticas, prejudicando o povo e seu exercício de Direitos básicos. Dentre direitos ameaçados por Leis de caráter centralizador e autoritário, está a defesa, pois por este pode-se proteger a sociedade de fatores humanos ou naturais, assim favorecendo o bem-estar social e o auxílio popular no referente ao exercício das liberdades individuais.

Quanto às armas, não se pode desfazer-se de sua importância, pois foi um dos fatores essenciais para a manutenção da sociedade, desde as primeiras ferramentas usadas para a caça. Estes rústicos artefatos foram uns dos fatores para a sociedade existir até hoje, importantes para a caça, pesca e defesa, sendo consideradas umas das ferramentas mais importantes já criadas pelo Homem, equivalente à roda.

É visto que a liberdade não é vista com bons olhos por tiranos, e que argumentos centralizadores de poder ou de caráter proibitivo da sociedade não buscam a igualdade, mas sim o controle social. Tais atitudes são nocivas à democracia, ferindo conceitos básicos tanto do Direito Positivo quanto do Direito Natural, como, por exemplo, na afirmação de que a defesa do ser humano não pode ser feita por si mesma, auxiliando o Estado, mas sim, com o próprio Estado ditando como a pessoa deve se comportar perante uma situação de perigo.

Por fim, espera-se que com este trabalho possam surgir novas pesquisas de mesma natureza, as quais tragam para a cena interativa discussões tão relevantes quanto a este assunto que deve ser debatido socialmente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Bene; QUINTELA, Flávio. Mentiram para mim sobre o desarmamento. 1 ed. Campinas, SP: Vide Editorial, 2015.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 de Abril 2022.

BRASIL. PORTARIA Nº 012 - COLOG, DE 26 DE AGOSTO DE 2003. Disponível em: <http://www.mariz.eti.br/Portaria_012_09-Dlog-balas.pdf>. Acesso em: 18 de Abril 2022.

COMPRA DE ARMAS E MUNIÇÕES. Associação Nacional da Indústria de Armas e Munições (ANIAM), 2015. Disponível em: <<http://www.aniam.org.br/compra-armas-municao>>. Acesso em: 25 de Abril 2022.

GIACONI, Luiz. A história do desarmamento, parte 1: O Japão pré-imperial, 2014. Disponível em: <<http://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-1-o-japao-pre-imperial/>>. Acesso em: 01 de Maio de 2022.

HALBROOK, Stephen P. Hitler e o desarmamento. 1 ed. São Paulo: Vide Editorial, 2017.

HISTÓRIA DO DESARMAMENTO, parte 2: controle de armas no mundo comunista – A União Soviética, 2014. Disponível em <<http://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-2-controle-de-armas-no-mundo-comunista-a-uniao-sovietica/>>. Acesso em: 01 de Maio de 2022.

HISTÓRIA DO DESARMAMENTO, parte 3: controle de armas no mundo comunista – O leste europeu e Cuba, 2014. Disponível em: <<https://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-3-controle-de-armas-no-mundo-comunista-o-leste-europeu-e-cuba/>>. Acesso em: 01 de Maio de 2022.

HISTÓRIA DO DESARMAMENTO, parte 5: controle de armas na Alemanha Nazista, 2014. Disponível em: <<https://www.defesa.org/breve-historia-do-desarmamento-parte-5-controle-de-armas-na-alemanha-nazista/>>. Acesso em: 01 de Maio de 2022.

LAKATOS, Eva Mariane; MARCONI, Marina Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATTOS, Alessandro Nicoli de. Conservadorismo político explicado em 4 pontos, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/conservadorismo-pensamento-conservador/>>. Acesso em: 25 de Abril 2022.

MENEZES, Ales Fabiane silveira. Do direito do cidadão de possuir e portar armas: 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENEZES, Leilane. Concessão de porte de arma cresce 106% em três anos no Brasil. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/concessao-de-porte-de-arma-cresce-106-em-tres-anos-no-brasil>>. Acesso em: 20 de Abril 2022.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro 5 Tit. 80: Das armas que são defesas e quando se devem perder. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1226.htm>> Acesso em: 18 de Abril 2022.

POLÍCIA FEDERAL. Porte de Arma de Fogo, 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/servicos-pf/armas/porte-de-arma>>. Acesso em: 18 de Abril 2022.

Capítulo

13

**O fenômeno da constitucionalização do
direito civil**

**The phenomem of the
constitutionalization of civil law**

Niâni Guimarães Lima de Medeiros

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.13

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo de fazer um estudo sobre a constitucionalização do Direito Civil. Buscaremos formular uma visão acerca do contexto histórico que desencadeou o surgimento do Direito Civil Constitucional, desde a transição do Estado absolutista para o Estado Liberal, com a codificação do direito privado em 1804 por Napoleão, cujo Código Civil foi fruto da exegese francesa, consagrando a dicotomia entre o direito público e o direito privado. Analisaremos, ainda, a Escola alemã e sua corrente pandectista, a qual buscou formular um direito baseado na ciência, com conceitos positivos e universais. A construção do Direito Civil Brasileiro teve forte influência da exegese francesa e da escola alemã, o que pode ser verificado no texto legal do Código Civil de 1916, fundamentado em valores individualistas e patrimoniais. Com as transformações sociais havidas após as grandes guerras mundiais, o modelo liberal de estado foi perdendo sua força e as novas demandas sociais, ensejou a interferência estatal nas relações privadas, objetivando o bem-estar social e buscando primordialmente a tutela da dignidade da pessoa humana. Inicia-se um processo de constitucionalização do Direito Civil, no qual a Constituição passa a ser tida como unificadora do ordenamento jurídico e cujos princípios e valores servem como meio de garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A elaboração deste estudo fundamentou-se em pesquisa bibliográfica em diversas doutrinas e artigos de Direito Civil.

Palavras-chave: direito civil. direito público. direito privado. constitucionalização.

ABSTRACT

The present research aims to make a study of the constitutionalization of Civil Law. We will seek to formulate a vision about the historical context that triggered the emergence of Constitutional Civil Law, since the transition from the absolutist State to the Liberal State, with the codification of private law in 1804 by Napoleon, whose Civil Code was the result of French exegesis, consecrating the dichotomy between public and private law. We will also analyze the German School and its pandectist current, which sought to formulate a law based on science, with positive and universal concepts. The construction of Brazilian Civil Law was strongly influenced by French exegesis and the German school, which can be seen in the legal text of the Civil Code of 1916, based on individualistic and patrimonial values. With the social transformations that took place after the great world wars, the liberal model of state was losing its strength and the new social demands, gave rise to state interference in private relations, aiming at social well-being and seeking primarily to protect the dignity of the human person. . A process of constitutionalization of Civil Law begins, in which the Constitution is seen as unifying the legal system and whose principles and values serve as a means of guaranteeing the effectiveness of fundamental rights in private relationships. The elaboration of this study was based on bibliographic research in several doctrines and articles of Civil Law.

Keywords: civil law. public law. private law. constitutionalization

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa trazer uma breve reflexão acerca do processo de constitucionalização do Direito Civil, o qual mudou o paradigma da dogmática jurídica.

Partiremos da análise do contexto histórico, inicialmente tecendo comentários a respeito da influência do Direito Romano na construção do Direito Civil Moderno, cujo *Corpus Iuris Civilis* trouxe institutos jurídicos recepcionados por diversas legislações civis até os dias atuais.

Em seguida, abordaremos o pensamento oitocentista, decorrente da transição do Estado absolutista para o Estado liberal, o qual consagrou os ideais iluministas na construção do ordenamento jurídico francês com a codificação do Direito Privado e o afastamento da ingerência do Direito Público nas relações privadas, consagrando a dualidade entre o Direito Público e o Direito Privado.

Posteriormente, na Alemanha, na esteira da separação entre o Direito Público e o Direito Privado, surge a concepção de um direito baseado na ciência, cujos conceitos deveriam ser positivos e universais que deveriam ser aplicados a todos de maneira igualitária.

Através das experiências francesa e alemã, ambas com fortes raízes no Direito Romano, o Direito Civil foi encarado como um sistema fechado e autossuficiente, baseado no conceito da autonomia individual de vontades. O Código Civil era tido como o núcleo do ordenamento jurídico.

Foi nessa esteira que as referidas escolas serviram de base para a construção do Direito Civil Brasileiro, o qual procurou tutelar as relações civis sob a ótica do patrimônio do indivíduo, fato evidenciado no Código Civil de 1916, o qual evidenciava o individualismo e o conservadorismo nas relações particulares.

As transformações sociais havidas no início do Século XX, cujo ápice se deu com o fim da Segunda Guerra Mundial, trouxe o foco do ordenamento jurídico para atender às necessidades do homem, primando pela proteção à sua dignidade, mormente após os horrores do Holocausto.

Os direitos sociais, fruto do clamor das massas, passam a ser incorporados como direitos fundamentais do homem, passando o Estado a intervir nas relações particulares a fim de estabelecer o bem-estar social e a tutelar o homem em sua dignidade.

Nasce o Estado Social e, com ele, inicia-se a superação da clássica dicotomia entre Direito Público e Privado, haja vista que passa a haver interferência estatal nas relações privadas e a consagração de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passam a ser o alicerce do sistema jurídico.

A Constituição para a ser a fonte que unifica o ordenamento jurídico, ocupando o topo da hierarquia das normas e servindo de norte interpretativo das demais normas ordinárias.

O Direito Civil passa a ser publicizado, porquanto institutos civis passaram a ser tratados no âmbito constitucional.

É justamente o processo de constitucionalização do Direito Civil que se pretende analisar neste artigo através das breves ponderações que se seguem.

CONTEXTO HISTÓRICO

O Direito Civil remonta à civilização romana, em cujo Direito Romano teve sua fonte de inspiração.

O Direito Romano, fruto do trabalho de vários juristas, foi um dos primeiros complexos jurídicos, quiçá o mais importante, que deixou legados que serviram de base para diversos sistemas jurídicos, dentre eles, o brasileiro.

O Imperador Justiniano foi o responsável pela codificação das leis romanas, compilando as leis em vigor e realizando alterações na legislação, em razão da evolução da sociedade.

A compilação das leis de Justiniano recebeu o nome de *Corpus Iuris Civilis* (Corpo de Direito Civil) e, até os dias, continua sendo uma das obras mais importantes para o estudo do Direito.

O *Corpus Iuris Civilis*, marco do Direito Privado Romano, é uma significativa fonte para a cultura jurídica ocidental, visto que vários institutos nascidos no seio do Direito Romano foram recepcionados por vários ordenamentos jurídicos, inclusive nos dias atuais. Podemos citar, como exemplo, o casamento, a adoção, o testamento e os contratos, dentre tantos outros.

É inegável que o Direito Romano se tornou a base do Direito Civil Moderno.

Exegese Francesa

No início do Século XIX, o ocidente testemunhou o fim do Estado Absolutista e o surgimento do Estado Liberal, baseado em ideais iluministas.

Precisamente em 1804, com clara influência do Direito Romano, entra em vigor, na França, o Código Civil, conhecido como Código de Napoleão, diploma que consagrou os princípios da Revolução Francesa, baseados na tríade LIBERDADE – IGUALDADE – FRATERNIDADE.

Os juristas, à época, preocuparam-se em solucionar duas questões: os privilégios do Absolutismo e a insegurança do direito feudal. Buscaram, para tanto, a criação de um ordenamento neutro, estruturado, a partir da construção de um direito simples e uno, o qual deveria ser aplicado a todos de maneira igualitária.

Nesse período, o direito estruturava-se numa divisão entre Direito Público e Direito Privado.

Ao Direito Público cabia regular os interesses gerais da coletividade com o Estado. Já ao Direito Privado cabia regular os interesses privados, as relações particulares em condições de igualdade entre as partes.

O Direito Público era centrado na noção de Constituição, a qual era entendida como uma carta política desprovida de força normativa própria e, assim, sem aplicabilidade direta e imediata.

As normas constitucionais legitimavam o exercício do poder, estabeleciam a separação de poderes e garantiam os direitos dos cidadãos oponíveis em face do Estado.

O Direito Privado, por sua vez, tinha como núcleo o Código Civil, que normatizou situações da vida privada de forma racional e sistematizada, primando pela proteção à autonomia de vontades, à propriedade e à família.

Para a Teoria Clássica do Direito Privado, o Código Civil era autossuficiente e, para que fosse interpretado, não havia necessidade de recorrer a nenhuma outra norma para solucionar

os conflitos entre os particulares.

Segundo Gustavo Tepedino (2008, p. 2), o Código Civil era tido como a “constituição” do Direito Privado, uma vez que não existia nenhuma outra norma que lhe fosse hierarquicamente superior em questões patrimoniais.

Escola Alemã

Ao contrário da Exegese Francesa, que buscou a positivação do Direito, juristas alemães buscaram reconstruir a ciência do Direito, criando conceitos que serviriam de base para a solução dos conflitos, tendo como idealizador Friedrich von Savigny.

O cientificismo jurídico opunha-se à codificação do Direito e defendia a formulação de um direito baseado na filosofia Kantiana da autonomia de vontade individual e da ordem jurídica como instrumento garantidor da liberdade.

De acordo com LOMBARDI e COVOLAN (2022, p. 12), a escola alemã buscou simplificar o direito adotando a lógica individualista e contratualista do modelo liberal burguês e, para tanto, construiu conceitos jurídicos universais e positivos. Segundo as autoras, ao citar Antônio Manuel Hespanha, “positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva”.

Para os juristas alemães, a codificação, no modelo francês, era rígida e imutável e não acompanhava a evolução das transformações sociais.

A escola Pandectista contribuiu para a edificação da dogmática jurídica, buscando, no Direito Romano, bases para a sistematização de uma doutrina jurídica neutra, com conceitos definidos, que marcaram o Código Civil Alemão, em 1898, o qual entrou em vigor no ano de 1900.

As noções de relação jurídica e a teoria da vontade e do negócio jurídico foram consequências das pesquisas dos juristas pandectistas.

INFLUÊNCIA DAS ESCOLAS FRANCESA E ALEMÃ NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O positivismo jurídico, a dicotomia entre Direito Público e Privado e o Código Civil Brasileiro de 1916

É inegável que o Direito Brasileiro teve grande influência do positivismo em sua construção.

Por ser colônia de Portugal, o Brasil adotou o sistema normativo português, cujas raízes na escola Pandectista eram visíveis.

Mesmo após a independência, em 1822, o Brasil continuou adotando o sistema normativo português até que uma legislação civil própria fosse editada.

Em 1824, a primeira Constituição Brasileira determinava em seu art. 179, XVIII, que fosse organizado “quanto antes” um Código Civil, o qual deveria ter como bases a justiça e a

equidade.

A locução adverbial “*quanto antes*” denotava a urgência na elaboração do Código Civil. No entanto, somente 30 anos depois, o jurista Teixeira de Freitas recebeu o encargo de elaborar um projeto de Código Civil.

Teixeira de Freitas, imbuído dessa função, elaborou a Consolidação das Leis Cíveis do Império, que nada mais era que um esboço do Código Civil, o qual sofreu diversas críticas pois, em alguns aspectos, não se aplicava à realidade brasileira haja vista não ter considerado em seu bojo algumas transformações sociais já consolidadas.

Em 1889, o jurista Clóvis Beviláqua foi convidado para elaborar um novo projeto de Código Civil.

Em 1890, fortemente influenciado pelo paradigma oitocentista, especificamente pela Escola Alemã, Beviláqua apresentou um anteprojeto de cunho científico, liberal e positivista, o qual só veio a ser aprovado em 1916, entrando em vigor em 1917.

O Código Civil de 1916 tinha feições individualistas e conservadoras em relação aos valores referentes às relações patrimoniais, contratuais e familiares.

Nesse cenário, o patrimônio era um valor extremamente tutelado pelo diploma civil, colocando a pessoa no papel de coadjuvante, no papel de sujeito de direito, polo de uma relação jurídica, desconectado de sua dimensão real. Assim, a patrimonialização das relações civis não dava espaço a qualquer valor calcado na dignidade da pessoa.

O Código de Beviláqua era de cunho eminentemente liberal, reduzia a intervenção estatal nas relações privadas, enfatizando, assim, a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado.

Como vimos, o Código Civil de 1916 começou a ser elaborado no Século XIX, só entrando em vigor no Século XX, já quando o paradigma liberal não se adequava à realidade social da época.

A busca pela igualdade formal, fruto dos ideais iluministas, não se traduziu na correção das desigualdades sociais e econômicas, posto que

A codificação, que favoreceu a unificação do Direito Privado, consagrou os interesses da burguesia em detrimento das classes economicamente mais fracas, o que é tão temeroso quanto as intervenções estatais nas relações particulares.

O processo de transformação econômica, social e jurídica que teve início no Século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, deu início à passagem do Estado Liberal para outro modelo de Estado que deveria intervir na ordem social e econômica.

Nesse cenário, mesmo diante da evolução da sociedade, o Código Civil de 1916 entra em vigor e já não mais atende todas as transformações sociais havidas, pois não era capaz de prever todas hipóteses de situações jurídicas e dar-lhes a solução adequada.

Nos dizeres de STOLZE e GAGLIANO (2010, p. 92), “o CC-16 (...) é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo naturalmente a sociedade do Século XIX. Preocupa-se com o ter, e não com o ser”.

Inegável, a influência das escolas francesa e alemã na construção do Direito Civil Brasileiro, o que se nota através da presença do positivismo jurídico e da ênfase à dicotomia do Direito Público e Privado, bem como do caráter individualista e conservador das regras nele contidas.

Declínio do pensamento clássico

Como vimos, o cenário discrepante entre a ideologia contida no Código Civil de 1916 e os ideais de um novo modelo de Estado que surgia não mais atendia aos anseios sociais. STOLZE (2010, p. 90) afirma que “a evolução tecnológica e de costumes tem proporcionado novas visões de vida e de mundo, que não parecem se compatibilizar com a ideia de assentamento perene de regras, ínsita a toda codificação”.

Não havia espaço para um Código Civil que, imutável, previsse as possíveis relações jurídicas e que fosse o centro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 foi um código criado dentro de um contexto social e que entrou em vigor numa fase e que a sociedade passava por transformações, as quais ensejavam a adaptação de normas através de leis esparsas, fato que criou o que alguns doutrinadores chamam de “microsistema” ou “polissistema”.

Passa-se, pois, por um processo de descodificação. O Código Civil deixa de ser o centro do ordenamento jurídico e passa a integrar um polissistema, do qual várias outras leis esparsas fazem parte.

A esse respeito, Gonçalves (2010, p. 39) nos explica:

“A evolução social, o progresso cultural e o desenvolvimento científico pelos quais passou a sociedade brasileira no decorrer do século passado provocaram transformações que exigiram do direito uma contínua adaptação, mediante crescente elaboração de leis especiais, que trouxeram modificações relevantes no direito civil, sendo o direito de família o mais afetado. Basta lembrar a Lei n. 4.111/62 (Estatuto da Mulher Casada), a Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e as leis que reconheceram os direitos aos companheiros e conviventes (Leis n. 8.971/94 e 9.278/96).”

Outrossim, o fortalecimento das organizações operárias trouxe a consolidação dos direitos sociais, uma vez que o descaso com os problemas sociais forçou o Estado a exercer um papel mais ativo na busca da justiça social.

Com isso, os direitos sociais se destacaram como espécies de direitos fundamentais, exigindo condutas do Estado para garantia do bem-estar social.

A transformação do Estado Liberal para o Estado Social foi consequência do clamor das massas e teve seu ápice após a Segunda Guerra Mundial.

As constituições surgidas no pós-guerra passaram a tratar de temas que até então eram tratados pela legislação civil, no intuito de trazer transformações e proteção à sociedade e, precisamente, ao indivíduo em si.

O intervencionismo estatal nas relações sociais trouxe alterações ao papel sistemático do Código Civil e, conseqüentemente, na dogmática civilista. Diante disso, leis civis foram editadas com o fito de proteger outras hipóteses que não foram previstas dentro do *codex civil*.

O Direito Público, então, passou a interferir nas relações privadas para promover os interesses da coletividade, na medida em que as constituições passaram a consagrar princípios e normas limitadoras da autonomia de vontades e da atividade econômica.

Nesse mesmo norte, Mattiuzo Junior e Gagliardi (2007, p. 30) pontuam que o direito civil, nos dias atuais, assume uma posição residual e assim explicam:

“Hoje em dia, admitida a existência de microsistemas, denominação atribuída pela doutrina às leis especiais mais abrangentes, é de notar que o Código Civil, em algumas matérias e diante do estreitamento do seu campo de abrangência, foi reduzido à categoria de fonte residual. E assim o é por uma razão, devido à inserção nas grandes Constituições de princípios e normas que limitam a autonomia privada e estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada”.

Ao longo de diversos séculos, pudemos observar a primazia do Direito Privado sobre o Direito Público, cujo fundamento principal era autonomia de vontade.

Com as mudanças ocorridas ao longo dos acontecimentos históricos, tais como as Primeira e Segunda Guerras Mundiais, trouxeram uma quebra de paradigma, na qual o Direito Público passou a ter primazia sobre o Direito Privado, com o advento de normas públicas que estabeleceram limites à autonomia de vontades.

Barroso (2005, p. 3) pontua sobre o marco histórico do constitucionalismo na história mundial e assim nos explica:

“A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”.

A intervenção estatal nas relações particulares fez com que estas fossem analisadas segundo valores constitucionais, incorrendo naquilo que muitos autores chamam de “*publicização do direito privado*”, no sentido de buscar a igualdade substancial ou material entre as partes.

Em contrapartida à publicização do Direito Privado, já se admite na doutrina um fenômeno inverso, qual seja, a “*privatização do direito público*”, visto que se observa sobre este a ingerência do direito privado, modificando as relações entre Estado e particulares, na medida em que normas de direito privado passaram limitar o agir do Estado, cobrando do gestor público responsabilidade e transparência sobre seus atos.

As transformações havidas no seio da sociedade não permitiam a existência de um Direito Civil isolado, autossuficiente e, diante disso, a teoria clássica seria incompatível com essa nova realidade. A esse respeito, nos explica Ribeiro (2020, p. 268):

“A *summa divisio* do ordenamento, nesse contexto, resta seriamente reformulada: o Direito Privado deixa de ser encarado como um sistema autossuficiente, passando necessariamente a depender de referência ao seu fundamento último de validade, qual seja, a Constituição. Percebemos, assim, que o modelo de Direito Civil proposto pela teoria dita “tradicional” é formalmente incompatível com os novos postulados advindos do neoconstitucionalismo, não havendo mais espaço para um Direito Privado autossuficiente e isolado da esfera pública”.

Observa-se, pois, a superação do pensamento clássico, da visão dualista do Direito. A

dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, utilizada por muito tempo como modelo ideal, dá espaço à busca pelo equilíbrio entre os interesses públicos e privados, passando a entender a pessoa como centro do ordenamento jurídico.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Após a percepção de que a Constituição não era apenas uma carta política, mas que possuía força normativa, encontrando-se no vértice de todo o ordenamento jurídico, foi possível identificar que ela ocupa o papel de unificadora do Direito, condicionando a interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico.

A esse respeito, Tepedino (2007, p. 50) expõe com propriedade que o ordenamento jurídico, por ser formado por uma pluralidade de fontes normativas, “se torna necessariamente aberto e heterogêneo, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição”.

Com o advento do neoconstitucionalismo, valores como a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais passaram a ser utilizados como alicerce do sistema jurídico.

Conforme essa mudança de paradigma, o ordenamento jurídico passou a ser interpretado à luz da constituição, a qual ocupa lugar de supremacia sobre todas as outras normas jurídicas.

Gustavo Tepedino (2007, p. 53) ensina-nos que a dignidade da pessoa humana traz mudanças radicais na dogmática jurídica. É a pessoa, núcleo do ordenamento jurídico, que irá determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais, tutelando-se a sua dignidade em toda e qualquer situação. Em outras palavras, as normas jurídicas devem ser interpretadas a partir dos valores e princípios constitucionais, sempre buscando a proteção da dignidade humana.

Pietro Perlingieri (2002, p. 2), pontua que o ordenamento deve ser interpretado em sua unidade. Segundo o autor, o ordenamento jurídico não se resume ao direito positivo, nem a um conjunto de normas de mesmo nível hierárquico. Ao contrário, o ordenamento jurídico é formado por uma pluralidade de fontes, o qual, em sua complexidade, só alcança sua unidade se estiver em consonância com os valores estabelecidos na Constituição.

É dentro desse contexto que o Direito Civil deve ser compreendido e aplicado sempre em conformidade com a legalidade constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil não cria um novo ramo do Direito – *Direito Civil-Constitucional* –, mas uma metodologia que visa integrar o sistema jurídico e que encontra na Constituição sua principal fonte.

No contexto brasileiro, a partir da Constituição de 1934, todas as constituições incorporaram em seu texto os direitos fundamentais, dentre eles, foram abarcados os direitos sociais.

No entanto, a Constituição Federal de 1988, ao restaurar a ordem democrática e nos apresentar um Estado Democrático de Direito, consagrou direitos fundamentais e recepcionou princípios e institutos de Direito Civil. O homem passou a ser analisado em seu meio e não mais

isolado abstratamente.

Certo é que o Direito Civil na legalidade constitucional atua como meio de garantir a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, primando pela proteção da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sempre buscando promover o bem-estar da coletividade.

Observamos, mesmo diante dessa mudança do cenário jurídico interpretativo, com o advento do Código Civil de 2022, ainda foi possível perceber um paradigma patrimonialista em sua construção, a qual absorveu alguns aspectos do cenário oitocentista.

No entanto, o atual contexto histórico no qual o novo códex foi erigido, a tutela da dignidade da pessoa humana, como valor constitucional, impõe mudanças à hermenêutica do Direito Civil.

O Código Civil de 2022, ao reunir o Direito Civil e o Direito Empresarial, fez com que alguns juristas defendessem a tese de que a unificação do direito privado tornaria desnecessária a compatibilização das normas civis ao texto constitucional.

Críticas à constitucionalização do Direito Civil foram construídas sob a alegação de que a abstração dos princípios constitucionais ensejaria uma temerosa subjetividade dos juízes na aplicação do direito ao caso concreto, bem como um aumento dos casos de difícil resolução em razão das inúmeras variáveis constitucionais a serem aplicadas no processo decisório.

No entanto, em que pesem tais alegações, o ordenamento jurídico deve ser entendido em sua unidade e sua interpretação deve ser dada de acordo com os princípios emanados pela Constituição.

Nesse sentido, o Código Civil de 2022, apesar de ainda conter resquícios de uma visão patrimonialista, não retirou da Constituição a sua função de núcleo unificador do ordenamento jurídico.

Ressalte-se que os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, possuem um papel importante na interpretação constitucional das normas civis. Ao aplicar o direito ao caso concreto, compete ao intérprete analisar as normas civis à luz da Constituição, sempre tutelando a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça comutativa, conforme nos ensina Gustavo Tepedino (2004, p. 22). E é nisto que reside a importância da atuação dos nossos tribunais. Segundo o mesmo autor (2013, p. 7), a obra de integração do ordenamento jurídico cabe ao intérprete e não mais ao legislador e tal feito é justamente realizado através da legalidade constitucional.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil afasta o ordenamento jurídico de valores individualistas, moldando os institutos civis e as relações privadas de acordo com os ideais constitucionais de justiça, dignidade, solidariedade e igualdade material.

Decerto, a constitucionalização do Direito Civil denota que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo, cujos parâmetros interpretativos estão arraigados dentro da Constituição Federal, não deixando margem para uma interpretação isolada dos ramos do Direito.

É, pois, na Constituição que o ordenamento jurídico encontra sua unidade, cujos valores e princípios devem ser aplicados às relações jurídicas e aos quais toda legislação ordinária se

subordina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo exposto, foi possível identificar a influência do exegetismo francês e do positivismo alemão na construção do Direito Civil Brasileiro, cujo pensamento foi determinante para as feições adquiridas pelo primeiro Código Civil brasileiro, quais sejam, o individualismo, o patrimonialismo e o conservadorismo.

A exemplo do Código Civil francês de 1804 e do Código Civil alemão de 1900, o Código Civil brasileiro de 1916 trouxe nitidamente a unificação do direito privado, consagrando a teoria clássica da dicotomia do Direito Público e do Direito Privado, trazendo um direito civil autossuficiente e isolado dos demais ramos do direito.

No entanto, vimos que o Código Civil de 1916, construído através de paradigmas oitocentistas, entrou em vigor em um período em que as transformações sociais havidas requeriam mudanças nas relações sociais.

Com o advento do Estado Social, especificamente no Brasil com a Constituição de 1934, que ressaltou os direitos fundamentais, o Estado necessitou ter maior ingerência nas relações sociais e pautar sua atuação na consecução do bem-estar social.

A dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento da República na Constituição Federal de 1988, é a base de todas as relações sociais, devendo ser o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

É o indivíduo o centro do ordenamento jurídico e não seu patrimônio.

É na Constituição, como já dissemos, que o ordenamento jurídico encontra sua unidade; são as normas constitucionais que integram o sistema jurídico, constituindo o meio garantidor da efetivação dos direitos fundamentais.

O processo de constitucionalização do Direito Civil traz a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico, cujos valores e princípios são o farol para a interpretação de todas as outras normas ordinárias, devendo, portanto, as normas civis serem interpretadas à luz dos princípios e valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, 240, 1–42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1 – Parte Geral. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LOMBARDI, Gabriela Back e COVOLAN, Fernanda Cristina. Direito Civil Alemão no Brasil no Século XIX: Teixeira de Freitas e a Escola Histórica Alemã. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 20, n. 33, p. 202-231, jan/abr. 2022.

MATTIUZO JUNIOR, Alcides e GAGLIARDI. A Constitucionalização do Direito civil e a nova teoria contratual. In: FERREIRA, Jussara S.A. Borges Nasser e RIBEIRO, Maria de Fátima, organizadoras. *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, R. R. B. A passagem do Direito Civil “tradicional” para o Direito Civil-Constitucional: uma revisão de literatura. *Revista Videre*, [S. l.], v. 12, n. 25, p. 252–276, 2020. DOI: 10.30612/videre.v12i25.11580. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11580>. Acesso em: 16 out. 2022.

SILVA LIMA, C.; PEREIRA SOUSA, L. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL COMO GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *Caderno Virtual*, [S. l.], v. 1, n. 36, 2016. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/2810>. Acesso em: 16 out. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Direito Civil e Ordem Pública na Legalidade Constitucional*. In: FERREIRA, Jussara S.A. Borges Nasser e RIBEIRO, Maria de Fátima, organizadoras. *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

_____. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

**A necessidade de caracterização de
pornografia de vingança para fins de
responsabilidade civil do ofensor**

**The need of pornography
characterization to revenge for
offender's civil liability purposes**

*Maria Cristina Viana Leal
Michele Alves Lustosa
Nathália Rodrigues de Almeida
Daniel da Costa Araújo*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.14

RESUMO

O presente estudo, intitulado “A necessidade de caracterização de pornografia de vingança para fins de responsabilidade civil do ofensor”, aborda a pornografia de vingança como sendo um dos novos métodos de violência contra a mulher, tendo como maior intuito a vingança e humilhação da vítima após, na maioria das vezes, um término não aceito pela outra parte, sendo em sua maioria do sexo masculino. O presente trabalho analisa as causas e consequências desse problema, demonstrando o feito como um recurso de domínio masculino com relação às mulheres, trazendo-o como um tipo de violência de gênero. Com o uso das tecnologias, especialmente das redes sociais, essa prática tem sido cada vez mais comum. Ressalta-se que o constrangimento advindo da exposição atinge a pessoa da vítima, bem como seus familiares, amigos, havendo a necessidade de o presente tema ser cada vez mais amplamente discutido por toda a sociedade, sobretudo pelo judiciário brasileiro. A pesquisa busca como objetivo específico as consequências da pornografia de vingança na vida da vítima, sendo estas diversas, já que afetam o convívio social e familiar e em alguns casos, levando até ao suicídio da vítima. Com relação à metodologia utilizada, a pesquisa foi realizada por método dedutivo, levando em consideração a violência enfrentada pela mulher, buscando entender os impactos especiais e psicológicos para ela.

Palavras-chave: pornografia de vingança. consequências. domínio masculino. violência de gênero. exposição pública.

ABSTRACT

The study entitled as “The need of pornography revenge characterization for to purposes of civil liability” addresses revenge pornography as one of the new violence methods against women, with the greatest aim of revenge and humiliation of the victim after, in most cases, a termination not accepted by one of the parties, being mostly male. The present work the causes and consequences, demonstrating the deed as a analyzes resource of male dominance over women and pointing it out as a genre violence. With the use of technologies, especially social networks, this practice has been increasingly common, it is noteworthy that the constraint from the exposure affects the person of the victim, as well as their family members, friends, with the need for this topic to be more and more widely discussed throughout society and especially by the Brazilian judiciary. The research seeks as a specific objective the pornography consequences of revenge in the victim’s life, being these diverse, affecting the social life and family and in some cases, even affecting the victim’s suicide. Regarding the methodology used, the research was carried out by deductive method, taking considering the violence faced by women, seeking to understand the special and psychological impacts for it.

Keywords: revenge pornography. consequences. male domain. genre violence. public exhibition.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, que tem como título “A necessidade de caracterização de pornografia de vingança para fins de responsabilidade civil do ofensor”, tem como objetivo principal analisar a prática da pornografia de vingança no que se refere ao âmbito do direito civil. Para alcançar o comentário, faz-se a seguinte indagação: como se dá a responsabilidade civil frente à pornografia

de vingança?

A internet possibilitou que os indivíduos consigam se conectar em longa escala, e o que se percebe é que tudo rege através do advento da internet. No entanto, mesmo que a tecnologia seja uma aliada, o seu uso inadequado é um problema, pois faz com que os indivíduos sejam lesionados, humilhados e até mesmo os leva a perder sua credibilidade social (MENDES, 2019).

A pornografia de vingança ou pornografia de revanche é um procedimento que consiste em expor a outra parte sem que haja consentimento. A exposição se dá por meio de fotos, vídeos ou montagens que possuem cunho sexual (BUZZI, 2015). É possível observar que a conduta consiste na vingança que pode ocorrer em decorrência de um fim de relacionamento e que tem como finalidade prejudicar a imagem da vítima.

A responsabilidade civil nasce a partir da agressão que um sujeito sofre. A partir disso, o agressor possui responsabilidade jurídica de indenizar o indivíduo lesado, pois essa conduta faz com que os direitos de personalidade e constitucionais sejam violados. Assim, sua indenização é fundamentada conforme o artigo 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil brasileiro.

A partir da globalização, a internet se tornou um meio que propaga diversos conteúdos de imagem que podem tomar proporções que violam a integridade moral de um indivíduo. Assim, observa-se que a pornografia de vingança viola direitos que são resguardados pelo ordenamento jurídico, pois envolve a imagem e honra.

Percebe-se que a pornografia de vingança é uma prática nova e que gera discussões e divergências no âmbito jurídico, pois se busca a responsabilização jurídica do agressor no âmbito civil. Além disso, percebe-se a dificuldade de conceituar o termo, já que ele nasceu a partir da ascensão da internet. Assim, como objetivo primário, busca-se com a presente pesquisa analisar a prática da pornografia de vingança no que se refere ao âmbito do direito civil; identificar os direitos violados frente à divulgação do cunho sexual do indivíduo; explorar a necessidade de reparação e indenização para a vítima de violência virtual.

Quanto ao ponto de vista técnico do que se considera a configuração da responsabilidade civil, o elemento predeterminante da obrigação de indenizar é o dano. No caso da pornografia de vingança, a sua amplitude é imensurável. Afinal, ao divulgar materiais íntimos do ex-parceiro, sem que haja consentimento, ocorre dano moral, pois há a violação aos direitos da personalidade imagem, intimidade e honra, assim como pode ocorrer o dano material, configurado pela diminuição patrimonial da vítima, que pode perder o emprego ou oportunidades profissionais.

Este estudo tem como finalidade demonstrar a importância da pesquisa no que concerne à violência contra a mulher no meio virtual por meio da divulgação de imagens ou vídeos sem o consentimento da mesma, bem como a responsabilização do acusado que comete esse ato ilícito, tendo como objetivo principal explorar a necessidade de reparação e indenização para a vítima de violência virtual.

A metodologia usada no trabalho foi a pesquisa bibliográfica. Quanto à relevância da pesquisa, ela servirá para todos os operadores do direito, pois aborda o que a legislação diz sobre a pornografia de vingança, abordando conceitos e pensamento de doutrinadores. Para tal análise foram utilizados livros, artigos científicos, teses e dissertações. Desse modo, os estudan-

tes e operadores de direito, poderão estudar por meio da pesquisa e está servirá para apoiar seu posicionamento perante a sociedade.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: O QUE SE ENTENDE-SE POR PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NO SÉCULO XXI?

A intimidade é vista como um bem inviolável, contudo, a partir dos meios tecnológicos, esse direito está cada vez mais difícil de ser resguardado. As mídias sociais possuem diversas funcionalidades, dentre essas, percebe-se que o anonimato é corriqueiramente utilizado para divulgar vídeos ou imagens de escala global e imediata. A partir desse cenário, é comum que haja o compartilhamento de imagens não autorizadas com grande frequência.

Essa prática é chamada de revenge porn ou revenge pornography. Essa palavra descreve o ato de divulgar, na internet, imagens ou vídeos de terceiros que abrangem conteúdos sexuais sem que o indivíduo saiba ou que tenha tomado conhecimento da gravação, ou mesmo que a vítima grave, ela não tem intenção de compartilhar o conteúdo (LOPES, 2017).

Esse termo está ligado ao sexting e se refere a um fenômeno que liga o sex e texting (GOMES, 2014). É importante abordar em quais situações ocorrem essa prática. Lelis e Cavallanti (2017) lecionam que ela é comum quando ocorre o fim de um relacionamento, quando uma das partes não concorda com o fim do namoro/casamento/união estável, e divulga de forma pública conteúdos íntimos que visam à vingança ao outro.

Esse compartilhamento pode ocorrer também quando oportunistas ameaçam espalhar o material para conseguir benefícios ou proveitos econômicos (MELO; RODRIGUES, 2017).

Com base nisso, pode-se observar que essas práticas são responsáveis por comprometer a vítima de forma psicológica, que muitas vezes pode levá-la ao suicídio (LOPES, 2017). Os aparelhos de compartilhamento de dados estão no alcance da sociedade, através de um clique, isso é, smartphones e tablets. Esse clique pode tomar proporções irreparáveis, pois funciona da seguinte forma: após a disseminação de um conteúdo íntimo, ele poderá ser repassado a um amigo ou diversos amigos e grupos, e em questão de horas, o conteúdo pode ser compartilhado por um número indeterminado de pessoas.

Nessa perspectiva, a vítima tem sua reputação atingida, o chamado “sequestro da personalidade”, que afeta de forma direta a dignidade humana (PIALARISSI, 2014).

O site Dossiê das Violências de Gênero afirma que as consequências não são menos gravosas pelo fato de serem propagadas no meio virtual. Ao contrário, o alcance pode intensificar os traumas da vítima e pode prejudicá-la em diversas esferas, quais sejam: perda de emprego, dificuldades para adentrar em um outro relacionamento, falta de confiança, problemas de autoestima, entre outros.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Deve-se compreender o conceito de responsabilidade civil para adentrar ao tema principal. Em miúdos, a responsabilidade civil é definida como medidas para forçar alguém a reparar

os danos causados por terceiros conforme suas ações ou omissões. Venosa (2010) conceitua como em princípio, qualquer atividade que pode levar ao prejuízo, gerando responsabilidade ou o dever de indenizar. Assim, o termo responsabilidade é usado em qualquer situação em que há necessidade de alguma pessoa arcar com consequências de determinado ato danoso.

Para que a responsabilidade civil seja caracterizada, é necessário abordar três elementos: conduta humana, dano e nexo de causalidade. O artigo 186 do código civil traz alguns elementos que caracterizam a responsabilidade: aquele que, por ação ou por omissão, com negligência ou imprudência, cometer violação de direito, causando danos a outrem, mesmo que somente moral, comete ato ilícito. Faz-se necessário abordar cada elemento da responsabilidade.

A conduta humana pode ser positiva ou negativa, de forma voluntária pode não ser considerada com a vontade de causar dano. O dano é entendido como um requisito essencial para que haja a existência da responsabilidade de forma contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva, já o nexo de causalidade é o elo que liga o dano à conduta do agente.

Ademais, a partir do advento do código civil de 2002, foi consagrada a responsabilidade objetiva, além da responsabilidade subjetiva. A primeira é baseada no risco e a segunda é calçada pela culpa. Artigo 927 do Código Civil diz que quem comete ato ilícito e causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Logo, entende-se que o indivíduo deve responder juridicamente por seus atos que envolvem aspectos materiais e morais.

Responsabilização civil frente a pornografia de vingança

A pornografia de vingança fere o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsão constitucional. A dignidade da pessoa humana se refere ao valor que consta na consciência e o sentimento de bem-estar de todos, que cabe ao indivíduo, e o Estado é o garantidor dos direitos necessários para que se possa viver com dignidade (SOUZA, 2014). Dessa forma, entende-se que a responsabilidade civil obriga a pessoa, seja ela física ou jurídica, a reparar um dano que causa a outrem (DINIZ, 2012, p. 33). Assim, deve-se compreender a responsabilização da divulgação de material de cunho sexual contra a vontade da vítima dentro do ordenamento.

A indenização moral pode ser fundamentada a partir do artigo 927 do Código Civil, bem como no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal em conjunto com a responsabilidade civil anexada no código civil brasileiro. Observa-se que a indenização é uma medida necessária para aqueles que compartilham sem autorização, principalmente quando se tem a intenção de vingar-se, conforme jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS NA INTERNET. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. NECESSIDADE. SENTENÇA

PARCIALMENTE REFORMADA. 1 - Adivulgação na internet, para conhecidos e desconhecidos, de imagens de ex-namorada nua, após o término do relacionamento, caracteriza a chamada pornografia de vingança ("revenge porn") e consubstancia violência moral contra a mulher no âmbito de relação íntima de afeto, a qual foi prevista pelo legislador nacional no art. 5º, III, c/c art. 7º, V, da Lei 11.340/2006 ("Lei Maria da Penha"), ensejando a reparação por dano moral *in re ipsa*. 2 - Apresentada robusta documentação pela Autora no sentido da responsabilidade do Réu pela exposição das imagens e não tendo o demandado se desincumbido do ônus que o art. 373, II, do CPC, lhe impõe, a condenação a pagar indenização compensatória do dano moral é medida que se impõe. 3 - Reconhecido o dever de indenizar, o Juiz deve fixar o montante da reparação atendo-se à reprovabilidade da conduta, à intensidade e à duração do sofrimento da vítima e à

capacidade econômica das partes, podendo, ainda, aplicar indenização punitiva quando o comportamento do agressor se revelar particularmente censurável. Assim, a despeito dos elementos que impelem à fixação de indenização em patamar elevado, impõe-se, no caso dos autos, a redução do quantum indenizatório arbitrado na sentença, com o fim de adequá-lo aos parâmetros anteriormente mencionados. Apelação Cível parcialmente provida.

(TJ-DF 20110710146265 - Segredo de Justiça 0014321- 67.2011.8.07.0007, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 13/09/2017, 5ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/09/2017 . Pág.: 410/413).

Com base na jurisprudência, é possível observar que a pornografia de vingança pode ser responsabilizada a partir da responsabilidade civil. Acrescenta-se que os provedores de internet também possuem responsabilidade no que concerne aos conteúdos lançados nas bases de provedores de internet, conforme dispõe a lei nº 12.965, de 2014. Entende-se que as informações contidas em plataformas digitais podem ser entendidas como espaços de livre expressão, conforme afirma Schreiber (2015).

A lei nº 12.965/14, em seu artigo 21, especifica o procedimento que deve ser adotado:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Para que o provedor de internet consiga retirar a postagem de circulação, é necessário enviar uma notificação com dados que permitam a identificação do material, para que se verifique a legitimidade para apresentação (BRASIL. Lei nº 12.965, 2014, art 21). A vítima deverá evidenciar o evento que está afetando a intimidade, pois isso serve para que o provedor retire a publicação com mais facilidade. Ademais, aquele que fez o pedido deve ter legitimidade, isso é, elementos que identifiquem o participante do material que será excluído (AREAL, et. al., 2014). Desse modo, a responsabilização dos provedores de internet deve ser subsidiária, mas uma indenização somente pode ser requerida caso o provedor não aja de maneira diligente com relação à retirada do material.

Por fim, não se pode olvidar que a pornografia de vingança traz diversos problemas para a vítima, desde morais à danos psicológicos. Pelo exposto, entende-se que as novas ferramentas digitais, bem com o avanço da internet e a globalização faz com que a propagação de informações tenha um alcance muito rápido. Desse modo, deve haver proteção legal aos direitos das vítimas, sendo obrigação do Poder Judiciário buscar meios de garantir que os direitos não sejam violados com base na responsabilidade civil.

A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER: UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo dos tempos, as relações interpessoais sofreram modificações. A humanidade conseguiu evoluir de cartas para redes sociais. Dessa forma, a comunicação e o compartilhamento de informações evoluíram. Entretanto, deu espaço para novas formas de prática de crimes: já se fala de crimes cibernéticos, entre eles, o “revenge porn”. Com a criação das redes sociais e a facilidade de exposição da vida privada, foi aberto um espaço amplo para a prática da

violência contra a dignidade sexual.

Assim, essa nova forma de crime fere os direitos fundamentais do ser humano. Direitos esses que concretizam as exigências de liberdade, dignidade e igualdade, garantido ao homem isonomia e uma digna convivência. Portanto, é indiscutível que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, conceitua-se como pornografia de vingança o ato criminoso que ocorre depois do término de um relacionamento, em que um dos envolvidos realiza a divulgação de imagens íntimas do outro, de maneira que expõe aquela pessoa pelo simples sentimento de vingança. Mesmo havendo a possibilidade de ela ser praticada contra qualquer um, os indicativos demonstram que há predominância contra as mulheres. Dessa forma, é vista por alguns como sendo uma modalidade nova de violência de gênero.

Vale salientar a forma como o machismo influencia de forma negativa na vida de uma mulher. A desigualdade de gênero se refere às diferenças entre mulheres e homens. Assim, a forma como a sociedade enxerga os dois gêneros é diferente. Quando ocorre uma exposição da vida íntima da mulher, ela acaba sendo desvalidada e tem a vida prejudicada em diversas áreas. Há muitos relatos que após uma exposição a mulher teve que mudar de cidade ou até mesmo de profissão.

Isso ocorre pelo ato de que ao se apropriar da realidade sexual, o machismo supercodifica a representação da relação de poder (DRUMMONT, 1980). Com isso, o machismo acaba representando e colocando em prática a dominação do sexo masculino sobre o feminino na sociedade.

Enquanto sistema ideológico, o machismo dispõe de modelos de identidade para o elemento masculino e para o elemento feminino. Desde a infância, o menino e a menina adentram determinadas relações, alheias a suas vontades, formando suas consciências: “por exemplo, a sentimento de superioridade do garoto pelo simples fato de ser macho e em contraposição o de inferioridade da menina (DRUMMONTT, 1980, p. 81)”.

Portanto, é perceptível que a pornografia de vingança se constitui como uma forma nova de violência contra a mulher. Por isso, há relação com a Lei Maria da Penha, visto que, a violação da intimidade atualmente está no rol exemplificativo de violência psicológica.

Delimitado o enfoque temático, o que se buscou através deste artigo foi o estudo da pornografia de vingança como violência de gênero contra a mulher: uma forma de violação dos direitos fundamentais. Para isso, adotou-se o método dialético de abordagem e a técnica da revisão bibliográfica.

Nesse íterim, analisou-se como a legislação brasileira é falha no que tange a instrumentos adequados e efetivos para punir e prevenir atos de vingança pornográfica. Além disso, demonstra-se o relapso quanto ao amparo aos desdobramentos sociais que a mulher tem que encarar após passar por exposições desse tipo.

Assim, o presente trabalho, pontualmente, elucida algumas das várias questões sociais e jurídicas por trás desse novo tipo de violência contra a mulher, bem como os desdobramentos dos inúmeros efeitos que a ofensa à intimidade provoca nas vítimas, sobretudo no âmbito psico-

lógico.

O gênero feminino e a sua proteção legal quanto ao revenge porn

A dinâmica das novas tecnologias afeta de forma direta os direitos da personalidade do indivíduo. Direitos esses que são essenciais à dignidade e integridade. Assim, independem da capacidade civil da pessoa, protegendo tudo que lhe é próprio: honra, vida, privacidade, intimidade entre outros. Dessa forma, é princípio básico que a dignidade da pessoa seja resguardada. Entretanto, com os novos crimes cibernéticos, é cada vez mais difícil garantir os direitos de personalidade.

Desse modo, a honra é o bem jurídico mais importante da pessoa humana, pois ressalva aspectos subjetivos ao sentimento da própria dignidade moral, como também é objetivo decorrente do bom nome, da boa reputação, da consideração do respeito. Por sua vez, a imagem funciona para auxiliar e identificar a individualização da pessoa humana, sendo subdividida, segundo Maria Helena Diniz, em imagem-retrato e imagem-atributo:

Imagem-retrato é a representação do corpo da pessoa, no todo ou em parte, através de fotos, desenhos, pinturas, sites etc., que permite ainda a edificação de seu titular, reque-rendo a autorização do retratado. Já a imagem-atributo é o conjunto de características as-sociadas a pessoa de seu titular, reconhecido pelo seu círculo social, como generosidade, confiabilidade, fidelidade etc. (DINIZ, 2013, p. 147)

Tendo como base tal perspectiva, qualquer indivíduo tem resguardado tanto o interesse quanto o direito de não ter sua imagem exposta em jornais, revistas impressas, internet, sem a devida autorização, nos termos do art. 20 do Código Civil Brasileiro. Entretanto, os crimes ciber-néticos, como a pornografia de vingança, não permitem que a dignidade da pessoa humana seja protegida. Por essa razão, novas medidas e formas de se pensar a lei devem ser discutidas.

É possível observar que ao longo da história do direito do Brasil, tivemos algumas leis que começaram a trazer penalidades com crimes cibernéticos, como por exemplo: a aprovação do projeto de lei impulsionada a partir da publicação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann na internet, que teve a sua conta de e-mail invadida. O fato levou à mudança na redação dos artigos 266 e 298 do Código Penal, como também houve o acréscimo dos artigos 154-A e 154-B, que aborda crimes digitais referentes à invasão de dispositivos informáticos, assim como a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, informático, telefônico, telemático ou de infor-mação de utilidade pública e, por fim, falsificação de documentos particulares e cartão.

Além dessa, foi aprovada em 2014 a Lei 12.965, que ficou conhecida como Marco Civil da Internet ou Constituição da Internet. A aludida lei visa regulamentar ações no mundo virtual no Brasil, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários e os provedores da internet, inclusive determinando diretrizes para a atuação direta do Estado.

Entretanto, apesar desses avanços nas leis sobre crimes cibernéticos, não há no orde-namento jurídico pátrio uma tipificação da prática da pornografia de vingança. Com isso, quem deseja buscar reparação por vias judiciais pode alegar ser vítima de crime contra a honra, con-forme os artigos 138 a 145 do Código Penal.

O Marco Civil Da Internet como um grande avanço para a responsabilização civil dos provedores de internet

É importante mencionar o grande avanço ocorrido com a promulgação da Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet. A referida lei aparece no cenário nacional como uma forma de regulamentar direitos, deveres e princípios que precisam ser observados no uso da internet. Questões que envolvem privacidade, inclusão digital, liberdade de expressão, segurança de informação, provas eletrônicas, proteção de dados pessoais (PECK, 2016, p. 43) e responsabilidade dos provedores são os principais objetos da Lei. As suas principais pautas, segundo BUZZI (2015, p. 80), são voltadas para a responsabilização civil dos provedores de internet, tendo em vista situações em que a privacidade do internauta é posta abertamente a milhares de pessoas. A lei por sua vez, estabeleceu diretrizes para a atuação da União e de seus entes nas questões tocantes a essa matéria – que, até o ano de 2014, não possuía regulamentação específica (PAES, MOÁS, 2015, p. 9).

É inquestionável a necessidade de um respaldo legal para a punição dos provedores de internet, tendo em vista que é a internet o principal aliado e maior meio de revenge porn, sendo necessário uma maior proteção às relações no ambiente virtual. O Marco Civil da Internet, portanto é uma grande forma de preservação dos direitos da personalidade, pois garante intimidade, honra e preservação da imagem, na internet.

Muito se questionava entre os provedores a preocupação em discutir a criação de um sistema para sanar os pedidos de remoção de material íntimo publicado por força da violência por pornografia de vingança. Antes de 2014 inexistia dever legal. Levando em consideração a ausência de aparato legislativo, a inexistência da lei, antes, não imputava aos provedores a obrigatoriedade de atender a um pedido extrajudicial da vítima ofendida, o que hoje é possível, como bem trata o artigo 21 da lei 12.965/2014. Tal lei afirma que após a notificação extrajudicial da vítima, o provedor não fará esforços para a indisponibilização do conteúdo ofensivo, havendo a possibilidade de responsabilização, ainda que subsidiariamente, pela violação da intimidade promovida pelo compartilhamento e manutenção do material íntimo na web. Observemos o dispositivo:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Assim, a vítima da pornografia de vingança ganhou um importante aparato para a tutela judicial e extrajudicial de sua intimidade e privacidade em casos dessa violência de gênero. Porém, observa-se a partir da leitura dos dispositivos dessa lei que ainda existem lacunas que impossibilitam a efetivação plena dos direitos das vítimas.

O Marco Civil da Internet busca, ainda que de forma incipiente, proteger as vítimas de

pornografia de vingança, e é importante que todos os envolvidos no processo atendam suas normas, sejam os autores, os provedores e até mesmo o Poder Judiciário.

CONSEQUÊNCIAS ÀS VÍTIMAS DE REVENGE PORN: O TRAUMA QUE PERDURARÁ POR TODA A VIDA

Inicialmente, deve-se evidenciar a ampliação que a rede de internet sofreu ao longo dos anos, e o fato de que os crimes contra o público feminino se modernizaram. Assim, faz-se necessário compreender o que significa o termo Revenge Porn: de acordo com Stephanelli (2021), significa pornografia de vingança, pornografia de revanche, vingança pornô, entre outros. Conforme a lei nº 13.718/18, revenge porn ocorre quando imagens ou vídeos íntimos são expostos no espaço virtual sem que haja o consentimento da vítima. Ademais, tem o intuito de punir e vingar a vítima. A autora acrescenta que os responsáveis por essa divulgação são parceiros ou pessoas com quem as vítimas tiveram vínculo amoroso.

É válido acrescentar que o revenge porn passou a ser abordado no ano de 2010. Segundo Buzz (2015), o psicólogo e professor Hunter Moore dos Estados Unidos levantou informações em relação ao compartilhamento de fotos ou vídeos de maneira ilegal que tinham teor sexual causados por sentimento de vingança. Ressalta-se que esse tipo de ato ilícito causa diversos traumas para as vítimas. Com base nisso, deve-se observar o efeito danoso que essa exposição traz para as vítimas.

É evidente que fotos ou vídeos íntimos expostos sem consentimento revira a vida das pessoas envolvidas nisso, impedindo-as de fazer atividades básicas como estudar, trabalhar, frequentar lugares e pessoas. Existe um documento “Drafting Na Efetive ‘Revenge Porn’ Law: A Glide for Legislaturas”, que aborda as sequelas que as vítimas sofrem. 51% das sobreviventes de revenge porn têm pensamentos suicidas e os traumas existentes para as vítimas equiparam-se aos de um abuso sexual físico. Segundo a professora Kristen Zaleski (2016) da University of Southern California, em todos os casos a vítima se envergonha, se responsabiliza pelos atos e isso causa diversos danos ao sistema nervoso, podendo citar como exemplo, distúrbios alimentares. Além disso, o crime não afeta apenas a vítima, mas sua família também.

Salienta-se ainda, a revitimização da vítima. É de praxe mencionar que o tratamento legal conferido à Pornografia de Vingança é falho e deixa muitas lacunas. Segundo Silva e Madrid (2021), a revitimização consiste na ausência de um aparato pleno de atendimento à mulher vítima de violência, seja ela qual for. Isso ocorre porque a vítima mulher, que muitas vezes se encontra em um estágio de vulnerabilidade. Desse modo, é necessária a exigência de um respaldo mínimo que auxilie a vítima e não naturalize a violência sofrida por ela.

Conforme a psicóloga Tamires Oliveira de Mattos (2018), citada por Stephanelli (2021), as vítimas sofrem diversos traumas. Segundo ela, as dificuldades são afetivas, depressão e ansiedade. Desse modo, percebe-se que a pornografia de vingança é um crime rápido, contudo, tem traumas permanentes.

A INDISPENSABILIDADE DA INDENIZAÇÃO MORAL COMO FORMA DE REPAROS À DOR DA VÍTIMA OFENDIDA

É sabido que a pornografia de vingança fere os direitos da personalidade, conforme o princípio da dignidade consagrado na Constituição Federal de 1988. E em decorrência disso, o criminoso tem o dever de indenizar a vítima cuja tem a intimidade exposta. Dessa forma, é necessário abordar a quantificação do dano moral.

Para tanto, faz-se necessário usar como exemplo, um caso julgado no ano de 2016 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A decisão de 1ª instância condenou o réu ao pagamento de R\$ 100.000,00 reais a título de dano moral à vítima. Contudo, em sede de apelação, o valor foi exaurido para R\$ 5.000,00 reais sob a alegação que a vítima teria concorrido para o ato. A partir disso, percebe-se que o fato de a vítima permitir que seja tirada foto ou gravado vídeo não dá direito ao indivíduo de expor na internet.

É evidente que esse ato se refere a uma ofensa moral. Conforme a Lei de Proteção de Dados Pessoais, o revenge porn foi tipificado como crime, fazendo com que o indivíduo pague indenização e também fique ao crivo da justiça criminal para demais responsabilizações. A partir disso, pode-se entender que a era digital não é suficientemente capaz de reduzir a proteção legal aos direitos de imagem. Contudo, o Poder Judiciário deve postular pela proteção das vítimas de modo que garanta a responsabilização dos agressores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que o tema do presente trabalho ainda é pouco discutido perante a sociedade brasileira, que é, ainda, em sua grande parte, uma sociedade machista, e que chega a ser ainda pior com relação ao ordenamento jurídico brasileiro: o sistema judiciário é demasiadamente ineficaz. A internet é o grande auxiliar na prática da violência por pornografia de vingança, ou seja, a titulada “terra de ninguém”, pois é o principal meio de divulgação de fotos e vídeos íntimos, por haver a ideia de que não haverá punição para tão grave delito, já que, infelizmente, é difícil o rastreamento do aparelho tecnológico responsável pela entrega do material íntimo divulgado sem permissão para centenas, milhares de pessoas.

Embora a Constituição Federal de 1988 trate sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção da privacidade e tantos outros institutos de seguridade pessoal à sociedade, ainda é inoperante para esse tipo de violência, sendo a dignidade da vítima não protegida. Isso chega a ser ainda mais grave pelo fato de haver culpabilização da vítima, que sempre leva a culpa e os julgamentos da sociedade.

Então, vejamos, a vítima que nesses casos é a que mais precisa de atenção, amor e especialmente apoio, é a que mais leva a culpa. Ora, isso é revoltante e absurdo, saindo o ofensor (o real e responsável culpado por tudo) inocente, sem nenhuma punição, nenhum julgamento.

Temos que partir do princípio de que de um lado há pessoas, e na sua maioria, mulheres, que têm sua vida totalmente destruída, chegando até o ponto de tirá-la, a ter que viver com o abalo psicológico, “chacota”, o julgamento da sociedade, sem poder ao menos retirar o conteúdo íntimo e traumático da “web”; e de outro lado, temos a figura do ofensor, que sai totalmente ileso,

sem ao menos indenizar a vítima por tamanha crueldade.

Mesmo com o importante avanço legislativo do Brasil no tocante à regulação da internet, muito ainda deve-se avançar, principalmente nos casos de pornografia de vingança, visto que o Estado ainda aborda o tema de forma muito superficial.

REFERÊNCIAS

AREAL, Mônica; FETZNER, Néli Luiza C.; JUNIOR, Nelson C. Tavares. O Dano Moral nas Redes Sociais e sua Responsabilização.

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

BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia de vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111 f. Monografia (Graduação em Direito)- UFSC, Florianópolis, 2015.

CAVALCANTE, V. A. P.; LELIS, A. G. S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova modalidade através da pornografia de vingança. Aracaju, junho 2016. Não paginado. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/3118>. Acesso: 2 out. 2019.

DE AQUINO PAES, Erica *et al.* Novas parentalidades: a resignificação da família em razão da construção jurídica do conceito de afeto. DIKÉ Revista do Mestrado em Direito da UFS, v. 4, n. 1, p. 181 A 199-181 A 199.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. v.7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DRUMONT, Mary Pimentel. Elementos para uma análise do machismo. Perspectivas: Revista de Ciências Sociais, 1980.

FRANKS, Mary Anne. Drafting na effective “revenge porn” law. A guid e for legislations, 2015. Disponível em: <http://www.endrevengeporn.org/guide-tolegislations/>. Acesso em: 13 out 2022.

GOMES, M. M. “As Genis do século XXI”: Análise de casos de pornografia de vingança através das redes sociais. (2014) Monografia Rio de Janeiro: UFRJ/ECO, 2014.

FERREIRA, Sorhaya Allana R.; DE PAULAA, Matheus Fellipe. A pornografia de vingança e os desafios da proteção da privacidade online. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54022/a-pornografia-de-vinganca-e-os-desafios-da-protexao-da-privacidade-online>.

LOPES, A. T. L. Revenge porn: a pornografia de vingança à luz do marco civil da internet. Artigo (Curso de Direito). Centro Universitário São Lucas, Porto Velho 2017.

MELO, R. S.; RODRIGUES, R. O. Revenge porn: questões de gênero a partir da visibilidade compulsória de mulheres na internet In 18 ° CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 2017, Brasília...Anais.. 26 a 29 de julho de 2017, Brasília (DF) 2017. Poster.

MENDES, Tálita Marques. A responsabilidade civil frente ao fenômeno da pornografia de vingança.

Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20FRENTE%20AO%20FEN%3%94MENO%20DA%20PORNOGRAFIA%20DE%20VINGAN%3%87A.pdf>. Acesso em: 14 set 2022.

PECK, Patrícia. Direito Digital – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

PIALARISSI, Marli Aparecida Saragioto. O sequestro da personalidade como núcleo do dano existencial no revenge porn. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, Florianópolis. Anais... Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 117-146. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dfddbc8b408814a2#:~:text=O%20sequestro%20da%20personalidade%20como%20n%C3%BAcleo%20do%20dano%20existencial%20%C3%A9,sexual%2C%20intelectual%2C%20dentre%20outras>. Acesso em: 05 nov. 2015.

REYS, Clayton. Dano moral e a pornografia de vingança. disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333995/dano-moral-e-a-pornografia-da-vinganca>. acesso em: 13 out 2022.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords). Direito & Internet, v. 2, p. 277-305, 2015.

SILVA, Laura de Oliveira Azevedo; MADRID, Fernanda de Matos Lima. O combate a violência institucional contra as mulheres e a desqualificação da palavra da vítima. ETIC-Encontro De Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498, v. 17, n. 17, 2021.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. A dignidade da pessoa humana como princípio basilar da Constituição Federal. Cadernos de Direito, v. 14, n. 26, p. 167-181, 2014.

STEPHANELLI, Rafaela. Revenge porn: consequências extremas. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56921/revenge-porn-consequencias-extremas>. 2021. Acesso em: 13 out 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, pág. 01.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Pornografia de vingança: uma violência de gênero que gera responsabilidade civil e penal. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/859759057/pornografia-de-vinganca-uma-violencia-de-genero-que-gera-responsabilidade-civil-e-penal>. Acesso em: 14 set 2022.

ZALESKI, Kristen L.; JOHNSON, Daniel K.; KLEIN, Jessica T. Grounding Judith Herman's trauma theory within interpersonal neuroscience and evidence-based practice modalities for trauma treatment. Smith College Studies in Social Work, v. 86, n. 4, p. 377-393, 2016.

Capítulo

15

As principais alterações da legislação penal e extravagante com a vigência do pacote anticrime

Nara Fernandes Alberto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.15

RESUMO

Este estudo busca compreender e enumerar as principais mudanças ocorridas com a vigência da lei 13964/2019, o chamado Pacote Anticrime. A citada lei trouxe importantes alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e diversas legislações extravagantes. Recebido com embates pela comunidade jurídica, notadamente no tocante a chamada “legítima defesa funcional” contida no parágrafo único artigo 25 do Código Penal e ainda quanto a instituição do “juiz das garantias”, matéria que se encontra suspensa por força de liminar concedida na ADI 6298, ainda aguardando julgamento meritório.

Palavras-chave: pacote anticrime. código penal. código de processo penal. juiz das garantias.

ABSTRACT

This study seeks to understand and enumerate the main changes that took place under Law 13964/2019, the so-called Anti-Crime Package. The aforementioned law brought important changes to the Penal Code, Code of Criminal Procedure and several extravagant laws. Received with strikes by the legal community, notably with regard to the so-called “legitimate functional defense” contained in the sole paragraph of article 25 of the Penal Code and also regarding the institution of the “judge of guarantees”, a matter that is suspended due to an injunction granted in ADI 6298, still awaiting a meritorious judgment.

Keywords: anti-crime package. penal code. penal procedure code. judge of guarantees.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo compreender e enumerar as principais alterações contidas na lei 13964/2019, também chamada de PACOTE ANTICRIME. Este conjunto de alterações tem o escopo de combater o crime organizado, os crimes violentos e a corrupção sistêmica brasileira.

Tratado como a principal alteração da legislação criminal da última década fora recebido com críticas por toda a comunidade jurídica, bem como diversas de suas alterações foram objeto de ADI junto ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que levou a concessão de medida liminar suspendendo diversos pontos da novatio legis, o que gerou maior insegurança jurídica.

ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

No tocante ao Código Penal a principal mudança trazida pela novatio legis diz respeito à inclusão do parágrafo único do artigo 25 do Codex que inclui a chamada pela doutrina de “LEGÍTIMA DEFESA FUNCIONAL”, eis que somente se aplica aos agentes de segurança pública.

Desta maneira, caso o agente de segurança pública atue para repelir injusta agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém, estará também acobertado pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

Ainda falando do Código Penal outra alteração peculiar foi o aumento de cumprimento de pena restritiva de liberdade de 30 anos para 40 anos. Tal fato se deve ao aumento da expectativa de vida dos brasileiros de um modo geral.

Fora ainda alterado os requisitos para concessão do chamado livramento condicional. Contido no artigo 83 do Código Penal, a lei 13964/2019 incluiu o inciso III que fez nascerem os seguintes requisitos, antes inexistentes:

- a) bom comportamento durante a execução da pena;*
- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;*
- c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído;*
- d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;*

Outra novidade, ainda elencada dentro do Código Penal foi a inclusão do artigo 91 –A que faculta a possibilidade de perda dos bens objeto ou adquiridos com o produto do crime quando a infração cometida tenha pena cominada superior a 6 (seis) anos. Tal perda deve ser requerida pelo Ministério Público na peça inicial acusatória devendo o juiz, caso acolha, declarar a perda em sentença especificando, ainda sobre quais bens recaem.

Trata-se, aqui, de atingir em cheio o financeiro das organizações criminosas, bem como dos grandes chefes das organizações que por vezes, ainda que condenados, continuam a usufruir dos produtos dos crimes.

Consideramos um grande avanço e acerto do legislador, mas que demandará um grande esforço por parte da investigação criminal e também dos Ilustres Membros do Ministério Público.

Outra novidade a ser celebrada se trata do artigo 116 inciso II, III e IV que afasta a prescrição em três hipóteses: quando o agente cumpre pena no exterior, na pendência de Embargos de Declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Veja-se que, na esfera recursal, apenas não correrá a prescrição quando o Recurso for inadmissível, ou seja, ainda que a defesa protocole inúmeros recursos infrutíferos a prescrição não ocorrerá, o que por certo deverá desencorajar recursos manifestamente protelatórios, que não possuíam outro escopo senão o de cavar uma prescrição.

Outra inclusão importante foi a majoração de pena para o crime de roubo quando este for cometido com o uso de arma branca, seja ela própria ou imprópria. E ainda o aumento de pena caso o roubo seja cometido com arma de fogo de uso restrito ou proibido, no ultimo caso a pena deve ser aplicada em dobro.

Em nosso sentir as causas de aumento de pena inseridas no artigo 157 são importantes e vem de encontro com a realidade brasileira, onde se vê criminosos circulando livremente com armas de grosso calibre que possuem maior poder vulnerante que as demais, assim consideramos um grande acerto do legislador.

Cabe-nos ainda mencionar uma mudança na legislação penal contida no artigo 171 que trouxe como regra a ação penal condicionada a representação em todas as hipóteses, salvo quando a vítima for a administração pública direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa

com deficiência mental ou por fim maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Pode-se dizer que tal alteração se dá pelo fato que o vitimado pelo estelionato tenha maior interesse em reaver o que lhe foi tomado pelas mãos do criminoso do que vê-lo receber uma pena corpórea, assim fica livre a polícia judiciária de mover inquéritos infrutíferos quando sequer a vítima tem interesse em ver seu algoz punido pela lei penal, quando seria mais interessante vê-lo ressarcir o prejuízo.

Finalizando as alterações do Código Penal houve ainda a majoração da pena do crime de Concussão, previsto no artigo 316. Trata-se de grave crime cometido por funcionário público que EXIGE para si ou para outrem, vantagem indevida ainda que fora da função ou antes de assumi-la, assim este crime teve a pena aumentada de 2 a 8 anos para de 2 até 12 anos e multa, equiparando-se à pena do crime de corrupção.

ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A principal e mais polemica alteração contida na lei 13964/2019 trata-se da criação do juiz das garantias responsável por atuar na fase prévia do processo judicial até o recebimento da denúncia.

Dessa forma optou o legislador por incluir os artigos 3-A até 3F do Código de Processo Penal que delimita a atuação do chamado juiz de garantias, que se inspira em modelos legislativos de diferentes países, oriundo de mais de uma década de pesquisas dentro da atuação no processo penal.

As críticas se referem a criação de mais um cargo dentro do Poder Judiciário, visto que muitas cidades brasileiras laboram com apenas um juiz, em vara única, para responder sobre todos os processos, de todas as naturezas processuais, o que inviabilizaria a implantação da letra da lei.

Ademais, em se tratando de criação de cargos o legislador não poderia simplesmente cria-lo sem a previsão orçamentaria correspondente, residindo aí um dos pontos que levou ao deferimento da liminar para suspender a aplicabilidade dos artigos por ordem do Ministro Luiz Fux.

Superando tais críticas acreditamos se tratar de grande avanço dentro do sistema processual brasileiro, visto que o juiz quando defere medidas dentro do Inquérito Policial e tem acesso a todas as provas produzidas neste expediente, obviamente acaba tendo sua subjetividade atingida pelo simples contato com a fase inquisitorial.

Outro avanço conquistado com a vigência do PACOTE ANTICRIME diz respeito a atuação dos peritos criminais, posto que finalmente fora positivada em lei a cadeia de custódia dos vestígios do crime, determinando como será feita a coleta, acondicionamento, trânsito e descarte de tais materiais.

Trata-se de importante avanço visto que há muitas décadas o legislativo brasileiro encontrava-se atrasada neste quesito, portanto, recomenda-se a leitura atenta dos novos artigos 158 A à 158 F do Código de Processo Penal.

No tocante aos integrantes das forças policiais quando estes forem investigados em procedimento investigatório referente ao uso de força letal será OBRIGATORIAMENTE acompanhado por um advogado e caso não indique um defensor em 48 horas ser-lhe-á nomeado um defensor público para tal finalidade.

Algum doutrinador tem entendido que tal nomeação retira o caráter inquisitório do inquérito, passando a ser garantida a ampla defesa ainda que em sede de inquérito, contudo, tal afirmação merece críticas, visto que nada foi modificado no tocante ao rito do inquérito, mas apenas e tão somente garantida a assistência de um defensor aos atos administrativos, tal garantia está contida no artigo 14 A do Código de Processo Penal.

Quanto ao arquivamento do Inquérito Policial há grandes modificações contidas no artigo 28 do Código Adjetivo Penal, sendo certo que a determinação do arquivamento agora parte do Representante do Parquet, cabendo a vítima ou seu representante legal a apresentação de Recurso contra o arquivamento diretamente à instância superior do Órgão Ministerial.

Tal artigo também teve sua eficácia suspensa por ordem liminar emanada pelo Ministro Luiz Fux.

O acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28 A do Código de Processo Penal é matéria nova e merece especial atenção dos advogados e estudantes de Direito.

Importante salientar que a decisão judicial que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal é atacável por recurso em sentido estrito, inteligência do artigo 581 XXV.

Prevê, que caso não seja o feito arquivado, quando o investigado houver confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça contra a pessoa e caso a pena mínima seja inferior a 4 anos, caberá ao Ministério Público propor o acordo de não persecução penal, mediante uma série de condições elencadas no artigo.

Vale lembrar que o acordo de não persecução penal não poderá ser proposto quando o crime for cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar e ainda quando o investigado for reincidente.

Combinados os artigos 122 e 133 A foi autorizada a utilização de bem sequestrado pelas forças policiais contidas no artigo 144 da Constituição Federal para o desempenho de suas atividades.

Ao fim, ressalvado o direito de terceiro de boa fé, ainda caberá a transferência definitiva da propriedade a força policial que foi custodiado o bem.

O artigo 157 do Código de Processo Penal trouxe uma importante garantia ao declarar expressamente que o juiz que conhecer do conteúdo de prova ilícita ou inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão.

O artigo 282 do mesmo Código traz importante evolução no tocante a concessão de medidas cautelares de ofício pelo juiz ou ainda sua revogação, sua substituição e nova decretação. Esta liberdade, no tocante a concessão de medidas cautelares faltava ao juiz e já era há bastante tempo reclamada pela mais moderna doutrina processual penal.

Seguindo a mesma esteira, o artigo 310 traz a previsão da realização de audiências de custódia no prazo máximo de 24 horas contados da prisão, contudo tal prazo também foi suspenso pela liminar concedida na mesma ADI já tratada alhures.

No tocante ao tema de concessão das prisões preventivas as novidades mais latentes trazidas pelo Pacote Anticrime dizem respeito a motivação do cerceamento da liberdade, podendo o juiz revoga-la de ofício e ainda cabendo ao magistrado o dever de revisar o decreto a cada 90 (noventa) dias mediante nova decisão fundamentada. Tais inovações estão albergadas nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Quanto ao procedimento do Tribunal do Júri a novatio legis trouxe a possibilidade da execução provisória das penas impostas pelo Júri, desde que superiores a 15 (quinze) anos de reclusão.

Prestigiando ainda o princípio da fundamentação das decisões judiciais, o artigo 564, inciso V determinou expressamente que são nulas as decisões carentes de fundamentação.

Essas foram as alterações mais importantes dentro do Código de Processo Penal.

ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL

O rol de crimes hediondos previsto na lei 8072/90 foi ampliado com o advento da lei 13964/2019, antes crimes comuns com progressão de regime em menor tempo, agora passarão a ser tratados com mais rigor. Veja quais são eles:

“II – Roubo:

a) circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, inciso V);

b) circunstanciado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, inciso I) ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito (art. 157, § 2º-B);

III – extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º);

IX – furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A).

III – o crime de comércio ilegal de armas de fogo, previsto no art. 17 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

IV – o crime de tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição, previsto no art. 18 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

V – o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado. ”

Também sofreu grandes alterações a lei das Organizações Criminosas (12850/2013) com o claro objetivo de desestimular a atividade de membros e de isolar os chefes das organizações dentro dos estabelecimentos prisionais, visto que a maioria deles continuar a atuar fortemente ainda que tenham sua liberdade cerceada.

O Pacote Anticrime determina que as penas dos chefes das organizações criminosas sejam cumpridas em estabelecimentos de segurança máxima. Veja-se que a determinação é quanto ao estabelecimento e não ao regime de cumprimento de pena.

Caberá ainda a polícia judiciária investigar se o apenado continua mantendo vínculos com a organização criminosa, nesse caso, ficam vedados os benefícios de progressão de regime e livramento condicional.

O tão falado instituto da colaboração premiada foi amplamente regulamentado, com vistas a não dar margem a futuras nulidades, dispondo ainda sobre a confidencialidade dos termos do acordo.

Quanto a investigação criminal a lei trouxe importante previsão sobre a cyber investigação, ou a infiltração de agentes no meio da web para apuração de crimes.

Importante também falarmos sobre as alterações contidas na lei 10826/03 o chamado “Estatuto do Desarmamento” que sofreu alterações no tocante a majoração das penas dos crimes de comércio ilegal de armas de fogo e do tráfico internacional de armas de fogo passando a ser apenados com 6 a 12 anos de reclusão.

Já falando da lei de drogas houve uma importante alteração ao criar uma figura equiparada de entrega ou venda de droga a policial disfarçado, não se tratando mais de CRIME IMPOS-SÍVEL, neste caso por se tratar de suposto flagrante preparado, desde que já haja indícios que o crime de tráfico já se desenvolvia sob aquelas condições.

Passando para a lei de lavagem de capitais permitiu o PACOTE ANTICRIME que se utilize a ação controlada e a infiltração de agentes na apuração dos ilícitos dessa natureza.

A primeira modificação sofrida na Lei 7210/84 diz respeito à identificação genética de criminosos condenados pela prática de crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa ou de quaisquer crimes no rol de hediondos.

A identificação genética já era obrigatória desde 2012, com o advento da lei 12654, contudo o Pacote Anticrime acrescentou nova hipótese de falta grave quando o condenado se recusar a fornecer o material genético para a identificação contida no caput do citado artigo.

Não concluem os nobres defensores que se trata de produção de prova em desfavor do Réu, visto que a melhor doutrina já classifica a identificação legal como um importante passo na segurança jurídica criminal, vez que identificados pelo DNA cessariam as hipóteses de erro judiciário ao se processar um em lugar de outro.

Com o advento do PACOTE ANTICRIME foram inseridas, várias novas regras mais rigorosas para o Regime Disciplinar Diferenciado, com o objetivo de combater as ramificações do crime organizado que continuam a florescer dentro do sistema carcerário.

Obviamente o legislador deve responder de forma efetiva a esta triste realidade e o fez através das novas regras para combater, ou ao menos tentar, coibir este mal.

A nova redação do artigo 52 determina que o apenado, condenado ou provisório que cometer falta grave consistente na prática de crime doloso ocasionando a subversão da ordem e da disciplina interna o sujeitará ao Regime Disciplinar Diferenciado.

A duração foi ampliada para 2 (dois) anos permitindo nova recondução em caso de nova falta grave.

O recolhimento dos presos submetidos a esse regime continua a ser em cela individual, o que se revela vantajoso em se tratando da conhecida superlotação carcerária brasileira.

As visitas passam a ser quinzenais de apenas duas pessoas por vez em local que não seja possível o compartilhamento de objetos e o contato físico, a duração de apenas 2 horas.

Os chamados banhos de sol passam a ter duração de 2 horas diárias em grupos de no máximo 4 presos, estabelecendo a lei que estes não podem fazer parte do mesmo grupo criminoso, exigindo-se novamente aí o trabalho da polícia judiciária a fim de catalogar a qual facção pertence cada apenado.

Serão ainda monitoradas as entrevistas, salvo as com o defensor e o conteúdo das correspondências será fiscalizado, como já ocorre com os presos, independentemente do regime em que se encontram.

Ao fim a novatio legis estabelece que o preso que se encontre sem visita presencial há mais de seis meses poderá fazer contato telefônico com pessoa da família, duas vezes por mês por 10 (dez) minutos.

Recebeu nova tabela a progressão de regime carcerário, devendo ser esquecida a antiga cartilha de 1/6 para crimes comuns e 2/5 e 3/5 para hediondos. Estabeleceu-se, ainda, novos requisitos;

- para primário e condenado por crime sem violência ou grave ameaça: deverá cumprir 16% da pena;
- 20% em caso de reincidência para crimes sem violência ou grave ameaça;
- em caso de primariedade de crimes com violência ou grave ameaça, o apenado progredirá com 25% da pena cumprida;
- em caso de reincidência de crimes com violência, aplica-se o percentual de 30%;
- em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, ainda que primário, progredirá apenas com 40% da pena cumprida;
- se o crime hediondo resultou em morte, ainda que primário, progredirá apenas com 50% da pena cumprida, proibido o livramento condicional;
- o mesmo percentual se aplica ao condenado por exercer o comando de organização criminosa estruturada para a prática de hediondos ou equiparados ou ainda se constituir milícia privada;
- caso o condenado seja reincidente em crime hediondo o percentual de progressão será de 60%;
- caso haja reincidência em hediondo com resultado morte, apenas progredirá com 70% da pena cumprida.

Quanto a polemica saída temporária a lei trouxe importante vedação aos apenados por

crime hediondo com resultado morte. As demais regras continuam mantidas, não havendo que falar-se em inconstitucionalidade da vedação que guarda estreita relação com a gravidade do crime cometido.

Passando para a lei de interceptação telefônica a lei trouxe regulamentação expressa a captação ambiental, expediente que já havia sido sinalizado pela melhor doutrina e jurisprudência, ser possível, caso a prova não pudesse ser obtida por outros meios.

Em contrapartida a realização de captação ambiental, sem autorização judicial, passa a ser crime, desde que a captação não seja realizada por um dos interlocutores, aplicando-se ainda pena em dobro quando o funcionário público revele captação ambiental que deva manter sigilo.

Quanto a regulamentação dos presídios federais de segurança máxima, também ficou a cargo do PACOTE ANTICRIME definir diversas regras acerca do estabelecimento penal. Ressalvamos, sobretudo que a citada regulamentação guarda muitas semelhanças com o RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO, o que pode gerar futuras indagações ao Poder Judiciário quanto a similaridade de ambas as regulamentações.

Ressalva-se que o RDD é uma espécie de castigo aos presos que cometem crimes dolosos, desta maneira, não se podem colocar todos os presos em penitenciária federal no mesmo regime, visto que a maioria pode não fazer jus as restrições contidas no RDD.

Por fim, a nova lei ainda autorizou a exclusão de perfis genéticos apenas após a absolvição do acusado, ou ainda após 20 (vinte) anos do cumprimento da pena, conforme disposição no artigo 7º A da lei 12037/2009.

Ao modificar a mesma lei, fez ainda inserir o artigo 7º C que autoriza a criação do BANCO NACIONAL MULTIBIOMÉTRICO E DE IMPRESSÕES DIGITAIS a ser regulamentado por ato do Poder Executivo Federal.

Renovando o que foi dito em 2012 pela lei 12064 o PACOTE ANTICRIME trouxe, ainda a possibilidade de serem criadas na esfera federal Órgão Colegiado para a competência de julgamento de diversos crimes lá elencados.

Ao nosso entender não passará de mera ficção jurídica, em vista da estrutura do Poder Judiciário existente nos dias de hoje, resta impossível a criação de mais um órgão colegiado, por mera faculdade legal.

Ao fim, mas não menos importante que tudo o quanto já fora tratado aqui houve a inclusão do artigo 4º A da lei 13608 de 2018, a chamada LEI DO DISQUE DENUNCIA, determinando a inclusão nas esferas da União, Estados e Distrito Federal as unidades de ouvidoria para disponibilizar a qualquer pessoa o direito de delatar crimes contra a administração pública.

A citada alteração legislativa ainda garante ao delator a recompensa no valor de até 5%(cinco por cento) do valor recuperado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos o PACOTE ANTICRIME como a alteração legislativa mais substancial na área criminal da última década, respondeu efetivamente a varias demandas da área de inteligência policial, bem como da melhor doutrina e jurisprudência.

Ademais, a figura do juiz das garantias, embora ainda esteja suspenso por ordem liminar do Ministro Fux, representa um forte avanço no controle da legalidade e na preservação da subjetividade do juiz que proferirá o comando absolutório ou condenatório do Réu.

Ansiamos que as novidades trazidas pela legislação, como o banco nacional de dados multibiométricos e impressões digitais, não se faça letra morta e sirva como arma para identificação de criminosos em todos os rincões do nosso país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 02 de Dezembro de 2020.

NUCCI, G. S. Pacote Anticrime Comentado: Editora Forense, 2020.

A prevenção do consumidor superendividado e a preservação do mínimo existencial sob enfoque do direito contratual

The prevention of over-indebted consumers and the preservation of the minimum existential under contractual law

Aron Vítor Fraiz Costa

Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Pós-graduando em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito pela Faculdade das Indústrias. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Pesquisador de Iniciação Científica 2019-2020. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3668-4427>.

Luana Gabriela Dalmut.

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Arbitragem da PUCPR 2018-2019.

Luiza Deretti Martins

Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED PUCPR). Membro do NEADI (Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável).

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.16

RESUMO

O fenômeno do consumismo da sociedade pós-moderna, com uma tendência a relacionar a felicidade a uma vida de status e satisfação de desejos que conseqüentemente geram um aumento do consumo, atrelado aos impactos que a pandemia do COVID-19 trouxe, gerou muitos consumidores enquadrados numa situação de superendividamento, ou seja, que as dívidas comprometem até mesmo seu mínimo existencial. Diante disso, a lei nº 14.181/2021 trouxe esperança para os mais de 60 milhões de superendividados que procuram quitar suas dívidas e serem realocados dentro do mercado. O presente artigo pretende trabalhar a como a nova lei pretende preservar as relações contratuais consumeristas, bem como preservar o mínimo existencial dos consumidores e novas responsabilidades dos credores diante deste novo cenário. Para tanto o método utilizado foi o dedutivo, por meio de revisões doutrinárias e artigo de lei.

Palavras-chave: consumidor. contratos de consumo. mínimo existencial. superendividado.

ABSTRACT

The phenomenon of consumerism in postmodern society, with a tendency to relate happiness to a life of status and satisfaction of desires that consequently generate an increase in consumption, linked to the impacts that the COVID-19 pandemic brought, generated many framed consumers in a situation of over-indebtedness, that is, in which debts compromise even its existential minimum. In light of this, Law No. 14.181/2021 brought hope to the more than 60 million indebted people who seek to pay off their debts and be relocated within the market. This article intends to work on how the new law intends to preserve consumerist contractual relations, as well as to preserve the existential minimum of consumers and new responsibilities of creditors in the face of this new scenario. For that, the method used was the deductive one, through doctrinal revisions and law article.

Keywords: consumer. consumer contracts. existential minimum. over-indebtedness.

INTRODUÇÃO

Já a um bom tempo vivemos um intenso sistema capitalista, onde se visa o lucro a qualquer custo. Para manutenção desse sistema capitalista podemos destacar dois pilares: a propriedade privada dos meios de produção e os contratos.

Diante deste cenário, urge a necessidade do estudo do direito juntamente com a economia, a fim de compreender o comportamento humano e regular no que for preciso para manter uma ordem. Neste sentido, a nova lei do superendividamento, traz o reflexo de um estudo comportamental da sociedade consumerista para regular nos pontos mais críticos dos consumidores superendividados.

Infelizmente o superendividamento esta se tornando cada vez mais comum na sociedade capitalista, afinal existe um persistente incentivo na aquisição de bens e serviços, gerado por questões culturais e sociais, ocorre que em certos casos esse consumismo se eleva ao ponto de comprometer o mínimo existencial desses consumidores.

A falta de educação financeira atrelado a falsas impressões de crédito fácil e barato tem colocado milhares de consumidores em uma situação crítica e a nova lei tem por intuito preservar a função social e econômica das relações consumeristas.

Este artigo tem a finalidade de estudar quais são os novos mecanismos trazidos pela lei e sua funcionalidade prática.

Para tanto o presente artigo está dividido em três tópicos para além da presente introdução e da conclusão. No primeiro tópico pretende-se trabalhar a função social e econômica dos contratos, no qual serão abordados alguns princípios basilares tanto do Código Civil como do Código de Defesa do Consumidor respeitando o diálogo das fontes. No segundo tópico será trabalhado a própria Lei nº 14.181/2021 e por fim no último tópico será abordado a Prevenção do consumidor superendividado e a preservação do mínimo existencial prevenção do consumidor e a preservação do mínimo existencial, trazendo conceitos e referências doutrinárias para melhor compreensão do assunto.

FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL DA RELAÇÃO CONTRATUAL CONSUMERISTA

Apesar de muitos doutrinadores, tal como Adam Smith, frisarem a ideia de que o mercado se autorregula e portando não seria necessária uma intervenção estatal nem mesmo que mínima, existe algumas relações, que serão destacadas no decorrer da leitura, em que a intervenção e regulação é essencial para garantia de direitos fundamentais.

Neste sentido entende Miguel Reale que: “corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem”¹.

O contexto atual da sociedade exigiu do Direito a necessidade de atuação conjunta com a Economia, a fim de compreender não apenas o lucro das operações nas relações sociais e jurídicas, mas se alertar para um “conjunto de valores relevantes ao indivíduo e à coletividade em que se insere, pautando-se em princípios de civilidade e mútuo respeito”, como destacam Miguel Etinger de Araujo Junior e Karina Alves Teixeira².

A relação entre Direito e Economia reflete diretamente nos contratos, afinal, o contrato pode ser considerado a fonte mais importante das obrigações.

O ponto problemático é a crise contratual que encontramos hoje se analisarmos o exorbitante número de contratos de adesão e as problemáticas que esse tipo contratual tem por natureza. Essa crise não é apenas brasileira, mas pode-se afirmar que chega a ser um problema mundial.

Os contratos de adesão apesar de facilitarem as negociações, limitam muito o direito de modificação das cláusulas contratuais por parte dos consumidores, ou seja, aqueles que já tem uma vulnerabilidade por natureza sofrem ainda mais nos contratos de adesão, visto que as “regras do jogo” são impostar apenas por um lado, o dos fornecedores.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

² JRUNIO, Miguel Etinger de Araujo. TEIXEIRA, Karina Alves. *Função socioambiental do contrato: mecanismo de compatibilidade entre o crescimento econômico e o meio ambiente*. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.2, p.41-62, mai./ago.2014

Além disso, ao se referir a contratos de adesão é importante destacar que existe apenas uma vontade predominante e criadora, a qual sozinha estabelece e da origem a obrigações para as demais partes definidas ou indeferidas como contratante.³ Ou seja, uma única vontade vai interferir tanto nas partes contratantes como terá reflexos em pessoas que sequer são parte, portanto, poderá ter reflexo numa coletividade. Sendo assim, notória a importância da responsabilidade sobre a função social do contrato de consumo.

Os contratos no contexto atual, principalmente após a promulgação do Código Civil de 2002, se aproximam muito ao Código de Defesa do Consumidor, na medida que adotou como essencial a elaboração de contratos que visem o cumprimento da função social do contrato e a boa-fé objetiva.

Percebe-se a semelhança na própria redação dos artigos, vejamos o que dispõe o Código Civil:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Fazendo um comparativo, vejamos o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - Impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Graças ao tão defendido “diálogo das fontes” entre o Código Civil e o CDC, é possível entender que esses instrumentos não se excluem, mas se complementam. Isso se dá pela aproximação principiológica de ambos, principalmente no âmbito dos contratos.⁴

Outrossim, o direito contratual brasileiro entende que, além de estarem em conformidade com o que está disposto em lei, os contratos precisam estar em conformidade princípios básicos, tais como: Princípio da autonomia privada, boa-fé objetiva e função social do contrato.

Em relação ao princípio da autonomia privada, o próprio Código Civil entende que é o poder de auto regramento dos sujeitos de direito capazes. Porém, esse princípio tem algumas limitações, tais como a capacidade dos agentes, licitude do objeto contratual e a forma prescrita ou não defesa em lei.⁵

Já o princípio da boa-fé objetiva tem por característica a criação de padrões de conduta ou *Standards* Jurídicos, como também é conhecido. Esses padrões estabelecem deveres anexos a conduta dos agentes nas relações contratuais que nem sempre são explícitos nos con-

³ MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 152

⁴ TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Revista científica da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Agosto de 2005.

⁵ Art. 104. *A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei*

tratos. Neste sentido, sob a perspectiva dos deveres anexos Ralpo Waldo de Barros Monteiro Filho⁶ entende que:

São os mecanismos que darão efetividade à boa-fé objetiva e, em última análise, à eticidade. São exemplos desses deveres e assim, de observância obrigatória:

- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de informação quanto ao conteúdo do negócio jurídico;
- Dever de lealdade;
- Dever de sigilo, quando a natureza do contrato assim indicar;
- Dever de ajuda, mesmo em fase pós-contratual.

A função social dos contratos está inclusive disposta no artigo 421 do Código Civil, o qual expõe que a liberdade contratual será exercida estritamente nos limites da função social do contrato.

Sendo assim tem-se que o conceito de liberdade está limitado a poder fazer tudo aquilo que não é proibido.

A função social dos contratos está relacionada com a ideia de coletividade. Se formos fazer um comparativo com um dos princípios já apresentados aqui - o da autonomia da vontade das partes - em um primeiro momento pode parecer que temos dois princípios contraditórios dentro do direito contratual brasileiro. No entanto, na verdade, esses princípios não são contraditórios, apenas um é limitador do outro, ou seja, a função social do contrato é limitadora do princípio da autonomia da vontade das partes.

O interesse social inerente a função social do contrato de consumo, gera normas de ordem pública com o intuito de proteger o desequilíbrio econômico e de fazer prevalecer o interesse da sociedade como um todo em detrimento a um interesse individual contratual.⁷

Ao abordar sobre a função social do contrato de consumo Clayrtha Raissa Nascimento Gonçalves e Paulo Sérgio Velten Pereira, destacaram que:

Quanto a função social do contrato, entende-se que o tratamento abrange o resgate da vida civil, pois a medida que o superendividado de boa-fé, que renegocia suas dívidas junto aos credores, tem a oportunidade de ter acesso ao crédito no momento oportuno e, assim, ser reinserido no mercado das relações privadas, inclusive, mas não somente, no mercado de consumo.⁸

Entende-se, portanto, que cumprirá a função social quando este contrato, além de estabelecer um equilíbrio contratual entre os contratantes, não fere nenhum direito de terceiros a essa relação jurídica. Esse princípio não quer dizer que os contratos precisam beneficiar a sociedade, mas apenas que não seja ferido nenhum direito e/ou interesse.

Sendo assim, a função social do contrato não se sobrepõe aos princípios contratuais clássicos como a autonomia privada, intangibilidade do conteúdo do contrato e relatividade de seus efeitos, dentre outros, mas sim os complementam.

⁶ FILHO, Ralpo Waldo de Barros Monteiro. *Contratos Cíveis*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, p.27, 2017.

⁷ CARVALHO, João Andradas. *Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2000, p. 14

⁸ GONÇALVES, Clayrtha Raissa Nascimento; PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *O superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*. p. 86. Julho de 2021.

A função social do contrato é reflexo de um posicionamento estatal intervencionista nas relações privadas. Apesar de ter muitas críticas em relação a esta intervenção, no Direito do Consumidor, por exemplo, é essencial ter essa intervenção mínima pelo menos para garantir uma diminuição da disparidade entre as partes contratantes. Além disso, essa intervenção tem por intuito não permitir que as partes estabeleçam negócios jurídicos que ferem a legalidade, ou que interferem no direito de outras pessoas e até mesmo do meio ambiente como veremos a seguir.

Com o princípio da função social do contrato conseguimos proteger a sociedade e seu meio ambiente, atendendo assim a função socioambiental do contrato. Essa função socioambiental deve ser analisada sob o aspecto intrínseco e extrínseco do contrato.

No campo intrínseco o contrato deve ter prestações e contraprestações um equilíbrio econômico, ou seja, não pode haver onerosidade excessiva a nenhuma das partes. Esse equilíbrio econômico é garantido, inclusive, pela Constituição Federal ao falar da igualdade substancial e da garantia da não desigualdade social.

Já no campo extrínseco entende-se a sociedade como um todo e o meio ambiente, portanto, o contrato deve ser eficiente não apenas para as partes contratantes, mas eficiente sob a perspectiva de terceiros também.

Mesmo que o artigo 421 do Código Civil não traz a previsão de que os contratos devem cumprir com a função social e socioambiental, essa função socioambiental quando descumprida pode acarretar consequências a depender do caso concreto. As consequências mais frequentes são a invalidade do negócio jurídico, aplicação do dever de indenizar, e ainda, uma revisão judicial que pode fazer com que o conteúdo do contrato sofra alterações para restabelecer o equilíbrio.⁹

Diante do exposto, se preenchidos todos os requisitos da função social do contrato tanto no âmbito intrínseco como extrínseco tem-se um ganho positivo não apenas para as partes contratantes, mas também a sociedade detentora de direito difuso e a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Existem algumas discussões sobre qual seria a consequência mais eficiente para um contrato que não cumpriu com sua função social, algumas delas até já foram apresentadas no decorrer deste relatório. No entanto, fazendo a leitura sobre o assunto, pode-se concluir que as consequências variam conforme o caso concreto.

Na argumentativa da consequência da nulidade entende-se que decorria pelo fato de ter ferido um preceito de validade do contrato. Segundo Paulo Nalin quando celebrado o negócio jurídico, é evidentemente a existência de efeitos jurídicos, sendo assim, não há no que se falar em inexistência contratual, porém, se os efeitos desse acordo geram às partes ou a sociedade problemas ou fere direitos, ele entende que o elemento a ser atingido é o da invalidade jurídica, o qual ocorrerá por intermédio da nulidade ou da anulabilidade, devendo prevalecer a primeira, em razão do grau de relevância.

Porém, tendo em vista a dificuldade de reconhecimento da nulidade sem previsão legal faz com que o autor sugira o reconhecimento de uma nulidade virtual.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Além disso, existem outros doutrinadores que entendam que a consequência deve ser no plano da ineficácia, justamente por não estarem em nenhuma das hipóteses do artigo 104 do CC/2002.

Sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, confere aos consumidores a aplicação de alguns meios para se defenderem de sua vulnerabilidade, destaco alguns deles: Irrenunciabilidade dos direitos; Equilíbrio contratual; Transparência; Interpretação favorável ao consumidor; e Execução específica dos contratos de consumo.

A irrenunciabilidade do direito é garantida no artigo 51, inciso primeiro e declara nula as cláusulas que impliquem em renúncia, expressa ou tácita, de direitos assegurados aos consumidores.

O equilíbrio contratual é a equidade nas relações de consumo. Um dos direitos mais importantes dentro do CDC que confere o direito de se eximir de uma onerosidade excessiva. Esse direito está implicitamente disposto no artigo 51 incisos VII, VIII, X, XI, XII e XIII.

A transparência está no direito do consumidor em ter prévio e completo conhecimento de suas obrigações assumidas no contrato, bem como das obrigações do empresário que estará no outro polo do contrato. Caso seja comprovado que o consumidor não tinha como ter ciência de toda a obrigação assumida, segundo o artigo 46 do CDC, ele não se vinculará com aquela obrigação.

Em relação a interpretação favorável do consumidor, entende-se que apesar dos contratos de adesão serem elaborados pelo fornecedor, a interpretação contratual será feita pensando nos direitos dos consumidores.

Sendo assim, apesar de não ter uma previsão expressa de nulidade do contrato para situações de ferimento a função social, tem-se várias formas de pleitear os direitos dos vulneráveis a esta situação.

A NOVA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO LEI Nº 14.181/2021

Em 1º de julho de 2021 entrou em vigor a lei nº 14.181 que dispõe sobre o superendividamento. Essa lei altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor.

O conceito de superendividamento está disposto dentro da própria lei, mais especificamente no artigo 54-A §1º e 2º vejamos:

Artigo 54-A §1º- Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação

2º As dívidas referidas no § 1º deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.

Além disso, para que não haja dúvidas, o próprio CNJ fez uma publicação para caracterização de quem pode ser caracterizado como uma pessoa superendividada:

Uma pessoa está em situação de superendividamento, segundo a nova lei, quando ela, de boa-fé, não consegue mais garantir o pagamento de suas dívidas, incluindo as que ainda vão vencer, sem comprometer “seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Isso significa que as dívidas são maiores do que os gastos necessários para a pessoa garantir direitos fundamentais, como moradia e alimentação, por exemplo.¹⁰

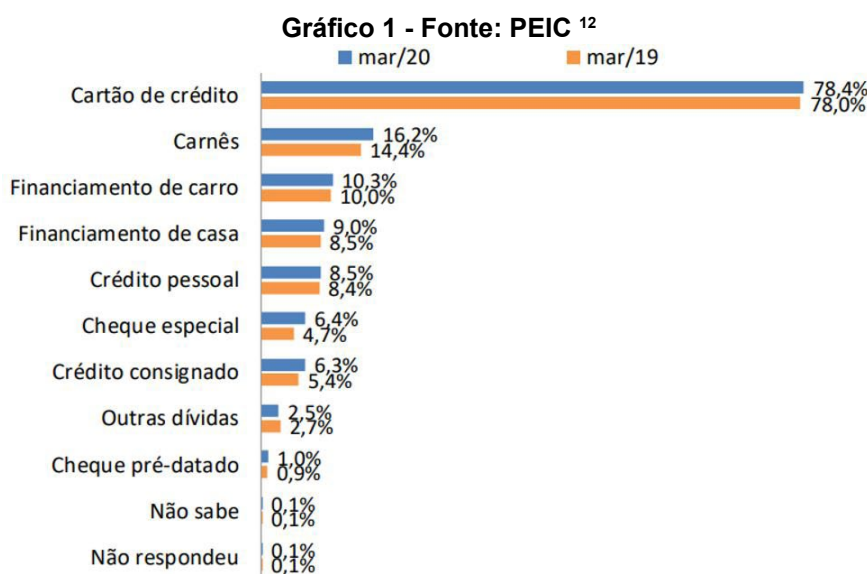
De acordo com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), atualmente temos 60 milhões de brasileiros endividados, sendo metade destes preenchendo a categoria de superendividados.

O momento em que foi aprovada a lei, demonstra que teve bastante influência sob o grande aumento de consumidores que se enquadraram em um estado de superendividados por conta da pandemia do COVID-19. Neste sentido Jones Figueiredo Alves sustenta que:

Os tempos jurídicos da pandemia são de humanidades reclamadas, de sentimentos solidários comuns e de responsabilidades sociais conjugadas, impondo-se aperfeiçoar, as relações jurídicas e sociais, para o direito e a sociedade aprenderem melhor manejar as dívidas e o incumprimento justificado e acidental dos devedores sob a ótica de um capitalismo humanista.¹¹

Diante do cenário de maior vulnerabilidade e diminuição na renda de milhares de brasileiro, surgiu a urgência na aprovação do projeto de lei.

Como principal vilão deste cenário, destaca-se o cartão de crédito, os carnês e os financiamentos em geral, assim como podemos evidenciar em uma pesquisa sobre endividamento e inadimplência do consumidor realizada no ano de 2020:



Diante disso podemos perceber uma sociedade de consumo sustentada na ideia enganosa da facilidade de créditos para realização de sonhos, nas publicidades enganosas e créditos irresponsáveis¹³, bem como na falsa ilusão de vidas perfeitas nas redes sociais.

Tendo em vista isso a nova lei se preocupou em proteger os consumidores de forma bem

¹⁰ Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento. Notícias CNJ. 6 de agosto de 2021.

¹¹ ALVES, Jones Figueirêdo. O problema do superendividamento familiar e a mora da dí(vida), 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/888438855/o-problema-dosuperendividamento-familiar-e-a-mora-da-di-vida>. Acesso em: 15 set. 2022.

¹² CNC. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-marco-0>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

¹³ LARA, Giovanna Taschetto. Fenômeno do superendividamento do consumidor e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. *Ius Gentium*. Curitiba, vol. 11, n. 1, p. 51, jan./abr. 2020.

abrangente justamente para tentar recolocar essas pessoas no mercado e satisfazer as dívidas sem comprometer o mínimo existencial dos consumidores.

PREVENÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO E A PRESERVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Existe uma grande diferença entre o consumidor endividado e o superendividado, a qual é extremamente importante para entendermos quem são os legitimados para se beneficiar da lei 14.181/2021.

Em meio a uma sociedade capitalista a busca pelo status e o consumismo exacerbado é algo comum entre as pessoas. O problema é quando esses gastos acabam implicando na subsistência dos consumidores, sendo neste momento portanto caracterizado o superendividamento.

Como já demonstrado o superendividamento traz impactos relevantes no âmbito social, pessoal e familiar do consumidor. Isso acontece porque o superendividamento, antes da nova lei, excluía o consumidor do mercado e com o tempo ficava cada vez mais difícil o reingresso.

A nova lei tem um marco crucial para as novas interpretações e tratamentos sobre os superendividados. A partir dela não se exclui a reponsabilidade do consumidor na autodisciplinabilidade de administração de seus próprios bens, mas também se entende que de um outro lado a concessão de crédito ao consumidor precisa ser realizada por prática responsável e que de fato contribua para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.¹⁴

Com a nova lei, tem-se uma esperança para todas essas pessoas que se encontram presas nesse *looping* de dívidas. A nova lei traz melhores prazos e descontos para os consumidores. Além disso, impõe maior transparência nos contratos de empréstimos, fornecimento de crédito responsável¹⁵, e plano de recuperação para devedor insolvente¹⁶. Outro ponto importante é a imposição de um limite de 30% da remuneração mensal para os casos crédito consignado para garantia de mínimo existencial.¹⁷

Existem muitos posicionamentos sobre a definição do mínimo existencial, porém uma definição trazida por Diógenes Faria de Carvalho é bastante interessante “O mínimo existencial é conceito historicamente fluido, cujo conteúdo é definido pelas necessidades da sociedade”¹⁸,

¹⁴ SOUZA, Diego Rafael Ceconi; FORMENTINI, Francieli. *Superendividamento: um olhar a partir do consumidor em tempos de pandemia. Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”*. p. 7. outubro de 2021.

¹⁵ Art. 54-B. *No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.*

¹⁶ Art. 104-A. *A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.*

¹⁷ Art. 6º *São garantias dos consumidores: XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito.*

¹⁸ CARVALHO, Diógenes Faria de; SILVA, Frederico Oliveira. *Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre**. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 118. ano 27. p.383. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.

ou seja, o mínimo existencial não é uma regra fixa e rígida, mas leva em consideração conceitos e valores sociais que por natureza são mutáveis.

Na perspectiva dos fornecedores de crédito, por exemplo, a nova lei exige que esses fornecedores estudem seus possíveis clientes antes de conceder qualquer crédito, seja por movimentações financeiras ou pelo próprio serviço de proteção de crédito – SPC. Neste sentido, a nova lei faz previsão em seu artigo 6º, inciso XI sobre a responsabilidade dos fornecedores de crédito a garantia do mínimo existencial e de práticas de crédito responsável,¹⁹ fazendo com que desde a fase pré-contratual os fornecedores de crédito tenham obrigações perante a preservação do mínimo existencial dos consumidores.

Um dos principais pontos de mudança com a nova lei é o papel do credor nas negociações tanto na fase contratual como na execução, seja judicial ou extrajudicial.

Em relação a responsabilidade do credor no momento que o consumidor se declara superendividado, a audiência de conciliação tem um papel fundamental para que as partes consigam chegar em um acordo sobre o valor devido bem como as formas de pagamento, sendo assim, devido a grande importância dessa audiência, caso o credor não compareça, o juiz poderá decretar penalidades ao credor.

O juiz poderá suspender a dívida, juros e multas, assim como poderá impossibilitar a cobrança em uma negociação em bloco²⁰. Caso não ocorra o acordo será possível que o juiz determine um plano de recuperação judicial compulsório, no qual os credores que não compareceram na audiência serão penalizados na ordem de pagamento das dívidas, sendo suas respectivas dívidas quitadas apenas após a quitação com os demais credores que compareceram na audiência.

Diante do exposto, destaca-se que por mais que seja muito usual os contratos de adesão nas relações consumeristas, em nenhuma hipótese é permitido que interfiram em princípios basilares do direito contratual, respeitando o “diálogo das fontes” entre direito civil e direito do consumidor.

Neste sentido, os artigos da nova lei trazem, mesmo que de forma indireta, reafirmações sobre isso, visto que pensam na função social e econômica dos contratos. Função social e econômica na medida que passa a ser obrigatório ter um equilíbrio contratual que não comprometa o mínimo existencial e conseqüentemente que garanta a quitação das dívidas para todos os credores.

Afinal, quando afetado o consumidor ao superendividamento este evento afeta tão somente o próprio consumidor e sua respectiva família com a privação de mínimo existencial, mas também aos credores e a economia em geral.²¹

Sendo assim, tem-se uma visão otimista para melhoria do cenário atual de endividados com as novas imposições da lei de superendividamento.

19 Art. 6º São garantias dos consumidores: XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas.

20 A negociação em bloco consiste em trazer a possibilidade de ser renegociada todas as dívidas do consumidor superendividado ao mesmo tempo. (CNJ. 6 de agosto de 2021)

21 FALEIRO, Gabrieli Pereira, FORMENTINI, Francieli, SERRER, Fernanda, SCHNEIDER, Eliete Vanessa, GATTO, João Henrique. A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021 e sua relação com a reinserção do superendividado no mercado de consumo. Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”. p. 3. outubro de 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se expôs parece plausível afirmar a importância da consciência das necessidades dos consumidores

Este artigo teve como objetivo trazer a discussão dos consumidores superendividados na perspectiva da relação contratual diante da função social e econômica do contrato, afinal o assunto é extremamente importante e envolve a situação de milhares de brasileiros.

Não é possível ignorar que o problema exposto se trata também de um viés quase que cultural, na medida que o brasileiro tem o costume de fazer grandes parcelamentos e as instituições bancárias se aproveitam disso para inserir juros exorbitantes.

Diante disso, a responsabilização das sociedades de crédito na concessão desses empréstimos é extremamente importante pois conseqüentemente, diminui as propagandas enganosas e as tentações de crédito que possam levar consumidores mal instruídos a se comprometerem em dívidas que ultrapassem suas condições mínimas de subsistência.

A nova lei traz uma visão e esperança positiva para resolução de muitos problemas, porém não quer dizer que não possam existir pontos negativos. Apenas conclui-se que para as finalidades aqui descritas a lei possivelmente poderá ajudar milhares de pessoas, porém não se ignora a preocupação com o andamento dos processos judiciais, visto que se cada pessoa superendividada for exigir seu direito a um plano de recuperação judicial é notório que teremos um sério problema com o travamento do judiciário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. O problema do superendividamento familiar e a mora da dí(vida), 2020. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/888438855/o-problema-dosuperendividamento-familiar-e-a-mora-da-di-vida>. Acesso em: 15 set. 2022.

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

BRASIL. Lei nº 14.181, de 1 de julho de 2021. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

CARVALHO, Diógenes Faria de; silva, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 118. ano 27. p.383. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago. 2018.

CARVALHO, João Andrades. Código de Defesa do Consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2000.

CNC. Disponível em: <http://cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-marco-0>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento. Notícias CNJ. 15 de setembro de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que muda com a Lei do Superendividamento. Notícias CNJ. 15 de setembro de 2022.

FALEIRO, Gabrieli Pereira, FORMENTINI, Francieli, SERRER, Fernanda, SCHNEIDER, Eliete Vanessa, GATTO, João Henrique. A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021 e sua relação com a reinserção do superendividado no mercado de consumo. Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”. Outubro de 2021.

FILHO. Ralpho Waldo de Barros Monteiro. Contratos Cíveis. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Clayrtha Raissa Nascimento; PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. O superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Julho de 2021.

JRUNIO, Miguel Etinger de Araujo. TEIXEIRA, Karina Alves. Função socioambiental do contrato: mecanismo de compatibilidade entre o crescimento econômico e o meio ambiente. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.2, p.41-62, mai./ago.2014.

LARA, Giovanna Taschetto. Fenômeno do superendividamento do consumidor e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ius Gentium. Curitiba, vol. 11, n. 1, jan./abr. 2020.

MANDELBAUM, Renata. Contratos de Adesão e Contratos de Consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado e legislação extravagante. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado e legislação extravagante. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Maria Luiza. Descontos e novos prazos ajudarão 30 milhões de endividados. UOU. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/07/27/lei-do-superendividamento-ajudara-30-milhoes-de-brasileiros-diz-pesquisa.htm> Acessado em: 14 de setembro de 2022.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Diego Rafael Ceconi; FORMENTINI, Francieli. Superendividamento: um olhar a partir do consumidor em tempos de pandemia. Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”. outubro de 2021.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Revista científica da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Ano I. N. I. Maio/Agosto de 2005.

**A desadoção no Brasil: uma análise
dos danos causados ao adotado**

**Disadopt in Brazil: na analysis of the
damages caused to the adopted**

Lucas Anderson Araújo Ribeiro

Cristus Faculdade do Piauí – CRISFAPI Piripiri – Piauí

<https://orcid.org/0000-0001-6835-2000>

Maria dos Remédios Lopes Andrade

Cristus Faculdade do Piauí – CRISFAPI Piripiri – Piauí

<https://orcid.org/0000-0002-8864-3339>

Lucélia Keila Bitencourt Gomes

<https://orcid.org.0000-0003-4812-8452>

João de Deus Carvalho Filho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.17

RESUMO

A presente pesquisa se intitula A Desadoção no Brasil: uma análise dos danos causados ao adotado e tem como objetivo geral retratar os danos causados à criança e ao adolescente durante o estágio de convivência e após a sentença transitada em julgado. Para o alcance de respostas às indagações, todo o trabalho se deu através de uma pesquisa bibliográfica, para demonstração dos aspectos que provocam e contribuem para “devolução” da adoção e seus efeitos. O objetivo do presente artigo é encontrar o foco para estas reiteradas formas de violência negligenciadas inúmeras vezes devido a uma não observância para este sublime tema, que geralmente é acometido por um ciclo já inobservado pela sociedade e Estado. A desistência que ocorre durante o estágio de convivência, quando se tem o primeiro contato entre o(s) adotante(s) e adotado(os), pode gerar consequências psicológicas ao infante, violando os princípios que regem o estatuto da criança e do adolescente, configurando como abuso de direito, ante a ausência de vedação legal para tanto. Já após sentença condenatória transitado em julgado irrevogável, ocorre a sua desistência, ao passo que inexistente no nosso ordenamento jurídico brasileira base legal. Postula-se que através dos resultados analisados tenha-se chegado a uma compreensão dos motivos que levam ao (s) adotante (s) a desistir dos adotados, sua responsabilização civil e principalmente os danos psicossociais relacionados aos adotados.

Palavras-chave: desadoção. consequências jurídicas. dano.

ABSTRACT

The present project entitled The Disadoption in Brazil: An Damages Analysis Caused to the Adopted. This research has the general objective of portraying the damage caused to the child or adolescent during the coexistence stage and after the final judgment. To reach the question, all the work will be done through a bibliographic research to demonstrate the aspects that cause and contribute to the adoption “return” and its effects. Giving up during the coexistence stage, where there is the first contact between the adopter(s) and the adopted(s), can generate psychological consequences for the infant, violating the principles that govern the children and adolescents statute, configuring as an abuse of right, given the absence of legal prohibition to do so. After the conviction becomes irrevocable, it becomes withdrawn, while there is no legal basis in our Brazilian legal system. It is postulated that through the analyzed results, na understanding of the reasons that lead the adopters to give up on the adoptees and their civil liability and especially the psychosocial damages related to the adoptees has been reached.

Keywords: disadoption. legal consequences. demange.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, intitulado A Desadoção no Brasil: uma análise dos danos causados ao adotado, discorre sobre os danos causados em decorrência da desistência durante o processo de adoção. A questão central do trabalho é a reflexão acerca do sofrimento gerado às crianças e adolescentes em virtude dessas atitudes, visto que a experiência de uma nova separação remota aos sentimentos de abandono anteriores, em total desacordo tanto com os princípios da dignidade da pessoa humana quanto com o direito à convivência de familiar, que são resguardados

pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O processo de adoção é um instituto que visa amparar as crianças e adolescentes deixados nas instituições de acolhimento. Esse procedimento realizado para que um menor seja realocado em uma nova família pode levar anos. Assim, surgem os sentimentos de abandono, ansiedade, baixa autoestima, problemas de inserção em uma comunidade, entre outros problemas.

Mediante essas pontuações iniciais, surge a seguinte problemática: quais as consequências jurídicas e psicossociais decorrentes da devolução e desistência da adoção?

Assim, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar os efeitos jurídicos e psicossociais decorrentes da desistência da adoção em todas as suas fases. Para o alcance do objetivo geral, foram elaborados os objetivos específicos a seguir: descrever o processo de adoção brasileiro, de acordo com a legislação pátria; identificar os fatores psicológicos causados ao adotado decorrentes da desistência e devolução; e abordar a responsabilidade civil no processo de adoção.

Esses problemas psicológicos que ocorrem antes mesmo do início de um procedimento de adoção, que já são difíceis de serem superados, são majorados com as causas de devolução e desistência do direito de adoção, seja por exemplo devido à falta de adaptação familiar, o que gera uma frustração para os adotantes e um segundo abandono para o adotado, podendo trazer diversos danos a ele.

Desse modo, as consequências jurídicas e psicossociais dependem da fase em que se encontra o processo de adoção. Há, portanto, a necessidade de expor o processo de adoção, bem como suas regras, considerando a forma como ele é conduzido no Brasil, além de seus principais êxitos e dificuldades normativas.

O presente trabalho também procura demonstrar alguns dos maiores desafios do processo de adoção, que dizem respeito à morosidade, à crescente expectativa das partes, ao sentimento de abandono e rejeição, à burocracia, à falta de suporte técnico psicológico e às lacunas no ordenamento jurídico referentes ao procedimento.

A depender da fase da adoção, as consequências jurídicas e pessoais podem ser diferentes, visto o período de tempo que o (os) adotante (s) passam com o menor. Podendo-se dividir esse procedimento em três fases: estágio de convivência ou guarda provisória e pós sentença transitada em julgado da adoção.

No decurso do estágio de convivência, que pode ser substituído em casos de tutela ou guarda legal, a desistência da adoção é um ato respaldado na legislação brasileira, podendo desistir em qualquer momento durante o procedimento. Ocorre que, mesmo assim, o adotado cria as expectativas de vínculos afetivos com aquele (s), o que gera, no pensamento do menor, uma perturbação psicológica quanto ao seu desenvolvimento e proteção de direitos constitucionalmente tutelados.

Já quando é relacionado ao fim do processo de adoção, ou seja, após o trânsito em julgado, torna-se menos possível, sendo praticamente irrevogável, pois o adotado tem os mesmos direitos que um filho consanguíneo, mas se trata de algo que em algum momento acontece, seja devido ao abalo do adotado ou mesmo quando não a ação não for benéfica ao menor.

Acredita-se que as causas que geram essas desistências aos adotantes são inúmeras,

mas podem ser resumidas quanto ao apoio das instituições públicas aos adotantes e adotados, as expectativas dos adotantes por idealização de uma criança “sem defeitos” ou por até mesmo acreditarem que não tenham mais interesse, devido à demora de todo o trâmite, pois a situação social e/ou econômica destes pode estar diferente do que eram no início da inscrição do processo de adoção.

Assim, esse estudo se justifica por haver a necessidade de os pesquisadores conhecerem mais sobre a temática, em virtude da pouca abordagem e proteção daqueles que vivem em instituições de abandono, o que motivou aprofundar os estudos a cerca desta questão. É importante que a sociedade, os acadêmicos, as instituições públicas e o Estado deem mais abertura para que estas crianças e adolescentes sejam vistas, devido aos prejuízos emocionais, psicológicos que, por vezes, são de difíceis reparação.

ADOÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

O conceito de família sofreu várias alterações ao longo da história. Antes era limitado a relações de casamento e vínculos biológicos, hoje em dia cada vez se prioriza a concepção desse termo como sendo um laço de vínculos afetivos.

Assim, sob esse viés que ganha espaço, o instituto da adoção permite que uma criança ou adolescente possa gozar do estado de filho biológico independentemente do vínculo, em cumprimento ao direito à convivência da família assegurada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRF).

Rubens Limongi França afirma que a adoção é um instituto que protege a personalidade, e tal proteção se dá por meio do estabelecimento de vínculo civil de paternidade ou de maternidade e filiação entre duas pessoas: o adotante e o protegido adotado (LIMONGI, 1999).

O instituto da família é base da sociedade e deve receber especial proteção do Estado, conforme determinação da norma constitucional em seu artigo 226. Por semelhante proteção, o art. 227 preceitua que é dever do Estado assegurar a proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes com prioridade absoluta.

Nesse sentido, a reflexão a respeito da concretização do direito à convivência familiar e comunitária se faz imprescindível, uma vez que é cediço que em nosso país há muitas crianças e muitos adolescentes que se encontram privados da convivência familiar.

Sobre o direito à convivência familiar, convém destacar:

A convivência familiar é um dos direitos assegurados constitucionalmente à criança e ao adolescente para fortalecer os vínculos de família e afetividade, essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, físico, mental e social. É uma necessidade vital da pessoa em formação viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e cuidados mútuos, desfrutando de uma rede afetiva onde pode crescer, brincar, ser tolerada, compreendida e amparada”. (MACIEL, 2010, p. 75).

Essa parcela de crianças e adolescentes que se encontram abrigadas corresponde a 29 mil em nosso país, segundo o levantamento realizado através do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, as quais encontram-se protegidas em entidades de acolhimento, sob os olhares de equipes especializadas e do Judiciário. Entretanto, algumas passam anos à espera de uma definição que garanta a tão ansiada convivência familiar por meio da adoção.

O referido instituto é milenar e já foi alvo de diversas reformas em seu regramento no Brasil. Atualmente, os dispositivos que regulam o procedimento da adoção ganharam espaço não apenas em nosso Código Civil, como também estão regradados de forma ampla e detalhada no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual ganhou novas diretrizes com as modificações trazidas pela Lei Nacional de Adoção.

Ao conceituar este instituto, Gonçalves (2014, p. 381) o define como um ato jurídico solene que permite que alguém receba em sua família uma pessoa a ela estranha, na qualidade de filho.

Nessa mesma concepção, Maria Helena Diniz (2015) vê a adoção como sendo o ato jurídico solene com o qual, observados os requisitos legais, se garante o estabelecimento, independentemente relações de parentesco consanguíneo ou afim, de um vínculo fictício de filiação, promovendo a possibilidade de trazer para sua família, na condição de filho um indivíduo que geralmente lhe é estranho.

É possível equiparar a natureza jurídica do instituto da adoção com a mesma de uma relação contratual, considerando que a adoção é um negócio bilateral que depende da vontade do adotante (ou adotantes) e do adotado. (NOBRE, 2014).

O princípio do melhor interesse referente à adoção, busca a felicidade da criança e do adolescente mais do que a mera situação jurídica alcançada pela vontade das partes. Dessa maneira, o melhor interesse diverge do ato meramente de contrato, ao passo que busca garantir tanto à criança quanto ao adolescente a sua prevalência absoluta, salvaguardado seu desenvolvimento integral e saudável (SILVA e BATISTA, 2017)

Assim, entende-se que a adoção se aproxima mais do conceito de ato jurídico em sentido estrito, pois passou-se a ser redigida e disciplinada por meio de normas de ordem pública, conclui-se que o conceito de adoção se adequa à categoria de ato jurídico em sentido estrito (ARAÚJO, 2017).

O art. 40 do ECA, estabelece que o adotando deve ter, no máximo, dezoito anos à data do pedido (salvo se já estiver sob a guarda ou sob a tutela dos adotantes), lembrando que em se tratando da adoção de maiores de idade essa lei especial também deve ser aplicada, no que couber (GAGLIANO; FILHO, 2016).

Podem ser adotados os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, vedado o ato em favor do requerente que seja ascendente ou irmão do adotando (art.42) (GAGLIANO; FILHO, 2016, p. 675).

Quanto aos aspectos caracterizadores existentes em nossa legislação pátria, é possível extrair peculiaridades do instituto a partir da leitura dos dispositivos que o regulam, portanto, vejamos a redação, *in litteris* do art. 39, §1º, do ECA:

art. 39, §1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

O primeiro passo para o adotante é inscrever-se no Cadastro Nacional de Adoção, que pode ser definido como um sistema que contém nomes das pessoas que querem adotar uma criança ou adolescente. Sendo realizado pelo Poder Judiciário toda uma investigação social e entrevistas

para então possuir autorização em ser apto a fazer parte da lista. O Art. 50. Defende que a autoridade judiciária manterá, um registro de crianças e adolescentes em cada comarca ou foro regional em condições de serem adotados e um outro registro com pessoas interessadas na adoção:

§ 1º - O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público. § 2º - Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 29.

Quando já estiverem inclusas nesta lista, as crianças e adolescentes que aparecerem no sistema entram em uma espécie de processo de seleção, para que se avalie qual é a criança ou adolescente que mais se adequa ao perfil indicado pelo possível adotante. Quando ocorre a compatibilidade, há a convocação para a apresentação do possível adotante para a criança ou adolescente.

O processo de habilitação para adoção serve para o sistema de proteção da criança e do adolescente, para que haja a segurança de que aquela pessoa que está tendo intenções de adotar realmente tenha condições de cuidar adequadamente de uma criança ou adolescente, bem como se possui motivação legítima e se está preparado (a) psicologicamente.

Em um segundo momento ocorre um curso de formação. O adotante passa a ter contato com a criança ou adolescente, que está baseado no perfil, podendo ser escolhido de acordo com a idade, gênero, raça, com alguma doença curável, ou deficiência.

A partir de então, quando chega a vez do adotante na fila de espera, ele passará a ter contato com a criança ou adolescente de acordo com o perfil escolhido. Nesse momento se inicia o processo de adoção efetivamente. Se tudo ocorrer bem, neste terceiro momento a criança passa efetivamente a ir morar com a pessoa que pretende adotá-la. A adoção ainda não ocorreu, porém, o pretense a adotante passa a ter a guarda da criança ou adolescente.

Sobre esse estágio de convivência, dispõe o ECA no seu art. 46:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017).

Conforme o supracitado artigo, a criação de vínculos deve ser estimulada para evitar consequências futuras. Segundo Dimas Messias Carvalho (2013), o estágio de convivência pelo prazo fixado pelo juiz fixar é fundamental, pois com ele é possível verificar se o adotando já se encontra adaptado à nova família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir as responsabilidades que envolvem o filho afetivo, algo imprescindível para demonstrar que já pode ocorrer o deferimento do vínculo. Esse processo deve ser acompanhado por profissionais especializados. Ao final, eles devem apresentar relatório de estudo social, revelando os subsídios da situação de fato, para que o magistrado possa ou não deferir a adoção.

Convém esclarecer que o estágio de convivência poderá ser dispensado caso o adotando já esteja sob a tutela ou guarda judicial do adotante, independentemente da idade daquele, haja vista o que dispõe o §1º do artigo 46 do sobredito Estatuto.

Então observando esse vínculo de filiação, que deve se desenvolver de modo saudável para a criança, com o tempo, se tudo ocorrer bem no estágio de convivência, o juiz proferirá a sentença, passando a criança ou adolescente a ser filho ou filha para todos os fins para o adotante, onde um dos principais requisitos é que seja benéfico ao adotante.

Assim, o artigo 43 do ECA, visa assegurar a proteção integral da criança e do adolescente e o seu melhor interesse, na qual determina que só poderá ser permitida a adoção se for apresentado as reais vantagens para o adotado, devendo ser fundamentado em motivos idôneos.

Com isso, tem-se como destaque o princípio do melhor interesse para o menor de aplicação subjetiva, posto que, neste momento, tanto a área do direito como a da psicologia, se unem para buscar a melhor forma de proteção para estes que vivem à espera de serem, algum dia, inseridos em uma família.

A DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO E SEUS EFEITOS PSICOLÓGICOS AO ADOTADO

Todos os envolvidos sofrem de alguma maneira o impacto do retorno da criança ou do adolescente ao serviço de acolhimento depois de ter passado um tempo com a família adotiva.

A adoção é caracterizada como instituto de solidariedade social, sendo, portanto, uma medida judicial de colocação em família uma substituta. Trata-se de uma solução para o abandono sofrido por crianças, que, infelizmente, nem sempre é efetivada com êxito.

Em vista disso, em alguns casos responsabilizam a criança pelo não bom comportamento ou culpabilizam os técnicos ou até mesmo o judiciário. Muitas das vezes pode ser um somatório de situações, podendo ser evidenciado, também, por parte dos pais não estarem preparados, ou a criança ou adolescente não conseguir se adaptar ao novo contexto ao novo lar aos novos familiares.

Destarte, o acompanhamento psicológico deve ser de suma importância para adequação ao tipo do adotado, visto os riscos em que podem surgir devido ao enquadramento que os adotantes possam fazer com a criança, conforme se observa a seguir: Segundo Silva (2016), o acompanhamento psicológico do processo de adoção tem a função de verificar o que imagina o casal adotante em relação à criança ou ao adolescente adotado.

Afinal, se considera um risco quando os adotantes idealizam uma criança, pois poderão tentar transformá-la naquela figura. Assim, para atender ao desejo dos pais, a criança ou adolescente poderia deixar de ser ela mesma, sentindo-se pressionada a assumir um papel que dificilmente desempenharia satisfatoriamente; com isso, um comportamento contrário aquele desejado pelos pais seria atribuído à hereditariedade (da família biológica) acarretando o fracasso da adoção (SILVA, 2016).

Já no estágio de convivência podem surgir diversos tipos de comportamentos regressivos do próprio adotado, devido ao medo de serem rejeitados novamente, criando sentimentos de raiva e outros sintomas que vão de antemão ao afeto que os futuros pais adotivos poderiam ter.

À vista disso, complementa-se que a suposição mais característica e central das teorias psicanalíticas é a de que o comportamento é governado por processos que envolvem o inconsciente e o consciente. Alguns teóricos psicanalíticos também enxergam o desenvolvimento como algo fundamentalmente constituído por estágios, sendo cada um centrado em uma particular forma de tensão ou uma determinada tarefa.

Para tanto, a criança passa por esses estágios, desenvolvendo cada tarefa ou reduzindo

cada tensão da melhor forma possível. A ênfase no papel formativo da experiência inicial se trata de uma marca registrada das teorias psicanalíticas.

Neste ponto de vista, os primeiros 5 ou 6 anos de vida correspondem a um tipo de período sensível para a definição da personalidade do indivíduo. Geralmente, Sigmund Freud (1856-1939) é citado como sendo o responsável pela criação da abordagem psicanalítica (1905, 1920). Muitos de seus conceitos se tornaram parte da nossa cultura intelectual. Porém Erik Erikson (1902-1994) também teve grande impacto sobre a forma como os psicólogos pensam o desenvolvimento da personalidade.

Além disso, a desistência desencadeia na criança um novo sofrimento, verificando o lado psicológico, esta segunda devolução reitera que há o sentimento de que há algo de errado com ela, que há algum defeito, causando uma ferida persistente no psíquico da mesma.

Assim, quando o segundo abandono ocorre e o adotado é devolvido, há um aumento do conflito interno e a criança sofre inúmeros danos emocionais e/ou psicológicos, dentre eles, depressão, transtorno bipolar infantil, e até suicídio.

Lógico que para falar sobre este ponto específico, temos que ter em mente que as consequências são variáveis não podemos generalizar todas as crianças e adolescentes que irão apresentar esses ou aqueles sintomas, mas em geral o que pode ser observado que estas situações ficam marcadas como nova situação de fracasso de rupturas e podem fazer com que a criança tenha uma nova dificuldade em uma futura colocação em uma família substituta.

É muito importante que fique claro que essas consequências irão variar com o tempo em que aconteceu esta desistência na adoção. Podemos assegurar de que quanto mais longo este período, muito provavelmente os vínculos de filiação já estão mais construídos e a criança e adolescente sofrem com essa ruptura, não é raro quando ela retorna para instituição de acolhimento que tenha como expectativas de que algum momento eles podem retornar para pegá-la novamente, só que está situação não ocorre.

Muitas das vezes a criança pode apresentar um quadro de depressão e necessitará realmente ter um acompanhamento psicológico, para que ele (a), principalmente entenda que aquele vínculo realmente foi cortado.

Do ponto de vista até dos pais muita das vezes é observado que há sofrimento por parte destes envolvidos, mas outras vezes estes tendem a projetar aspectos negativos na criança, e isto faz com que se sintam mais aliviados, mais desimplicados na relação e não se vejam neste processo como responsabilizadores do bem-estar do menor.

Agora o que acontece do ponto de vista jurídico é que muito frequentemente são propostas ações de reparações pelos danos morais causados pelos adotantes devido o abandono afetivo, que por muitas das vezes, ocorre devido a idade avançada em que a criança se encontra.

Existem casos em que aquelas pessoas que se envolveram no projeto de adoção e desistiram ficam obrigadas a pagar para a criança, por exemplo, um acompanhamento psicológico ou uma pensão.

Durante um determinado período os pais irão se justificar perante a justiça porque tomaram este passo como um ato de amor, mas acima de tudo um ato de responsabilidade.

Traumatizadas por uma sucessão de rejeições, desencadeando um novo sofrimento, o retorno da criança ao abrigo depois desta passar pela mesma situação traz novamente o trauma inicial, o abalo por parte da família biológica de origem, revivendo a mesma dor novamente.

Já em outros casos a família adotiva batalha pelo adolescente, porém o mesmo não se adapta ao novo lar e quer retornar para o abrigo. Mas de qualquer forma a primeira ruptura da família biológica é um trauma muito grande para a criança e o adolescente, é essa desistência acaba se configurando a somatória de um novo trauma.

Por muitas vezes é alegado que durante o período de acolhimento ocorreu um bom contato, porém no período de guarda, ou depois do trânsito julgado a criança ou adolescente apresentaram comportamentos diferentes do que era verificado no primeiro momento de aproximação, passando a fase de encantamento podendo-se assim dizer que a criança ou adolescente iniciam diariamente testes de aceitação comportamento que antes os mesmos não tinham.

Verifica-se que, na maioria dos casos, ocorre uma idealização da adoção, uma romantização de que tudo vai ser lindo de que tudo vai ser maravilhoso como um mar de rosas, porém a criação de um filho é um processo complexo, o amor é importante, porém não é suficiente, delega também bastante responsabilidade.

Então os adotantes têm que estarem abertos a ouvir, serem mais ouvintes perante as necessidades desta criança ou adolescente que contém traumas, que contém sentimentos de abandono inicial, sente sem uma identificação familiar.

As equipes técnicas têm que ser bastante efetivas, e terem mais afinco como grupos de apoio. Uma vez decido a devolução, a criança ou adolescente volta para o serviço de acolhimento voltando ao mesmo núcleo que convivia anteriormente à adoção.

Muitas das vezes a criança adquire a sensação de fracasso perante aos integrantes do abrigo, que é mais um fator que atinge o psicológico da criança ou adolescente.

Observar qual a motivação da adoção é um dos pontos principais pontos para o alinhamento dos pretendentes frente ao dever de cuidado, proteção e principalmente de afeto. Trazer e provocar nos adotantes essas reflexões, experiências é necessário para evitar traumas tanto por parte destes como dos menores acolhidos nas casas de abrigo.

A preparação das crianças e dos adolescentes que precisam elaborar o luto da família biológica é, em algumas situações, relacionado ao apego ao abrigo, então nota-se que adotado tem que estar aberto ao diálogo e ao acompanhamento técnico.

A vitimização psicológica pode ser conceituada por GIL (1984, *apud* SILVA, 2009, p. 268) como sendo a depreciação afetiva da vítima, bloqueando seus esforços de autoaceitação, podendo ocorrer ameaças de abandono, agressões físicas e verbais, fuga por parte das crianças e/ou adolescentes e ameaças de devolução, tornando-a medrosas, ansiosas e agressivas.

Lemay (2008 *apud* BERNÓ, 2015) afirma que a vitimização psicológica apresenta duas formas básicas: A primeira diz respeito à Negligência afetiva: falta de responsabilidade, de calor humano, de interesse com as manifestações e necessidades da criança; A segunda se refere à Rejeição afetiva: manifestações de depreciação e agressividade contra a criança.

Na vitimização física e psicológica, o agressor ou agressora apresenta grande compro-

metimento psicológico: em estudo de caso, aparece a repetição da agressão intergeracional, e o filho não é percebido como pessoa, mas como objeto a ser manipulado, conforme as necessidades. Não nega a agressão, porém alega que não é tão violenta assim, e que tem somente o objetivo de educar e impor limites. Procura atribuir à vítima a culpa por seus atos, argumentando que é ela quem provoca os maus-tratos, devido ao seu comportamento.

A proteção integral da criança e do adolescente, assegurados no Estatuto, sempre será aplicada quando os seus direitos forem ameaçados ou violados, por ação ou omissão dos pretendentes, sociedade e Estado, devendo ser resguardados os seus direitos fundamentais.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA ADOÇÃO

Sabendo-se que o vínculo de adoção é irrevogável, ao passo que, após a sentença transitada em julgado, aqueles que desistente da adoção podem responder pelo delito de abandono de incapaz, tipificado no artigo 133 do Código Penal Brasileiro, bem como pelas medidas aplicáveis dispostas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[...] Esse argumento para responsabilização pode ser embasado no fato de que o objetivo da indenização por dano moral nas relações entre pais e filhos é de ensinar os pais a cumprirem com os deveres a eles impostos por força da lei, e, para os que defendem que não se pode forçar o afeto, resta alegar que a Carta Política expressa como direito fundamental da criança e do adolescente ser resguardado de toda a forma de negligência, assim entendido o abandono afetivo. (MADALENO, 2007, p. 123).

Tendo em vista a responsabilização civil durante o estágio de convivência, podemos já destacar a existência de expectativas para criança e adolescente. Assim, havendo uma frustração, e como causa, a desistência da medida, gerando o abandono afetivo, perfeitamente compensável pelo dano moral.

Então, temos que a desistência da adoção somente gera o dever de indenizar se ficar constatado o abuso de direito durante o estágio de convivência.

Para melhores esclarecimentos, destaca-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONDENATÓRIA MOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NO INTERESSE DE INCAPAZES. CRIANÇAS E ADOLESCENTES. PROCESSO DE ADOÇÃO INTERROMPIDO, COM DEVOLUÇÃO INJUSTIFICADA DAS CRIANÇAS. ABALO MORAL E DIREITO A ALIMENTOS RESSARCITÓRIOS PARA CUSTEAR TRATAMENTO PSICOLÓGICO. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. READEQUAÇÃO DO MONTANTE QUANDO DA ANÁLISE DO EFEITO RECURSAL ATIVO. FIXAÇÃO EM 10% SOBRE OS RENDIMENTOS DOS AGRAVANTES. ADEQUAÇÃO EM RELAÇÃO AO PEDIDO TRAZIDO NA INICIAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL. RAZOABILIDADE DA MEDIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Como regra, a responsabilidade civil, no direito brasileiro, é subjetiva, caracterizando-se mediante a presença de ilícito, dano, nexos causal e culpa. As hipóteses de responsabilização objetiva são casos especiais, relacionados em normas constitucionais e legais [...]. Nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Estágio de convivência “é o período no qual o adotante e o adotando convivem como se família fossem, sob o mesmo teto, em intimidade de pais e filhos, já devendo o adotante sustentar, zelar, proteger e educar o adotando. É um período de teste para se aquilatar o grau de afinidade entre ambos os lados e se, realmente, fortalecem-se os laços de afetividade, que são fundamentais para a família” (NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. O resultado esperado, desejado, para o processo de estágio de

convivência, disciplinado no art. 46 da Lei n. 8.069/90, é o que culmine na concretização da adoção, com a criação de uma nova unidade familiar, fraterna e amorosa. As relações humanas, entretanto, são complexas e delicadas, especialmente no seio familiar, em que é intenso o convívio. A frustração das expectativas inicialmente criadas não são necessariamente resultado apenas da negligência dos pretendentes a pais adotivos ou dos profissionais que buscaram auxiliar o processo, havendo uma série de fatores a determinar o sucesso ou o insucesso da medida. Sendo possível verificar a caracterização do dever de responsabilização dos pretendentes à adoção por danos experimentados pelos menores após frustrado o período de convivência e mediante sua devolução às instituições acolhedoras estatais, o pensionamento mensal com vistas ao tratamento psicoterápico deve ser estabelecido de maneira razoável, respeitando o pedido trazido na inicial e impondo-se limitação temporal por período capaz de proporcionar tratamento adequado em relação à extensão do abalo psicológico. (TJ-SC - AI: 00095424320168240000 Joinville 0009542-43.2016.8.24.0000, Relator: Sebastião César Evangelista, Data de Julgamento: 15/09/2016, Segunda Câmara de Direito Civil) (g.n)

Assim quantos adotantes devolverem as crianças e adolescente de maneira fria, imatura e irresponsável, estaria indo contra o princípio da proteção integral da criança e também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o artigo 187 do Código Civil disciplina sobre o abuso de direito da seguinte forma: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como Relatora a Desembargadora Marcia Dalla Déa Barone (Apelação Cível nº 1007832-93.2018.8.26.0048, TJ, 4ª Câmara de Direito Privado., rel. Marcia Dalla da Silva Velho, j. 05.03.2020).

Trata-se de apelação civil que condenou os recorrentes ao pagamento de indenização no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por dano moral para o menino, em razão da devolução após um ano da sentença final.

Colhe-se o trecho do voto da Rel.

‘Tais condutas denotam que os réus não acolheram a criança em sua família de forma verdadeira, fazendo clara distinção de tratamento com o filho biológico, chegando a tomar a drástica decisão de devolvê-lo, em total desprezo pelos sentimentos do menor e sem realizar qualquer preocupação com a condição de criança em desenvolvimento’.

No caso em comento, o casal devolveu a criança após um ano da concretização do processo. Posto que, segundo o casal a criança tinha comportamentos agressivos, desafiadores e temerários, de onde passou conviver com a guardiã e acompanhamento psicológico.

Da análise dos julgados, observa-se que as justificativas dos adotantes para a devolução estão relacionados a falta de adaptação e empatia. Mostrando total despreparo dos adotantes com os cuidados relacionados com o menor.

Diante de tal análise, chega-se a conclusão de que o instituto da adoção surte efeitos, em sua maioria, benéficos ao adotante e adotado, garantido direito constitucional de moradia, saúde e necessidades básicas desse último após inserção em seio familiar.

Entretanto, conforme apresentado nos julgados analisados acima restou comprovado que a responsabilização civil, seja durante o estágio de convivência ou sentença final, embota seja irrevogável, gera o dever de reparação de danos morais bem como de medidas para o acompanhamento psicológico do infante.

De fato, a conduta de desistência da adoção não pode sair de forma impune, os futuros pais têm o dever de se conscientizar que adotar é uma atitude séria e envolve diversos obstáculos, não sendo algo de mero interesse momentâneo, onde simplesmente devolvem essas crianças como se fossem mercadorias, culpando-as pelo fracasso do procedimento. O real objetivo desse instituto é encontrar uma família para aqueles que vivem em situação de abandono.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os fatos e fundamentos expostos, o presente estudo buscou demonstrar que a devolução de uma criança, seja no processo de adoção ou após o trânsito da sentença constitutiva, causa, de forma notória, abalo psicológico e moral, que por vezes, dano existencial. Sobejando o dever de indenização aos responsáveis.

O estágio de convivência é importante, pois visa a construção do afeto, porém temos que observar que caso ocorra um abuso do direito de desistir, deve ocorrer sim uma indenização pecuniária para a busca do resultado da punição perante este abuso caso tenha existido. Uma vez que tal fase existe para atender os melhores interesses das crianças e adolescentes e não como forma benéfica aos adotantes. Ou seja, caso já exista um vínculo expresso de afetividade entre o menor e os adotantes, é devido o dever de reparação de danos em razão do abuso de direito, dano existencial e perda de uma chance.

Apesar de a legislação pátria determinar que a adoção é medida irrevogável, os adotantes ainda devolvem as crianças adotadas. Essa impossibilidade jurídica é relativizada a fim de preservar ao máximo a sua integridade física, determinando a destituição do poder familiar. Pois como bem se sabe, não se pode manter uma criança/adolescente em um local onde vai estar sujeita à rejeição, ameaça, humilhação, violência física e verbal.

É notória a importância do acompanhamento técnico diante dos pais pretensos adotantes, não verificando somente na fase do processo de adoção, mas como também após o trânsito em julgado. Assim, a importância da seleção dos candidatos, suas motivações, bem como os seus antecedentes, são de suma importância para identificar, desde o início, pontos que podem fazer com o que a adoção não venha a fracassar.

Primeiramente, do ponto de vista processual, é possível notar que o processo de adoção precisa de uma revisão dos seus atos para melhor coibir os atos causadores de uma futura frustração da adoção. Enquanto no ponto de vista na psicanálise, nota-se a existência de idealização por filho perfeito sem a necessário esforço por partes dos adotantes para adequação aos sentimentos do menor, ao passo em que este, por vezes, desenvolve comportamentos de rejeição.

Através da análise jurisprudencial e doutrinária foi possível observar que a devolução reúne os elementos necessários para responsabilização civil, condenados ao pagamento por danos morais e materiais, bem como prestação de alimentos. A responsabilização dos adotantes tem caráter de natureza de interesse social e preventivo, pelos direitos que tutelam e resguardam o bem-estar da criança/adolescente.

O estudo também trouxe o quão é importante a união do direito com as áreas da psicologia e psicanálise, foi bastante verificado que esta junção é real principalmente no âmbito da adoção, pois visa a proteção tanto psicológica como também de resguardar o direito daqueles

que são vistos diante desta situação como hipossuficientes, referente ao fato que versamos, ao assunto enfrentado que é a criança e o adolescente.

Por fim, restou evidente que o processo de adoção deva ser visto com mais rigor e atenção e comprometimento entre todos aqueles que submetem uma criança/adolescente a experiência ou esperança de pertencer a uma família. Os adotantes precisam ter em mente que cada criança já traz consigo um passado muito doloroso, na qual novas rejeições e novos traumas irão prejudicar mais ainda a sua inserção no meio familiar e social. Os órgãos de proteção devem ser mais proativos a fim de evitarem a incidência de ofensas contra os direitos desses menores protegidos, seja por meio de medidas preventivas ou punitivas.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Daniela Galvão; REIS, Lusilene Santos. Adoção: natureza jurídica e origem história. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56733/adocao-natureza-juridica-e-origem-historica>>. Acesso em: 19 abr. 2022
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BERNO, Roseli. O trabalho dos psicólogos nas Varas da Infância e da Juventude. In: RAMOS, Magdalena (org). Casal e Família como Paciente. 2. ed., São Paulo: Escuta 1999.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção, Guarda e Convivência Familiar. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2013.
- CRUZ, Sabrina D'Avila da. A frustração do reabandono: uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- DINIZ, Maria Helena Diniz. Curso de direito civil brasileiro: direito de família 27ª Edição. São Paulo. Saraiva, 2012.
- FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.
- FRANÇA, Rubens Limongi, Manual de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. Responsabilidade civil pela desistência na adoção. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 27 ago. 2020.

GHIRARDI, Maria Luiza de Assis Moura. Devolução de crianças adotadas: um estudo psicanalítico. São Paulo: Primavera Editorial, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. Repensando o direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha De Souza. Instituto da adoção: noções Gerais Acerca do Instituto da Adoção. Site Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-instituto-da-adoção/122594/>. Acesso em: 13 julho. 2022.

RICHARDSON, R. J. Pesquisa Social – Métodos e Técnicas. 3ª Edição. São Paulo. Atlas, 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 10078-93.2018.8.26.0048. Relator Marcia Dalla Déa Barone. Data de Julgamento: 05/03/2020, 4ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/897425174/inteiro-teor-897425246>. Acesso em 16 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 00095424320168240000. Relator: Sebastião César Evangelista, Data de Julgamento: 15/09/2016, Segunda Câmara de Direito Civil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944581836>. Acesso em 16 out. 2022

SANTOS, Luzinete. Adoção no Brasil: desvendado mitos e preconceitos. Revista Serviço Social & Sociedade, São Paulo, ano XVIII, n. 54, p. 164, 1997.

SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO: crianças acolhidas. Atualizado em 17/05/2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=ptBR&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 17 mai. 2022.

SILVA, Denise. Psicologia Jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões da família e infância. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Nidiam Santos; BATISTA, Juliana de Paula. A Constituição do vínculo na adoção: aspectos jurídicos e efetivos. Disponível em: < <http://www.judicare.com.br/index.php/judicare/article/view/56/171> >. Acesso em 10 set. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-2. (Coleção Direito civil; v. 4)

A cooperação internacional e a distribuição equitativa de vacinas como garantia à efetivação do direito à saúde: uma análise das ações governamentais no mundo durante a pandemia da Covid-19

Mariana Carniel Ferreira

1Acadêmica do décimo período do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), campus São Jerônimo/RS.

Eduardo Kucker Zaffari

Mestre em Direito. Advogado. Professor titular do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), campus São Jerônimo/RS e Canoas/RS.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.18

RESUMO

Ao compreendermos a saúde como parte do rol de direitos essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana, surge a necessidade da tutela desse bem jurídico, posto que indispensável para a garantia do mínimo existencial, sendo responsabilidade de todos os Estados o desenvolvimento de práticas eficazes para a concretização do direito a uma vida saudável, entre elas, a imunização de suas populações. A relevância da matéria resultou no surgimento do tema em diversas convenções e tratados internacionais de direitos humanos dos quais a imensa maioria de países é signatária. Contudo, a pandemia da COVID-19 evidenciou a fragilidade da proteção integral e efetiva do direito à saúde, especialmente em razão da interdependência política e econômica existente entre as nações na sociedade globalizada atual. Embora as organizações internacionais tenham agido precocemente e formulado um planejamento sólido para a contenção da pandemia, atendendo à enorme desigualdade socioeconômica vigente no mundo, a política nacionalista e o descaso dos países de renda alta e média-alta com as demais nações inviabilizou a distribuição equitativa global de doses das vacinas contra a COVID-19, resultando na escalada do surgimento de novas variantes do vírus e no conseqüente atraso no controle da pandemia.

Palavras-chave: saúde. direitos humanos. pandemia da COVID-19. cooperação internacional. equidade de vacinas.

ABSTRACT

When we understand health as part of the list of essential rights to the realization of human dignity, there is a need for the protection of this legal asset, as it is essential to guarantee the existential minimum, and it is the responsibility of all States to develop effective practices for the realization of the healthy life's right, including the immunization of their populations. The relevance of the matter resulted in the appearance of the topic in several international human rights conventions and treaties to which the vast majority of countries are signatories. However, the COVID-19 pandemic highlighted the fragility of comprehensive and effective protection for the health's right, especially due to the political and economic interdependence that exists between nations in today's globalized society. Although international organizations acted early and formulated solid plans to contain the pandemic, given the enormous socioeconomic inequality prevailing in the world, nationalist policies and the neglect of high and upper-middle income countries towards other nations made global equitable distribution of vaccine's doses against COVID-19 impossible, resulting in the escalation of the emergence of new variants of the virus and the consequent delay in the control of the pandemic.

Keywords: health. human rights. COVID-19 pandemic. international cooperation. vaccine equity.

INTRODUÇÃO

Aos poucos, a vida volta ao normal. Os bares reabriram, as festas retornaram, os alunos voltaram às escolas e as famílias a se reunir. O cotidiano vivido antes da pandemia começa a parecer mais palpável e o hábito de portar constantemente a carteira de vacinação, cada vez mais latente. A marca da vacina passou a ter uma conotação resplendorosa, como a das cicatrizes

dos sobreviventes de uma guerra que ceifou mais de 5,11 milhões de vidas em menos de dois anos (MATHIEU *et al*, 2020). A pandemia da COVID-19 destacou a importância e a fragilidade da saúde humana, tendo se tornado a principal pauta política no mundo. A urgência de superar a pandemia é clara, uma vez que não se trata apenas de saúde pública, mas também dos enormes impactos socioeconômicos que causou em todos os países. E, conforme aludido anteriormente, a imunização da população através da aplicação de vacinas desenvolve um papel muito importante no enfrentamento da pandemia.

Assim, a cooperação internacional demonstra ser possivelmente a via mais adequada para que ocorra a distribuição equitativa de doses da vacina contra a COVID-19 no mundo e o consequente controle da pandemia, à medida que a heterogeneidade econômica mundial, agravada pela crise financeira contemporânea, impossibilita o acesso dos países de rendas mais baixas aos imunizantes.

Por essa razão, o estudo das ações incentivadas pelos organismos internacionais e as práticas de fato concretizadas pelos Estados, especialmente os que possuem renda superior, é de extrema importância e pertinência para verificar se direitos humanos básicos, como a saúde, estão sendo garantidos a todos os cidadãos em uma escala global, bem como para prever a duração da pandemia e formular novas propostas de atuação estatal através da análise de dados.

OS DIREITOS DO HOMEM E A SAÚDE

É inegável a relevância jurídica da matéria sanitária, especialmente em razão da hodierna Pandemia da COVID-19 que assola o mundo. A saúde, tanto na sua acepção individual, quanto na coletiva, exige proteção especial, uma vez que produz reflexos sociais, políticos e econômicos na sociedade. Por isso, a saúde é um dos direitos inatos do homem, sendo imprescindível para a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana.

Durante toda a história da civilização, existiram diversos direitos considerados essenciais de acordo com os valores sociais da época. A forma como compreendemos os direitos e deveres hoje é consequência de diversas lutas e conquistas, as quais ocorrem desde que o homem começou a viver em comunidade e adquiriu consciência social.

A doutrina que versa acerca dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista e consiste na justificativa da existência de direitos intrínsecos à natureza humana, independentemente do Estado, compreendendo o direito à vida e à sobrevivência, o direito à propriedade e o direito à liberdade (BOBBIO, 1992, p. 68). Desse modo, tais direitos não necessitavam ser escritos em virtude de sua universalidade, fundada, inicialmente, na religião.

Após, segundo Sarlet (2009, p. 39), entre os séculos XVI e XVIII, as teorias contratualistas levaram a doutrina jusnaturalista ao auge do seu desenvolvimento. A laicização do direito natural e o apogeu do iluminismo culminaram na positivação dos direitos do homem através das diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas e representantes desse período.

Todavia, o reconhecimento dos direitos sociais, entendendo-se assim o direito à saúde, surgiu inicialmente com o impacto da industrialização no final do século XIX, vindo a adquirir o seu status de direito fundamental, ou seja, positivado em diversas constituições democráticas, apenas no período pós-guerra, pois, devido à enorme fragilidade da democracia no período, foi

observada a necessidade da atuação estatal na proteção desses direitos (SARLET, 2009, p. 47 e 48).

Assim, embora não seja originariamente considerado um direito essencial, o direito à saúde adquire o status à semelhança dos direitos humanos no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive (TORRES, 1989, p. 33). Ou seja, a saúde é essencial para que o direito à vida se concretize, tornando-se, assim, parte de um conjunto de direitos sociais básicos e fundamentais: o mínimo existencial.

A saúde e o mínimo existencial

O mínimo existencial, de acordo com o conceito formulado por Torres (1989, p. 35), é o direito simultaneamente protegido e garantido pelo Estado, ao passo que veda a intervenção do Estado (*status negativus*) e, ao mesmo tempo, exige prestações estatais (*status positivus*). Assim, no mínimo existencial, atuam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa.

A matéria sanitária, portanto, por estar compreendida no mínimo existencial para a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana, exige uma atividade estatal para sua efetivação, posto que os direitos sociais somente se realizam através de políticas públicas, isto é, programas de ação governamental (COMPARATO, 2015, p. 206).

Porém, nos termos apontados por Figueiredo (2007, p. 199), o mínimo existencial não é sinônimo de mínimo para subsistência pois, por possuir estreitos laços com o conceito de dignidade da pessoa humana e sua efetividade, o mínimo existencial deve pressupor a preservação de uma série de valores e garantir a realização do ser humano. Dessa maneira, conforme já aludido anteriormente, a saúde como mínimo existencial equipara-se a um direito originário do homem.

No entanto, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”, ressaltou Bobbio (1992, p. 24). Assim, a proteção integral e efetiva do direito à saúde, embora seja essencial, é um enorme desafio.

Ainda, o campo dos direitos do homem é o que apresenta a maior defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação, sendo ainda mais intensa no campo dos direitos sociais (BOBBIO, 1992, p. 72). Isso ocorre especialmente devido à subjetividade e complexidade dos direitos sociais, como o direito à saúde, por exemplo, visto que a não efetivação do direito de apenas um indivíduo produz reflexos em toda a sociedade.

Dessa forma, é dever do Estado adotar medidas necessárias e suficientes para manter a população saudável, um desafio colossal no mundo atual em face da pandemia viral. Foram diversas as políticas públicas utilizadas para o controle da pandemia e, conseqüentemente, para a efetivação do direito à saúde, mas uma das que se mostrou mais eficiente foi a vacinação.

A vacinação como garantia do direito à saúde

O mundo está vivendo a era pós-moderna, caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica, e recebe a marca de diversas ameaças à vida, à liberdade e à segurança, muitas vezes derivadas das conquistas da própria ciência e das suas

aplicações (BOBBIO, 1992, p. 209 e 210).

Essa sociedade regida pela tecnologia, todavia, também auxiliou no desenvolvimento de diversos setores fundamentais para a vida humana, como a medicina. O descobrimento de tratamentos mais eficazes para doenças virais, bacterianas e, inclusive, genéticas, assim como a atuação da medicina preventiva, permitiram um aumento na qualidade de vida. Contudo, uma das maiores revoluções na saúde dos últimos séculos foi a descoberta da vacina.

De fato, a melhoria sanitária que mais favoreceu avanços na área e aumentou os benefícios da saúde humana, acompanhada da oferta de água tratada, foram as vacinas, as quais foram exclusivamente responsáveis por um aumento de cerca de 30 anos na expectativa de vida do homem nos últimos dois séculos, conforme ressalta Levi (2013, p. 1).

Ainda que as vacinas não sejam totalmente desprovidas de possíveis efeitos adversos ou tóxicos, assim como qualquer medicamento ou procedimento médico está sujeito a efeitos indesejáveis, seus efeitos negativos são incomparavelmente inferiores aos seus benefícios (LEVI, 2013, p. 4).

A utilização de vacinas como método preventivo da saúde mostra-se extremamente eficaz na proteção desse direito assegurado ao homem, sendo dever do Estado, em sua figura garantista, o seu fornecimento. A vacinação não é importante apenas para o indivíduo, mas para a coletividade como um todo, uma vez que induz a imunização em massa, sendo muito mais efetiva que a utilização de tratamentos medicamentosos em casos endêmicos e pandêmicos (VACCINE..., 2021).

A existência de grupos não vacinados gera um risco para o indivíduo e para a sociedade, sendo imperiosa a validação da vacinação não apenas para benefício individual, mas também de solidariedade social entre os membros de uma mesma comunidade, uma vez que a imunização em massa reduz significativamente o número de casos de uma determinada doença ou, até mesmo, promove a erradicação, destaca em sua obra Levi (2013, p. 46 e 47).

Desse modo, embora outras políticas públicas no campo sanitário também sejam de suma importância na garantia e efetivação do direito à saúde da população pelo Estado, segundo apontado pela matéria *Vaccine efficacy, effectiveness and protection* (2021), publicada no site da Organização Mundial da Saúde, a vacina tem se mostrado bastante adequada, especialmente durante a Pandemia de COVID-19, em que a eficácia dos programas de combate ao vírus influencia diretamente no desenvolvimento econômico e social da população.

O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA COSMOPOLITA

A sociedade pós-moderna compreende as constantes relações internacionais entre países soberanos com governos e culturas distintas, sendo de suma importância para a manutenção da paz entre os Estados o respeito a certas leis universais, posto que todos os cidadãos do mundo compartilham de um mesmo espaço, a terra. Assim tais leis universais fazem parte de um direito aquém do direito internacional e dos direitos humanos: o direito cosmopolita (KANT, 2006, p. 79 a 82).

Segundo Kant (2003, p. 9 a 14), a proteção do homem e de seus direitos apenas ocorre-

rá através da própria humanidade, uma vez que a saída do homem de seu estado de natureza, a coexistência em sociedade e a ausência de leis, resultaria em uma guerra em potencial. Assim, necessária e existência de uma legislação universal para garantia da paz e dos direitos inerentes ao homem.

Ainda, a existência de leis regulamentadoras das relações entre os Estados, bem como de uma lei superior entre o Estado e seus jurisdicionados, evita a disputa de soberanias e constância de guerras no mundo, afastando ideais supremacistas. Por isso, Rawls (1997, p. 146 a 153) defende que o contrato social deve ser desenvolvido sob a égide do “véu da ignorância”, ou seja, as nossas decisões devem ater-se ao desconhecimento da nossa posição social de forma a descartar o utilitarismo. Dessa maneira, a formulação de políticas públicas pelos governantes, por exemplo, não atenderá aos seus interesses particulares, mas ao bem comum.

Além disso, Rawls (2019, p. 18 e 19) pontua que existem três características primordiais da concepção liberal razoável de justiça, as quais são necessárias ao estabelecimento de uma sociedade equânime, consubstanciando-se na enumeração de direitos e liberdades básicas, a conferência de prioridade especial a esses direitos e a garantia dos bens primários necessários a todos os cidadãos, a fim de possibilitar o uso eficiente de suas liberdades.

Assim, com base no direito cosmopolita e ante o crescimento acelerado das relações internacionais, bem como em razão da urgência da construção da paz, operou-se a universalização de alguns direitos, até então previstos apenas em Constituições e leis nacionais de cada Estado.

A internacionalização dos direitos humanos

A afirmação histórica dos direitos inerentes ao homem remonta, conforme já mencionado anteriormente, à filosofia jusnaturalista. Contudo, a evolução dos direitos do homem em seu estado natural aos direitos humanos contemporâneos na forma como conhecemos hoje, perpassa pelos momentos de maior medo, vulnerabilidade e insegurança do ser humano, as guerras.

Segundo Mazzuoli (2015, p. 890 a 895), os tratados de paz de Westfália (1648) que puseram fim à Guerra dos Trinta anos, o Direito Humanitário aplicável aos conflitos armados, e a criação da Liga das Nações, bem como da Organização Internacional do Trabalho ao final da Primeira Guerra Mundial, contribuíram para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, rompendo o conceito de soberania absoluta dos Estados.

Todavia, foi após as atrocidades do Holocausto, ocorrido na Segunda Guerra Mundial, que a sociedade se obrigou a instituir normas internacionais eficazes para a proteção desses direitos, ocorrendo a solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos através da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a posterior aprovação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como por meio dos diversos tratados que sucederam.

A partir desse momento, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ter por princípios norteadores a universalidade, a integralidade e a indivisibilidade, além de ser superior a qualquer Estado ou formas de organização político-social, sendo vedada qualquer tipo de violação, e o ser humano passou a ser compreendido, junto aos Estados, como sujeito do Direito Internacional Público (DESAFIOS..., 2007).

Dessarte, inegável a preocupação internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos. No entanto, a globalização tem apresentado desafios diante do aumento da desigualdade social no mundo, sendo necessária para a efetivação dos direitos humanos a cooperação dos povos objetivando uma justiça equitativa (RAWLS, 2003, p. 33).

O direito à saúde assegurado pelas convenções e tratados internacionais

Com o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgiram diversos tratados, pactos e convenções internacionais no intuito de positivizar os direitos inerentes do homem nas mais diversas áreas, inclusive na matéria sanitária. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe pela primeira vez, através da redação do item I do art. 25, a previsão de que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, entre outros direitos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A referência à saúde no referido dispositivo legal evidencia o mínimo existencial na legislação internacional e transforma o tema em um dos pilares para a construção da igualdade e para a concretização da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, operou-se a necessidade de conferir mais proteção a esse direito, atribuindo aos Estados e à comunidade internacional a responsabilidade para a sua efetivação.

Nesse sentido, o Artigo 12º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) prevê: “os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”. Conforme depreende-se do caput do artigo acima mencionado, há a convocação dos Estados para a afirmação do direito à saúde, sem, contudo, apresentar meios para sua efetivação.

Então, diante da enorme desigualdade entre os povos e da necessidade de urgente de todos os governos para a efetivação do direito à saúde, em setembro de 1978, na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde realizada pela ONU, surgiu a Declaração de Alma-Ata. Considerada um marco na saúde mundial, a Alma-Ata propôs a existência de um sistema de saúde, focado na atenção primária a ser ofertada à população, como a vacinação.

Além disso, a Declaração de Alma-Ata definiu que todos os povos devem cooperar para a efetivação da saúde, visto que interessa e beneficia a todos os países. Afinal, o fenômeno da globalização tornou a existência de endemias e pandemias muito mais recorrentes.

Com base na Declaração de Alma-Ata, o item 38 do Comentário Geral da ONU nº 14, o qual versa acerca da efetivação do direito à saúde previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirma o seguinte:

No seu Comentário Geral n.º 3, o Comitê chamou a atenção para a obrigação de todos os Estados Partes de adotarem medidas, individualmente ou através de assistência e cooperação internacionais, especialmente no plano econômico e técnico, no sentido da plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, tal como o direito à saúde. No espírito do Artigo 56.o da Carta das Nações Unidas, as disposições específicas do Pacto (artigos 12.o , 21.o , 22.o e 23.o) e a Declaração de Alma-Ata sobre cuidados primários de saúde, os Estados Partes devem reconhecer o papel essencial da cooperação internacional e cumprir com o seu compromisso de adoptar medidas conjuntas e individuais para alcançar a realização plena do direito à saúde. A este respeito, os Estados Partes são remetidos à Declaração de Alma-Ata que proclama que a grave desigualdade existente no estado de saúde da população, em particular entre os países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, bem como dentro de cada país, é política, social e economicamente inaceitável,

sendo assim motivo de preocupação comum a todos os países (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO *et al*, 2018, p. 332).

Porém, apenas a existência de leis internacionais que versam sobre os direitos humanos e a saúde como tal não são suficientes ao cumprimento de seu conteúdo, sendo necessário que haja consciência social na comunidade internacional para a efetivação de tais direitos. Assim, imprescindível a existência de organizações internacionais.

Organizações internacionais: busca pela igualdade democrática

A evolução das relações multilaterais entre os Estados demonstrou a necessidade de institucionalização do Direito Internacional através da criação de organizações internacionais intergovernamentais, as quais foi dada a capacidade de coordenar os interesses da sociedade global.

As organizações internacionais intergovernamentais são criadas através da associação livre entre os Estados-membros por meio de um convênio constitutivo e possuem personalidade jurídica internacional, sendo capazes de contrair obrigações e reclamar direitos. No entanto, diferentemente de seus membros, as referidas organizações não têm soberania, sendo apenas mediatos os poderes que detém (MAZZUOLI, 2015, p. 657 a 660).

Contudo, ainda que suas decisões não sejam dotadas de imediatidade, a sua aplicação é fundamental, posto que tais organizações vêm ao encontro dos objetivos propostos pelo direito cosmopolita, pois possuem como intuito conciliar os atritos existentes entre os Estados e propor soluções de modo a manter a estabilidade e harmonia nas relações internacionais, embora a heterogeneidade de seus membros.

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo, ocorreu no pós-guerra com a finalidade de assegurar à humanidade, ante os horrores vivenciados no período, a preservação das gerações futuras, a reafirmação dos direitos humanos, a promoção da paz, do progresso social e de melhores condições de vida, bem como a utilização da cooperação internacional para a resolução de problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, afirma Mazzuoli (2015, p. 684).

Para tanto, houve a necessidade do desenvolvimento de organismos especializados em razão da importância e relevância de determinadas matérias, como a saúde, por exemplo. Assim, através de uma iniciativa do Brasil na Conferência de São Francisco em 1945, foi criada a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, com o objetivo de conferir a todos os povos o máximo grau de saúde possível e a função de, entre outras, erradicar epidemias e endemias (MAZZUOLI, 2015, p. 700).

A criação da OMS, assim como as demais organizações internacionais, possibilitou a aplicação das bases dos princípios tradicionais de justiça elencados por Rawls (2019, p. 47), entre outros, a igualdade entre os povos, sendo partes nos acordos que os obrigam, a determinação à observação de tratados e compromissos e à honra aos direitos humanos, além do dever da assistência aos povos desfavorecidos e impossibilitados de viver sob um regime político e social justo.

Assim, diante da pandemia que se alastrou pelo planeta, a OMS tem sido a figura central no desenvolvimento de políticas públicas para o controle da disseminação da COVID-19. Por

intermédio da realização de pesquisas científicas, do levantamento de dados e do controle de qualidade das vacinas, a Organização Mundial da Saúde fornece a todos os povos as informações necessárias à redução do número de mortes e quadros mais graves da doença provocada pela COVID-19, mas a eficácia das medidas depende da atuação dos Estados-membros, tanto internamente, quanto a nível internacional.

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM TEMPOS PANDÊMICOS

A globalização, ao passo que aumentou a interação, especialmente econômica, entre os países, também resultou na exclusão generalizada das nações que anteriormente eram compreendidas como colônias ou propriedades. Dessa forma, a construção de hegemonias culminou na extrema desigualdade socioeconômica mundial, reforçando o poder daqueles que já possuíam a maior concentração de recursos financeiros disponíveis, embora fossem parte de uma diminuta parcela de países, considerando a totalidade existente no planeta (FLORES, 2009, p. 145 a 164).

Um exemplo da hegemonia acima referenciada é o G20, uma organização criada em 1999 com o propósito de criar estratégias de controle e administração dos recursos em razão da crise financeira global instaurada no final do século XX, reunindo ministros da Economia e presidentes dos Bancos Centrais das maiores economias do mundo.

O referido fórum internacional engloba África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Japão, Índia, Indonésia, Itália, México, Reino Unido, Rússia e Turquia, além da União Europeia e da Espanha, sendo a última convidada permanente da organização. Juntos, os membros do G20 somam mais de 80% do Produto Interno Bruto (PIB) global, 75% das exportações mundiais e 60% da população do planeta.

Consoante evidenciam os dados das potências pertencentes ao G20, inviável o combate igualitário à pandemia ante a enorme disparidade econômica existente entre as nações, uma vez que os 20% restantes do PIB mundial se divide entre mais de 150 países.

Dessarte, para o desenvolvimento de uma ordem social justa, é necessário que haja o empoderamento dos excluídos do processo de construção da hegemonia, através da criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam a efetivação da dignidade da pessoa humana (FLORES, 2009, p. 145-164). Sem dúvidas, a cooperação internacional demonstra ser o meio mais adequado para assegurar a efetiva proteção à vida e à saúde em meio à pandemia.

Conforme destacado pelo Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, em seu discurso na abertura da Cúpula Mundial da Saúde, em Berlim, no dia 24 de outubro de 2021, nós possuímos as ferramentas necessárias para acabar com a pandemia, mas não as estamos utilizando com sabedoria. Nenhum país pode acabar com a pandemia isolado do resto do mundo, nem proteger a saúde de seu povo sem ajudar na proteção da saúde de todas as pessoas. A pandemia da COVID-19 somente acabará quando assim decidirmos (WHO..., 2021).

Em suma, não basta apenas o desenvolvimento da vacina contra a COVID-19 se a sua aplicação não for efetivada de forma uniforme no mundo. O fim da pandemia depende da imunização de toda a população mundial, o que somente ocorrerá através da distribuição equitativa

das vacinas, tornando-as disponíveis e acessíveis também aos países menos desenvolvidos.

A importância da equidade na distribuição de vacinas no mundo para controle da pandemia

Segundo Rawls (2019, p. 53), a concepção de justiça no Direito dos Povos é similar ao conceito de equidade abordado na obra *Uma Teoria da Justiça*, porém aplicada de uma forma mais ampla por assim compreendermos as relações internacionais. Dessa forma, para o estabelecimento de uma sociedade justa, os povos maiores e menores deverão fazer contribuições proporcionais e aceitar a sua distribuição na medida necessária para contrabalançar as dificuldades existentes entre os povos.

Ressalta, ainda, que a utilização do termo povos em vez de Estados dá-se em razão de que os últimos são sempre norteados pelos seus interesses particulares e pelo poder, instituindo a anarquia nas relações internacionais ante a disputa constante por prestígio e riqueza. Os povos, ao contrário, limitam os seus interesses básicos ao razoável, garantindo não só a justiça aos seus cidadãos, mas aos demais povos do mundo (RAWLS, 2019, p. 36 a 38).

No caso da pandemia, os países mais ricos, como muitos membros do G20, possuem maior disponibilidade de ativos financeiros e, portanto, maior poder econômico para a compra de grande parte das doses da vacina contra a COVID-19 produzidas pelas farmacêuticas. O resultado dessa disputa injusta é a escassez de doses para quase metade da população mundial e o consequente atraso na vacinação e no controle eficaz da pandemia.

Assim, com o desígnio de assegurar que os países de menor renda não fossem negligenciados, a Organização Mundial da Saúde criou, em abril de 2020, o Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator, possuindo como um dos seus pilares de formação o COVAX, ferramenta desenvolvida para maximizar as chances de desenvolvimento de vacinas e em quantidades suficientes para o controle da pandemia.

Embora criado antes mesmo do desenvolvimento dos imunizantes contra a COVID-19, o programa já previa a distribuição desigual de vacinas em razão da disparidade socioeconômica mundial, razão pela qual propôs alianças internacionais através do COVAX *Facility* e do COVAX AMC, idealizados pela OMS para garantia de imunização em massa a nível mundial.

O primeiro é um consórcio no qual países de renda alta ou média-alta criariam um fundo coletivo para a reserva e futura compra de doses da vacina a preços mais baixos e em número suficiente para a proteção de 10% a 50% da população de seus territórios, além de haver também a previsão de contribuir apenas como doador, já que parte dos valores arrecadados no consórcio serviria para impulsionar o COVAX AMC.

Esse, por sua vez, adquiriria doses da vacina com os valores oriundos do COVAX *Facility* em razão do patrocínio dos países participantes do consórcio, seja através de doações, seja com porcentagem dos imunizantes adquiridos, e as distribuiria de forma gratuita e equitativa aos países de baixa ou média-baixa renda, no intuito de assegurar a vacinação de forma igualitária e proporcional no mundo.

No entanto, assim que os primeiros imunizantes começaram a ser fabricados, os países com maior potencial econômico negociaram diretamente com as fabricantes e reservaram para

seus habitantes um número superior de doses ao estipulado pelo COVAX *Facility*, resultando na insuficiência de vacinas disponíveis aos países mais pobres. Logo, a iniciativa da OMS para uma distribuição equitativa dos imunizantes e consequente controle da pandemia foi barrada pelo egoísmo daqueles que detém o poder.

Em seu discurso de abertura dos debates da 76ª sessão da Assembleia Geral, em 21 de setembro de 2021, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), António Guterres, alertou:

Uma onda de desconfiança e desinformação está polarizando as pessoas e paralisando as sociedades, e os direitos humanos estão sob ataque. A ciência está sob ataque. E o apoio econômico para os mais vulneráveis chega muito pouco e muito tarde – quando chegam. A solidariedade não está sendo acompanhada pela ação – exatamente quando mais precisamos. Talvez uma imagem conte a história de nossos tempos. A imagem que vimos em algumas partes do mundo das vacinas contra a COVID-19... no lixo. Expiradas e sem uso. Por um lado, vemos as vacinas desenvolvidas em tempo recorde – uma vitória da ciência e da engenhosidade humana. Por outro lado, vemos esse triunfo desfeito pela tragédia da falta de vontade política, do egoísmo e da desconfiança. Um superavit em alguns países. Prateleiras vazias em outros. A maioria do mundo mais rico foi vacinada. Mais de 90 por cento dos africanos ainda esperam pela primeira dose. Esta é uma acusação moral ao estado de nosso mundo. É uma obscenidade. Passamos no teste de ciências. Mas estamos tirando a pior nota em Ética (DISCURSO..., 2021).

De fato, a estratégia nacionalista seguida pelos países de renda alta e média-alta apenas afastou o término da pandemia, posto que postergou a imunização em massa mundial, possibilitando o surgimento de novas variantes do vírus e, consequentemente, aumentando os riscos de ineficácia das vacinas produzidas. Ressalta-se que apenas a vacinação da população local não é suficiente em uma sociedade globalizada.

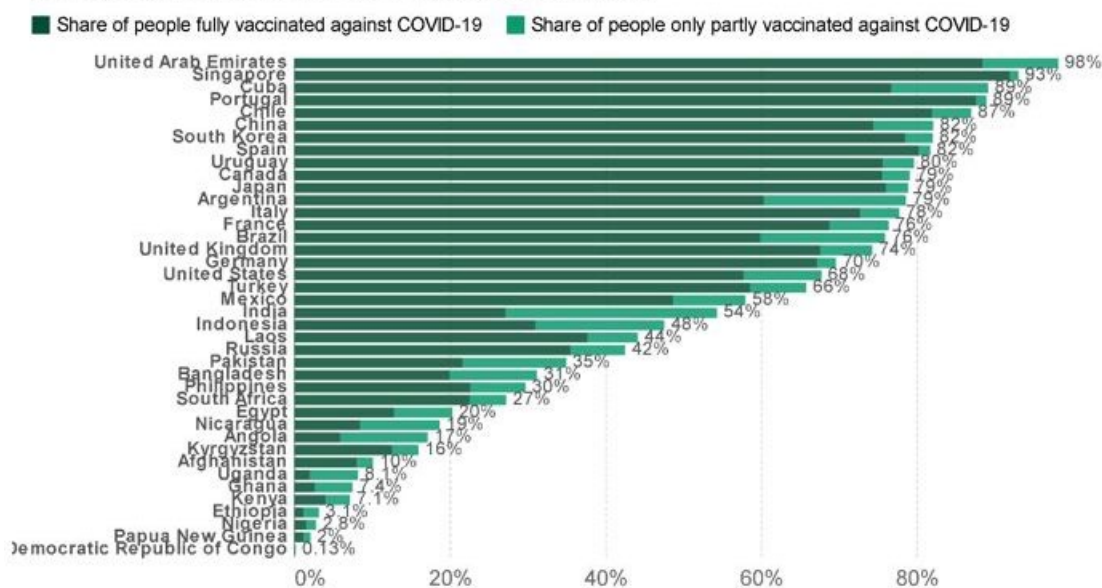
Análise dos dados de vacinação contra a covid-19 a nível mundial

O registro e análise dos dados referentes à COVID-19 é de suma importância para a formulação de estratégias focadas no combate da pandemia, posto que podem ser retiradas informações valiosas através da interpretação dos números registrados. Igualmente, possibilita o exame minucioso da evolução da vacinação mundial e da atuação internacional, indicando através dos resultados obtidos se as promessas de cooperação estão sendo cumpridas. Verifica-se, no entanto, diversos cenários desfavoráveis, nos termos a seguir elencados.

Figura 1 – Porcentagem de pessoas vacinadas contra a COVID-19

Share of people vaccinated against COVID-19, Nov 16, 2021

Alternative definitions of a full vaccination, e.g. having been infected with SARS-CoV-2 and having 1 dose of a 2-dose protocol, are ignored to maximize comparability between countries.



Source: Official data collated by Our World in Data. This data is only available for countries which report the breakdown of doses administered by first and second doses in absolute numbers.
CC BY

Fonte: ourworldindata.org/covid-vaccinations

Conforme depreende-se da análise do gráfico acima, a maior parte dos países pertencentes ao G20 já ultrapassou a marca de 50% de imunização, ao menos parcial, de sua população. Os Emirados Árabes Unidos e Singapura, por exemplo, embora não sejam membros integrantes do G20, encontram-se no rol dos países com maior PIB do planeta, estando a poucos passos da imunização completa e total dos seus habitantes.

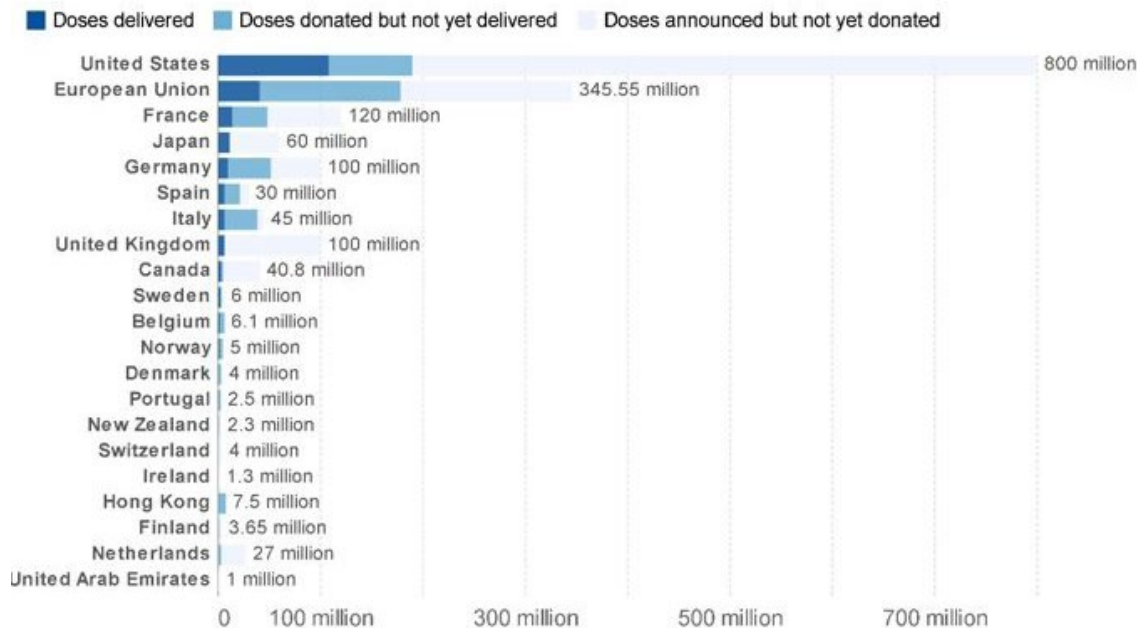
Em contraponto, alguns países do continente africano, como Papua Nova Guiné, Gana, Nigéria e Etiópia, ainda não conseguiram atingir 10% de imunização das suas populações, estando ainda a maioria apenas parcialmente imunizado. A situação da República Democrática do Congo é ainda mais preocupante, em que pese as doses de vacina já estejam sendo disponibilizadas mundialmente há quase um ano, o país atingiu somente 0,13% de pessoas vacinadas, sendo que meramente 0,05% receberam a imunização completa.

Logo, após quase dois anos da pandemia no mundo, resta evidente que alguns países estão muito distantes da imunização completa de suas populações, e não por acaso, as nações que menos vacinaram são as que possuem a renda mais baixa e dependem da cooperação internacional para a aquisição dos imunizantes, face as enormes dificuldades socioeconômicas enfrentadas.

Figura 2 – Número de doses da vacina doadas para o COVAX COVID-19 vaccine doses donated to COVAX



Shown is the number of vaccine doses donated to the COVAX initiative by each country. Donations are broken down by whether they have been announced, donated, or delivered.



Source: COVAX ACT-Accelerator Hub. Data as of October 22, 2021. OurWorldInData.org/coronavirus • CC BY
Note: COVAX is a worldwide initiative aimed at equitable access to COVID-19 vaccines. It is directed by Gavi, CEPI, and the WHO.

Fonte: ourworldindata.org/covid-vaccinations

A figura 2 apresenta um dos maiores motivos do desequilíbrio da vacinação no mundo: a falta de comprometimento dos países participantes do COVAX. Nenhum país cumpriu a meta de doações ofertadas na aliança proposta pela Organização Mundial da Saúde.

Novamente destaco o caso dos Emirados Árabes Unidos que, embora seja um dos países com maior potencial econômico do globo, estando com 98% da sua população vacinada, anunciou o fornecimento de apenas 1 milhão de doses da vacina ao COVAX, não tendo efetuado até o momento a doação ou a entrega de qualquer das doses anunciadas.

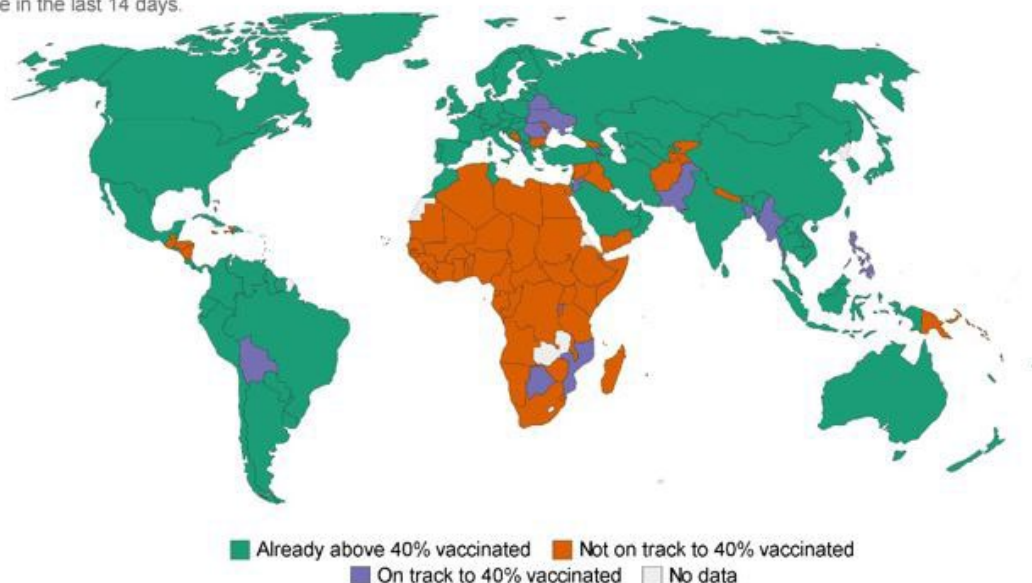
Outro país que merece destaque são os Estados Unidos da América pois, além de estar a larga distância do cumprimento integral da meta anunciada, entre os meses de março e agosto, o país norte-americano desperdiçou mais de 15 milhões de doses, número que pode ser ainda maior ao passo que não há registro completo de alguns estados do país e postos de aplicação privado (ESTADOS..., 2021).

Figura 3 – Amostragem de países que atingirão a meta de vacinação em 2021

COVID-19: which countries are on track to have vaccinated 40% of their population with at least 1 dose by the end of 2021?



Projections are based on each country's last-reported vaccination coverage, and the number of people vaccinated for the first time in the last 14 days.



Source: Data collection and projections by Our World in Data, based on official sources. Last updated: November 11, 2021
Note: We exclude countries that have not reported data for more than 30 days. The global target of 40% has been set in August 2021 by the United Nations, World Health Organization, World Bank, International Monetary Fund, and World Trade Organization.
OurWorldinData.org/coronavirus • CC BY

Fonte: ourworldindata.org/covid-vaccination-global-projections

A última figura é transparente ao comprovar que a meta estabelecida pela OMS na criação do Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator, no qual previu 40% da vacinação da população de todos os países até o final de 2021, não será cumprida. A poucos dias do final do ano, a imensa maioria dos países africanos e alguns países de renda baixa espalhados pelos outros quatro continentes, está longe de atingir o número de imunizações prognosticado pela organização internacional.

Os países situados na porção norte do globo, no entanto, assim como todos os países-membros do G20, à exceção da África do Sul, já conseguiram ultrapassar a meta ou estão na iminência de atingi-la. Isso novamente valida a premissa de que a cooperação internacional, fundamental para a superação da pandemia, é apenas uma teoria distante de tornar-se realidade.

Portanto, a análise dos dados obtidos através dos relatórios de vacinação no mundo permite concluir que há uma grande probabilidade da pandemia da COVID-19 perdurar por vários meses ainda. Uma solução para esse problema, no entanto, centraliza-se na necessidade de apoio e assistência aos países menos favorecidos, afinal somos todos cidadãos do mundo e o resultado de um combate eficiente advém de um esforço conjunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do exposto, inegável a percepção de que os compromissos assumidos pelas nações por meio dos pactos internacionais para atuarem como figuras garantidoras da efetivação da saúde no mundo são meras promessas vazias. O abandono moral e material que sofrem os países de média e baixa renda é inominável, especialmente na urgência da atual crise sanitária

decorrente da pandemia da COVID-19.

Entretanto, a Declaração dos Líderes do G20 em Roma, produzida nos dias 30 e 31 de outubro do corrente ano, reforçou os votos de assistência e auxílio para alcançar o objetivo traçado pelo planejamento da OMS em abril de 2020: a vacinação de pelo menos 40% da população em todos os países até o final de 2021, e 70% até meados de 2022.

Estabeleceram, ainda, uma força tarefa conjunta financeira e sanitária com o objetivo de incentivar e promover diálogo entre as nações a fim de estabelecer melhores estratégias no controle da pandemia, além de criar um programa de financiamento no início de 2022, junto a OMS, direcionado aos países de média e baixa renda, para possibilitar o patrocínio de medidas de prevenção, preparo e resposta à pandemia. Porém, será preciso comprometimento de todas as nações para alcançar o objetivo, fato que infelizmente não está sendo observado.

Segundo Rawls (2019, p. 169), se não for possível o estabelecimento de uma sociedade justa com objetivos razoáveis e se os seres humanos não carregarem consigo a moralidade, perpetrando a descrença e o egoísmo, não há, então, razão para a existência da vida na terra. Estamos experienciando além de uma crise sanitária e econômica no mundo, vivenciamos lamentavelmente uma crise ética e moral, na qual os esforços perpetrados por alguns não são suficientes para sanar os danos decorrentes da obra egocêntrica da maioria.

Não obstante a disseminação de discursos altruístas pelas nações mais poderosas e o compromisso firmado internacionalmente, a prática distributiva é rara. A pandemia ainda não chegou ao seu fim, mas a proteção à saúde é frágil, as vacinas desperdiçadas, a desigualdade socioeconômica incontestável e o egoísmo vigente. Aos poucos, a vida voltou ao normal.

REFERÊNCIAS

About the G20. G20. [S. l.]. 2021. Disponível em: www.g20.org/about-the-g20.html. Acesso em: 15 nov. 2021.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO *et al.* Comentários Gerais dos Comitês de Tratados de Direitos Humanos da ONU. [S. l.], 2018. Disponível em: www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Coment%C3%A1rios%20Gerais%20da%20ONU.pdf. Acesso em: 22 out. 2021.

DESAFIOS do direito internacional contemporâneo. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/362-Desafios_do_Direito_Internacional_Contemporaneo.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

DISCURSO do secretário-geral da ONU à Assembleia Geral. Nações Unidas Brasil. [S. l.], 21 set. 2021. Disponível em: www.brasil.un.org/pt-br/145385-discurso-do-secretario-geral-da-onu-assembleia-geral-21-de-setembro-de-2021. Acesso em: 15 nov. 2021.

ESTADOS Unidos desperdiçaram 15 milhões de doses de vacinas anti-Covid desde março. G1. [S. l.]. 01 set. 2021. Disponível em: g1.globo.com/bemestar/vacina/noticia/2021/09/01/estados-unidos-

desperdicaram- 15-milhoes-de-doses-de-vacinas-anti-covid-desde-marco.shtml. Acesso em: 18 nov. 2021.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos Direitos Humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

G20 Rome Leader's Declaration. G20. [S. l.]. 2021. Disponível em: www.g20.org/wp-content/uploads/2021/10/G20-ROME-LEADERS-DECLARATION.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

GAVI, THE VACCINE ALLIANCE. COVAX explained [S.l.], 3 set. 2020. Disponível em: www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained. Acesso em: 15 nov. 2021.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Para a Paz Perpétua. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LEVI, Guido Carlos. Recusa de vacinas: causas e consequências. São Paulo: Segmento Farma, 2013.

MATHIEU, Edouard *et al.* Coronavírus Pandemic (COVID-19): Coronavírus (COVID- 19) Deaths. Our World in Data. [S. l.], 2020. Disponível em: www.ourworldindata.org/covid-deaths. Acesso em: 15 nov. 2021.

MATHIEU, Edouard *et al.* Coronavírus Pandemic (COVID-19): Which countries are on track to reach global COVID-19 vaccination targets? Our World in Data. [S. l.], 2020. Disponível em: www.ourworldindata.org/covid-vaccination-global-projections. Acesso em: 15 nov. 2021.

MATHIEU, Edouard *et al.* Coronavírus Pandemic (COVID-19): Coronavírus (COVID- 19) Vaccinations. Our World in Data. [S. l.], 2020. Disponível em: www.ourworldindata.org/covid-vaccinations. Acesso em: 15 nov. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. Disponível em: www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 12 ago. 2021.

PANDEMIA provoca aumento nos níveis de pobreza sem precedentes nas últimas décadas e tem um forte impacto na desigualdade e no emprego. CEPAL. [S. l.], 4 mar. 2021. Disponível em: www.cepal.org/pt-br/comunicados/pandemia-provoca-aumento-niveis-pobreza-sem-precedentes-ultimas-decadas-tem-forte. Acesso em: 22 out. 2021.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: Uma reformulação*. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Direito dos Povos*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. *Uma teoria da justiça*. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANTOS, Maria Tereza. O que é a Iniciativa Covax contra a Covid-19 e como ela funciona. *Veja Saúde*. [S. l.], 5 mar. 2021. Disponível em: www.saude.abril.com.br/medicina/o-que-e-a-iniciativa-covax-contra-a-covid-19-e-como-ela-funciona/. Acesso em: 15 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 177, p. 29–49, 1989. Disponível em: www.bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em: 01 set. 2021.

VACCINE efficacy, effectiveness and protection. World Health Organization. [S. l.], 14 jul. 2021. Disponível em: www.who.int/news-room/feature-stories/detail/vaccine-efficacy-effectiveness-and-protection. Acesso em: 22 out. 2021.

WHO Director-General's address at the World Health Summit. World Health Organization. [S. l.], 24 out. 2021. Disponível em: www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-address-at-the-world-health-summit. Acesso em: 15 nov. 2021.

Poder punitivo, sistema penal e execução de pena, uma suposta experiência autoritária no estado do Pará

Fabio José Furtado dos Remedios Kasahara

Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) Belém-Pará, Especialista em Direito e Processo Penal pela Faculdade Educamais São Paulo- SP, Especialista em Sistema Prisional e Execução Penal e Especialista em Direito Penal e Criminologia, ambas pela Faculdade PROMINAS, Minas Gerais. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Direito Penal e extensão em Execução de Pena. Advogado criminalista ao final

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.19

RESUMO

O presente texto tem como objetivo apresentar a conceituação de poder e sua inter-relação com o poder punitivo estatal em face ao sistema penal e a execução de pena, que irá ser apresentada na primeira parte. Na segunda parte, será apresentada uma análise do artigo 41 no parágrafo único da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, que prevê a suspensão das visitas no interior dos estabelecimentos prisionais, e sua relação com o possível autoritarismo jurídico penal no Estado do Pará, na terceira parte por fim, apresenta-se posições jurisprudenciais, acerca do tema da supressão de direitos dos apenados previstos na Lei de Execução Penal, que irão convergir diretamente com seus reflexos na custódia de apenados nos estabelecimentos penais. Orienta-se pelo método da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: poder punitivo. sistema penal. execução de pena. autoritarismo.

ABSTRACT

The present text aims to present the conceptualization of power and its interrelation with the punitive state power in the face of the penal system and the execution of sentence, which will be presented in the first part. In the second part, an analysis of article 41 in the sole paragraph of Law No. in the criminal law in the State of Pará, in the third part, finally, jurisprudential positions are presented, on the subject of the suppression of the rights of the convicts provided for in the Criminal Execution Law, which will converge directly with their reflexes in the custody of convicts in penal establishments. It is guided by the method of bibliographic research.

Keywords: punitive power, penal system, penalty execution, authoritarianism.

INTRODUÇÃO

Sobre o tema do poder, diversos autores o compreenderam de maneira peculiar conforme suas interpretações, como a definição dos adeptos do pensamento marxista que denominaram de poder, a “capacidade de uma classe social de realizar os seus interesses e objetivos específicos”. Já na abordagem de Weber, este conceituou no sentido de que a noção de poder era compreendida sob a ótica da interação, como também do ponto de vista da agregação.

O poder, segundo Foucault, realiza-se entre as relações e práticas deste mesmo poder, para ele, o poder circula, conforme o princípio de que existem duas esferas em que se consolidam as práticas, cada uma delas, utiliza-se de mecanismos de legitimação, pessoais e íntimas que passam a atuar como “centros” de poder e elaboram seu discurso e sua legitimidade.

Quando se trata mais especificamente do poder punitivo do Estado, ocorre o que implicitamente pode-se configurar como o ato da coletividade passar a abrir mão de uma parte da sua liberdade, com o intuito de usufruir das garantias restantes proporcionadas pelo ente estatal (BECCARIA, 2009, p.19).

Neste intento, a estrutura da ordem social investe a autoridade estatal, que passa a estabelecer normas de condutas sociais pertinentes a toda a coletividade, utilizando-se da coerciti-

vidade que lhe é assegurada, institui punições para o descumprimento de tais preceitos.

Neste contexto, o Estado passa a possuir o atributo indissociável da tarefa de reger condutas humanas, sendo então a ser o grande gerenciador, do monopólio da sanção penal. O titular do Jus Puniendi, o direito de punir.

E dentro das relações entre o poder de punir do Estado, sua inter-relação com o sistema penalístico, e sua convergência no âmbito de Execuções Penais, face a aplicabilidade desta lei, junto a utilização do tecnicismo científico jurídico, fatores estes que implicitamente sistematizados poderiam estar causando uma espécie de autoritarismo executório criminal, adentra-se o presente texto nestes instigantes temas, com o intuito de desvelá-los, tratando individualmente cada proposição apresentada, e ao final pretende-se demonstrar que as pertinentes agregações destes fatores, podem apresentar um resultado finalístico desproporcional para a cidadania e um processo de execução de pena e encarceramento menos lícito e justo na resposta final para a sociedade, demonstra-se a final, que ao Estado, cabe uma posição convergente, frente a esses desafios que proporcione uma resposta social sustentada no respeito a dignidade da pessoa humana.

O método que orientou o presente estudo e, com isso, possibilitou que o objetivo fosse plenamente alcançado, é o método da pesquisa bibliográfica.

Para o presente estudo, utiliza-se o conceito de método da pesquisa bibliográfica:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. [...]. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta. (FONSECA, 2002, p. 32).

A pesquisa bibliográfica consiste num “trabalho investigativo minucioso em busca do conhecimento e base fundamental para o todo de uma pesquisa” (PIZZANI, 2012, p. 54). Trata-se, pois, do método de “pesquisa propriamente dita na área das Ciências Humanas” (CERVO, BERVIAN, 1996, p. 48), o qual “análise as diversas posições acerca de um problema” (GERHARDT, SILVEIRA, 2009, p. 37). Por essas razões o método da pesquisa bibliográfica é o mais adequado para se alcançar o objetivo descrito no presente estudo.

O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO, EXECUÇÃO PENAL E SISTEMA PENITENCIÁRIO.

Na prestigiada obra clássica, *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria, o autor inaugura o primeiro capítulo com a instigante indagação:

A MORAL política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento. Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir (BECCARIA, 2009, p. 9).

Beccaria, já no século VXIII, apresentava-se contrário, ao Estado utilizar-se do poder de

punir, de maneira ilimitada e em desacordo com a verdadeira justiça humana, ao aplicar as sentenças secretas, e penas desproporcionais e desumanas, inspirava-se nos princípios filosóficos do iluminismo francês, aplicando-o a legislação penal vigente a época.

Interessante se faz perceber, que em variadas épocas históricas a humanidade sempre se preocupou com a aplicação de medidas extremas, se estas eram legítimas proporcionais ou legais.

Na antiga mitologia Egípcia Ammit representado por uma fera com corpo misto de leão, hipopótamo e crocodilo que era conhecido como o “Devorador de Corações”, era considerado como se fosse uma espécie de divindade responsável pelo julgamento dos mortos. Miticamente representava, a cadela do salão do julgamento dos mortos, segundo consta em escrituras que remontam esta época.

Assim, os egípcios após a morte, eram julgados no que se refere a sua bondade, por meio de pôr o seu coração na balança de Osíris, e dado o peso equivalente a seus atos em vida.

E se o coração do falecido, pesasse mais que uma pena de avestruz, símbolo de Ma’at, a personificação da verdade e da justiça, a fera devorava o seu corpo, destruindo por completo a sua imagem, sendo considerada culpada, a alma era destruída por Ammit, devorada e engolida, deixando definitivamente de existir.

E nessa compreensão, percebe-se que a mensagem que os Egípcios pretendiam passar com essas afirmações míticas, era que o coração daquele que era julgado não pesasse mais do que uma pena, eram as premissas da proporcionalidade jurídica em seu nascedouro, quando na aplicação de um julgamento.

A construção do conceito de Estado, ente que emanado das funções políticas, sociais, econômicas e jurídicas que passa a ser o responsável pela promoção do bem comum e garantidor da ordem pública, do equilíbrio social e o regramento das condutas humanas, e que vai manter em suas mãos o poder de punir, e necessitará de leis e de um sistema penitenciário capaz de suprir as demandas sociais, inerentes a aplicação de sanções e cabalmente utilizará da proporcionalidade necessária ao aplicar a punição.

Por intermédio do poder legislativo, O Estado então cria as leis que por sua vez culminam em sanções relativas ao ilícito cometido, objetivando a diminuição da criminalidade com o advento da manutenção da ordem pública e social, entretanto, enfrenta a outra vertente problemática: A desigualdade social.

Viggiani Bicudo:

“O modelo de Direito Penal legítimo deve estar afinado com um Estado e uma sociedade civil que promovam políticas públicas e particulares, no sentido de minimizar a desigualdade social e favorecer a construção de uma crescente cidadania em que sejam asseguradas as condições de todas as pessoas auferirem seus direitos fundamentais à subsistência, a vida, a saúde e a educação”. (BICUDO, 2010, p. 184)

E por tratar-se de tema bastante relevante, para a manutenção da ordem estatal, o desafio de manter a ordem social e também, suprir as necessidades sociais, vão sendo criadas as constituições das nações, e nessa quadra da história no Brasil, chega-se ao modelo atual da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patri-

mônio” Art. 144 CF.

Neste contexto, considerando-se a vertiginosa necessidade de legitimar o aprisionamento no país, A Lei de Execução Penal, foi instituída em 11 de julho de 1984, considerada um avanço em termos legislativos, e como texto legal bastante moderno, passa a ter como traço característico a preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Ainda conforme a Lei de Execução Penal, A pena não possui apenas caráter retributivo, como também tem por finalidade proporcionar condições para a reinserção social do condenado, por meio da ressocialização. Segundo Mirabette (1996, p. 134):

Contém, o artigo 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidade. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, o disposto registra formalmente o objetivo da realização penal concreta do título executivo constituídas por tais decisões. A segunda é de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. (grifo no original)

A Lei de Execução Penal, em seus artigos prevê a prevenção e a correção para que o condenado não cometa novos delitos, preocupando-se também com a reintegração social do condenado ou internado, para que este possa novamente viver em sociedade.

E nesse quadrante histórico, caminham juntos, a Lei de Execução Penal e o sistema penitenciário com a real necessidade de recuperar ou reabilitar os que cometem atos considerados crimes, na sociedade, com o objetivo de abolir as penas que eram consideradas desumanas, proporcionando ao apenado uma reinserção social.

Diante do quadro atual, Noronha explica (1999, pág. 202): “Os estabelecimentos penitenciários representam, a evolução do direito de punir e conter os agressores do crime.

E a lei de Execução Penal surge com objetivo e finalidade educativa da pena é a inserção social, a reeducação do condenado, a reinclusão do preso à sociedade, após o cumprimento de sua reprimenda.

Quando se fala então da dupla responsabilidade estatal de punir e ao mesmo tempo a função de aprisionamento, o Estado tem um grande desafio que é o de encontrar uma forma eficaz para a efetiva aplicação da Lei de Execução Penal, e uma maneira eficaz no trato com sistema penitenciário, visando a ressocialização dos internos para estarem aptos ao convívio social. Nas palavras de Nucci (2014, p. 942):

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto

Portanto, compreende-se que é nítido perceber a íntima relação entre o poder de punir do Estado, com o intuito de manter a ordem pública e social, sua real necessidade de utilizar-se de mecanismos legais para a efetivação de suas políticas, no caso de aprisionamento, no qual insere-se a Lei de Execução Penal, e o Advento do Sistema Penitenciário, suas lacunas e necessidades.

Desde a criação da Lei 7.210/84, já se somam trinta e oito anos, sem que o Sistema Penitenciário consiga solucionar ao menos sua principal problemática, correspondendo ao grande número de aprisionados, o que se denomina de superlotação carcerária. Pergunta-se se este fenômeno decorre devido à falta de vontade política do Estado, ou a outros fatores implícitos a criminalização legalizada? Não cabe neste momento chegar a essa conclusão, que será fruto da próxima sessão em que poderemos nos aprofundar mais sobre esse tema.

APLICABILIDADE DO ARTIGO 41 E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984, LEI DE EXECUÇÃO PENAL, SINGULARIDADES: POSSÍVEL AUTORITARISMO JURÍDICO PENAL NO ESTADO DO PARÁ.

Reza o Artigo 41 da Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, Lei de Execução penal:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua Remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

E em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

A necessidade de elencar os dezesseis artigos que fazem parte rol que constituem os direitos do preso acima descritos, e por entender suas inter-relação com o paragrafo único que abaixo se apresenta, determinando a restrição ou suspensão de alguns destes dispositivos.

E é nesse sentido que caminha a problematização do presente tema, com a indagação de até que ponto a aplicabilidade do disposto que reza o parágrafo único do artigo 41 da Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984, Lei de Execução Penal, unge-se de autoritarismo jurídico, para fundamentar e sedimentar, decisões administrativas e judiciais que retiram ou limitam os direitos garantidos pela legislação federal ao custodiados no Sistema Prisional do Estado do Pará?

Importante concluir que o presente tema exposto no texto, não consagra e também não possui a intenção de transformar-se numa espécie de crítica, baseada apenas em discurso emocionado, do contrário, se buscará demonstrar individualmente cada tema proposto para melhor configuração final.

E conforme percebe-se, ocorre um fenômeno constante no âmbito do Sistema Penitenciário paraense, que é o fato da suspensão dos direitos previstos nos incisos V, X e XV da Lei de Execução penal, que representam, V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o

trabalho, o descanso e a recreação, X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

Ocorre, que como é de conhecimento público, ao aplicar a restrição ou suspensão destes direitos dos presos, o Sistema Penitenciário do Estado do Pará, tem se valendo de portarias administrativas, que a partir desse momento passam a regular a atmosfera penitenciária, vejamos abaixo o exemplo da aplicação de algumas delas:

Portarias do ano de 2019:

PORTARIA Nº 514/2019-GAB/SUSIPE/PA - Regulamenta o procedimento de cadastramento e visitação a pessoas privadas de liberdade no âmbito das Unidades Prisionais do Estado do Pará

PORTARIA Nº 383/2019-GAB/SUSIPE - Adoção de procedimento de visita, atendimento médico e/ ou demais ações socioeducativas nas Unidades Penais do Estado do Pará em casos de excepcional risco.

ERRATA PORTARIA Nº 348/2019-GAB/SUSIPE - Suspensão de visitas, atendimentos jurídicos, de saúde e demais ações socioeducativas na Unidade Materno Infantil - UMI.

PORTARIA Nº 348/2019-GAB/SUSIPE- Suspensão de visitas, atendimentos jurídicos, de saúde e demais ações socioeducativas na Unidade Materno Infantil - UMI.

PORTARIA Nº. 1386/2018 - GAB/SUSIPE - Regulamento da Entrada de Grupos Religiosos e de Apoio nos Estabelecimentos Prisionais da Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará

Portarias do ano de 2020:

PORTARIA Nº 1000-2020 SUSPENSÃO DE ATIVIDADES NO CRPP IV

PORTARIA Nº 918.2020 - Regulamentação das visitas

PORTARIA Nº 809/2020-GAB/SEAP/PA - Uniformização na entrega de materiais

PORTARIA Nº 65/2020-GAB/SEAP/PA - Suspensão de visita do Crama e CRF de Marabá

PORTARIA Nº 126.2020 - Suspensão de visita no CRRP - Paragominas

PORTARIA Nº 140.2020 - Intervenção CRC

PORTARIA Nº 161.2020 - Retorno das visitas

PORTARIA Nº 162.2020 - Fim da tranca

PORTARIA Nº 163.2020 - Horário de alimentação dos internos

PORTARIA Nº 164.2020 - Acesso de advogados

PORTARIA Nº 230.2020 - Suspensão de visitas - CTMA

Portarias atualizadas

PORTARIA Nº 1299/2009 (ATUALIZADA) - Portaria que regulamenta os procedimentos de visita, com as alterações introduzidas pela Portaria nº 215/2016, de 26/04/2016.

PORTARIA Nº 1242/2009 - CONSIDERANDO as disposições da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, que prevê, no seu Art. 41, X, como um dos direitos do preso, receber “visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”

PORTARIA Nº 1004/98 - GAB/SUSIPE, de 14/09/1998, ESTABELECE NORMAS PARA ENTRADA DE GRUPOS RELIGIOSOS E DE GRUPO DE RECUPERAÇÃO.

PORTARIA Nº 230/2006 - GAB/SUSIPE, de 16/07/2006, Instituir e Implantar, no âmbito dos estabelecimentos prisionais do Estado do Pará, normas e procedimentos gerais, visando um sistema unificado de visitas, social e íntimas, às pessoas presas nas unidades penais de regime fechado e semiaberto, salvo as disposições contrárias.

PORTARIA Nº 108/04 - GAB/SUSIPE, de 06/04/2004, INSTITUIR no âmbito dos estabelecimentos penais do Estado do Pará o REGIMENTO INTERNO PADRÃO, com o objetivo de normatizar rotinas e procedimentos no trato com os presos de Justiça.

Percebe-se claramente que o ente estatal procura finalizar suas ações referentes as políticas de encarceramento, utilizando-se da Lei de Execução Penal e suas disposições, para recrudescer paulatinamente, o trato com o Sistema Penitenciário, ampliando suas ações por intermédio das diversas portarias no decorrer de um pequeno limite temporal.

Importante frisar, que esse fator de recrudescimento na política de aprisionamento legalizado, perpassa quase que invisivelmente nos aos olhos da sociedade, por estar intimamente ligado ao Tecnicismo jurídico institucionalizado.

Ficando evidente que na grande maioria dos casos em que são suprimidos os direitos dos presos, quando trata-se da proibição de visitação de familiares por exemplo, é utilizado como subterfúgio legal pelo Sistema Penitenciário Estadual, portarias referendadas com a leitura do Artigo 41 e seu parágrafo único da Lei de Execução Penal, como já foi dito anteriormente, e poderá ser explicitado em apenas um caso *ipsis litteris* abaixo:

Portaria nº 65/2020-GAB/SEAP/PA

Belém-Pa, 12 de janeiro de 2020.

A Secretária de Estado de Administração Penitenciária, em exercício, no uso de suas atribuições, que lhe conferem o inciso II, do artigo 138, da Constituição do Estado do Pará bem como os incisos I e II, do artigo 11, da Lei nº 8.937/2019, e

CONSIDERANDO a portaria nº 514, de 02 de maio de 2019, que regulamenta o procedimento de visitação nas unidades prisionais do estado, mormente o artigo 2º, o qual prevê que “a autorização para entrada nas Unidades Prisionais fica condicionada a obediência à ordem e a disciplina, observando-se as disposições legais e vigor”.

CONSIDERANDO que o parágrafo único do dispositivo acima referenciado possibilita, emergencial ou excepcionalmente, a suspensão de visitas cumulada com padronização de procedimentos, para fins de preservação da ordem, disciplina e segurança;

CONSIDERANDO a portaria nº 994, de 17 de setembro de 2019, que igualmente regula-
menta o procedimento de visitação nas unidades prisionais do estado, especificamente o artigo
10, é admissível a suspensão de visitas diante de fundadas suspeitas e/ou atos concretos de
rebelião, motim, ou outros eventos que possam fragilizar a segurança das penitenciárias;

CONSIDERANDO que a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, no parágrafo único do ar-
tigo 41, prevê a suspensão das visitas, por intermédio de ato consubstanciado em circunstâncias
concretas, de forma a compatibilizar o direito assegurado ao preso com a necessária manuten-
ção da disciplina e ordem no interior dos estabelecimentos prisionais;

CONSIDERANDO, por conseguinte, atos de subversão a ordem e disciplina ocorridos na
manhã do dia 04 de janeiro de 2020, inclusive com tomada de reféns, após tentativa frustrada de
fuga, constataram-se que as condições de segurança do Centro de Recuperação Agrícola Ma-
riano Antunes - CRAMA se deterioraram fortemente, tendo em vista que foram detectadas ainda
armas de fogo e demais objetos ilícitos no interior da unidade.

CONSIDERANDO que o Centro de Recuperação Agrícola Mariano Antunes – CRAMA,
está localizado dentro de um polo integrado a outras duas unidades prisionais, e que o ocorrido
no CRAMA foi influenciado por uma organização criminosa de movimento nacional, apoiada pe-
los internos do CRAMA faccionados junto a referida organização, e que as ramificações dessa
organização existem na Central de Triagem Masculina de Marabá – CTMM e no Centro de Re-
cuperação Feminino de Marabá – CRF. Faz-se necessário, que depois de posto sobre procedi-
mentos técnicos operacionais o CRAMA, também por consequência lógica e razoável, se avance
sobre o CRF e CTM de Marabá, evitando assim, que essas unidades sirvam de ponte para uma
nova rebelião no Polo de Marabá.

CONSIDERANDO que a visita, em situações de instabilidade, acarreta fragilidades para
a manutenção da segurança, ordem e disciplina, tanto intramuros, no que diz respeito à vida e
integridade física dos servidores do Sistema Penitenciário, quanto extramuros, no que tange aos
familiares e sociedade em geral;

R E S O L V E:

Art. 1º - Consubstanciado no parágrafo único do artigo 2º da Portaria nº 514/2019- GAB/
SUSIPE/PA, no artigo 10 da Portaria nº 994/2019-GAB/SEAP/PA e demais dispositivos aplicá-
veis ao caso, suspender todas as visitas programadas por 30 (trinta) dias, no âmbito das unida-
des Central de Triagem Masculina de Marabá – CTMM e Centro de Recuperação Feminino

de Marabá – CRF, até que o retorno da normalidade carcerária seja restabelecido com a
consequente segurança necessária para prosseguimento das atividades rotineiras.

Art. 2º - Esta portaria passa a vigorar a contar do dia 13 de janeiro de 2020.

Art. 3º – Dê-se ciência imediata as Unidades Prisionais CTMM e CRF Marabá, para fins
de divulgação, registre-se e cumpra-se.

Traz a baila a penas a presente portaria como supedâneo de exemplificação para que se
possa compreender de uma maneira mais didática, de qual forma o Sistema Penitenciário Esta-
dual, busca solucionar suas problematizações, convergindo-se para um patamar mais próximo
o possível do autoritarismo jurídico penal, ao passo que os direitos dos presos garantidos, são

suprimidos com base em portarias internas.

Indaga-se, portanto, até que ponto estaria o órgão estatal ultrapassando os limites das legalidades para manter a ordem e a disciplina? Buscando uma resposta mais adequada a essa pergunta, adentramos agora no conceito de autoritarismo jurídico.

Nas palavras de Fragoso, Christiano Falk (2011, p. 63):

Autoritarismo é um conceito sobre o qual, intuitivamente, todos temos uma ideia, ainda que vaga. Em termos simples, autoritarismo constitui sempre um abuso de autoridade, uma perversão da autoridade. Quem atua autoritariamente abusa de poder de autoridade. Se é verdade que direito e poder detêm relações estreitas, sendo impossível separá-los (cf. item 1.1.4), e se a autoridade consiste no exercício regular de um poder legítimo (cf. item 1.2), conclui-se — pela lógica mais simples — que o exercício abusivo de algum direito legítimo e o exercício de direito ilegítimo constituem expressões de autoritarismo no direito

Sobre o pertinente tema aduz ainda o Autor:

O autoritarismo, como exercício irregular de poder legítimo ou como exercício de poder ilegítimo, é um conceito puramente formal de autoritarismo, que deflui lógica e diretamente de nosso conceito de autoridade, mas que ainda diz muito pouco acerca do complexo fenômeno do autoritarismo. Este conceito meramente formal ainda não está apto, segundo penso, a abarcar todas as manifestações de autoritarismo, nem a demonstrar todas as imbricações entre autoritarismo e sistema penal.

Percebe-se nas palavras do autor, que o conceito de autoritarismo não se encerra apenas na finalização de um ato pela autoridade constituída, vai muito além dessa concepção, confunde-se entre a formalidade e a materialidade das questões por exemplo que envolvem o sistema penitenciário, portanto, requer um olhar mais atento para que possa ser identificado.

E continua seu raciocínio sobre o tema Fragoso, Christiano Falk (2011, p. 65)

Nas tramas do autoritarismo como abuso de autoridade, os fios do modo de constituição da autoridade e do seu exercício estão inextricavelmente enredados. Para que não haja autoritarismo no sentido desse primeiro contexto, a autoridade tem de ter sido constituída e tem que exercer-se legitimamente.

E que é unânime a opinião de que ideologias autoritárias e autoritarismos psicológico-sociais estão presentes mesmo em regimes políticos não autoritários (STENNER, 2005, p. 1); e, evidentemente, regimes altamente autoritários não impedem permanentemente o florescimento de ideologias democráticas, muito menos de pessoas desprovidas de propensões autoritárias.

E diante do que foi exposto, observa-se que para que haja uma ação autoritária por parte do Estado, não significa dizer que, o momento a qual está exposta a sociedade, esta esteja vivenciando uma experiência de uma política e de um regime de total autoritarismo explícito.

Neste contexto, compreende-se que os atos de autoritarismo se confundem com a legalidade e a legitimidade das ações estatais, e estes fatores convergem-se no âmbito do Sistema Penitenciário paraense, transitando entre a legalidade e a formalidade dos atos públicos, ficando quase que imperceptível ver até que ponto o Estado estaria ultrapassando seus limites democráticos para buscar seu intuito de vigiar e manter a ordem e a disciplina nas unidades penais.

Não é intuito deste trabalho o aprofundamento no tema do autoritarismo, o qual denota assunto para uma monografia mais extensa, porém, compreender que este estaria implicitamente ligado nas decisões, que denotam supressão de direitos dos presos previstos na Lei de Execução Penal, sob a égide da segurança e da disciplina, haja visto estas decisões administra-

tivas fundarem-se em discricionariedade ampla e genérica, deixando margens para interpretações dúbias.

E sobre a indagação antes proposta, compreende-se que para chegar a essa conclusão, é necessário compreender que a permissividade da aplicação discricionária genérica pelo Estado, no ato da aplicação da sanção administrativa esteja mitigando um direito fundamental do ser humano, que corresponde a dignidade da pessoa encarcerada, e que esse fator de proteção e valoração deve estar ligado intrinsecamente com a evolução do estado democrático de direito.

Compreende-se por fim, que os processos de implementação de uma política penitenciária no âmbito do Estado Democrático de Direito, deve estar ligada diretamente com os procedimentos de evolução e criação e validação dos direitos humanos, perante a evolução sistêmica destes para o pleno reconhecimento como direitos fundamentais, no âmbito do sistema penalístico, o que perpassa logicamente para a real necessidade da formulação de uma política de encarceramento, com a aplicabilidade prática no seio das sociedades, seu urgente, e necessário reconhecimento e aplicação nos Estados.

POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS.

No que diz respeito a decisões, sobre restrições a direitos de custodiados previstos no ordenamento jurídico brasileiro na Lei de Execução Penal, incisos I a XVI, e parágrafo único, existem na jurisprudência, em maior proporção, posição majoritária de que o deve ser admitido os direitos previstos na legislação especial executória relativos aos presos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina posiciona-se no sentido da possibilidade do apenado em receber visita mesmo que sua visita esteja respondendo a processo judicial:

Agravo de Execução Penal n. 0010827-40.2018.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Agravo de Execução Penal. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE VISITAS POR PARTE DA ATUAL COMPANHEIRA DO APENADO, PELO FATO DE ELA ESTAR CUMPRINDO PENA NO REGIME ABERTO. ACOLHIMENTO. DIREITO GARANTIDO PELA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, EM SEU ARTIGO 41, INCISO X. CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENÁ. CIRCUNSTÂNCIA DE RESGATAR A REPRIMENDA NO REGIME ABERTO QUE NÃO OBSTA O DIREITO DE VISITAS. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA.

“Assegurado expressamente pela Lei de Execução Penal, o direito de visita, com o objetivo de ressocialização do apenado, não pode ser negado a companheira do condenado, por ela estar cumprindo pena sob o regime aberto, uma vez que este só lhe restringe os direitos atingidos pelo efeito da sentença condenatória, e não ao gozo dos demais direitos individuais” (STJ, AgRg no REsp 1487212/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 15/03/2016).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No mesmo sentido TJSC:

Agravo de Execução Penal n. 0016081-19.2017.8.24.0023

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DIREITO DE VISITAS. INSURGÊNCIA CONTRA INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA RECEBER A COMPANHEIRA E O ENTEADO. CARÁTER RESSOCIALIZADOR DO INSTITUTO (ARTS. 1º E 40, X, AMBOS DA LEI N. 7.210/84). PROTEÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR (ARTS. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 19, § 4º DA LEI N. 8.069/90). CONSORTE QUE CUMPRE PRISÃO DOMICILIAR. AUTORIZAÇÃO PARA AFASTAR-SE DA RESIDÊNCIA A SER OBTIDA PERANTE A AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

“Entre os direitos reconhecidos pela LEP aos reeducandos está a visitação pelo cônjuge, companheira, parentes e amigos em dias específicos, de modo a proporcionar, como prioridade da sanção penal, a harmônica integração social do apenado (LEP, art. 1º), especialmente pela companhia de pessoas fundamentais à formação de uma das mais importantes entidades, a família” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0006044-24.2016.8.24.0004, Des. Getúlio Corrêa, j. em 21/2/2017).

Pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal é demonstrado o entendimento de que é irrelevante a sentença de visitante não ter transitado em julgado, pelo fato de que a visitação em caso não contribuirá para a ressocialização do custodiado:

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DE VISITA. COMPANHEIRA PRESA POR TRÁFICO DE DROGAS AO INGRESSAR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Constitui direito do preso, com o objetivo de lhe proporcionar a ressocialização, a vista do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, conforme preceitua o art. 41, inciso X, da LEP, todavia, esse direito não é absoluto, devendo ser analisado o caso concreto.

2. Na espécie, a proibição de visita da companheira ao recorrente se justifica, uma vez que aquela responde a processo criminal por ter tentado ingressar em estabelecimento prisional com substância entorpecente, mesmo que a condenação não tenha transitado em julgado, tendo em vista que em nada contribuirá para a ressocialização do embargante. 3. Recurso desprovido.

Fls. _____

Embargos Infringentes e de Nulidade 20160020308046EIR

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, SILVANO BARBOSA DOS SANTOS - Relator, JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA - Revisor, ROMÃO C. OLIVEIRA - 1º Vogal, SOUZA E AVILA - 2º Vogal, JOÃO BATISTA TEIXEIRA - 3º Vogal, JESUINO RISSATO - 4º Vogal, WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR - 5º Vogal, ANA MARIA AMARANTE - 6º Vogal, CARLOS PIRES SOARES NETO - 7º Vogal, DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI - 8º Vogal, GEORGE LOPES - 9º Vogal, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - 10º Vogal, sob a presidência da Senhora Desembargadora NILSONI DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS. MAIORIA, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 7 de novembro de 2016.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal comunga do mesmo entendimento:

APELANTE: NILTON CESAR RODRIGUES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO Número do Protocolo: 149574/2017 Data de Julgamento: 04-07-2018 E M E N T A APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DE VISITA A PRESO – MENOR DE 18 ANOS – LIMITAÇÃO DO GRAU DE PARENTESCO DAS PESSOAS QUE PODEM SER INCLuíDAS NO ROL DE VISITANTES DO REEDUCANDO POR MEIO DE RESOLUÇÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR POR AFINIDADE ENTRE A MENOR E O RECLUSO – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DA MENOR – AUTORIZAÇÃO NÃO CONCEDI-

DA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O direito do preso de receber visitas de seus parentes, previsto no art. 41, X, da Lei de Execução Penal, não é absoluto e não deve se sobrepor a outras garantias asseguradas às crianças e aos adolescentes pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que, na hipótese dos autos, o deferimento do pedido poderia causar reflexos psicológicos negativos à menor, acarretando-lhe maiores danos à sua formação psicológica do que a privação do convívio com seu avô por afinidade. APELANTE: NILTON CESAR RODRIGUES

Brasília (DF), 17 de setembro de 2017.

Pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é demonstrado o entendimento de que é irrelevante o fato da visitante estar sendo processada, não restringindo o Direito de visitação ao preso ante a ausência de trânsito em julgado da reprimenda penal.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. DIREITO DE VISITA. ARTIGO 41, INCISO X, DA LEI DE EXECUCOES PENAIS. COMPANHEIRA CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS. CONDIÇÕES. PRISÃO DOMICILIAR. NÃO HÁ RESTRIÇÃO QUANTO À VISITA. RECURSO PROVIDO.

1. Dispõe a Lei de Execução Penal em seu artigo 41, inciso X, que ao preso é assegurado o direito de receber a visita do cônjuge, da companheira, dos parentes e amigos em dias determinados. O referido dispositivo consagra a relevância da presença dos familiares e do apoio destes para a reeducação e reinserção do sentenciado na sociedade.

2. O fato de a genitora do recorrente estar cumprindo pena pela prática do crime de tráfico de drogas, somente lhe restringe os direitos atingidos pelos efeitos da sentença condenatória, e não ao gozo dos demais direitos individuais.

3. Uma das condições imposta ao condenado que cumpre pena em regime domiciliar consiste em não andar em companhia de pessoa que se encontre cumprindo pena, e não em visitá-la no presídio.

4. Recurso provido.

Fls. _____

Agravo de Execução Penal 20150020010038RAG

Registro: 2015.0000897118

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos do Agravo de Execução Penal nº 0051986-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Tupã, em que é agravante EMANUEL RAIMUNDO DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao agravo interposto por Emanuel Raimundo da Silva para restabelecer o direito de sua genitora Maria Anunciada Raimundo visitá-lo em qualquer instituição penal em que esteja recolhido, salvo pela existência de fatos novos que possam, nos termos do artigo 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, suspender ou restringir esse direito, com a devida fundamentação e por prazo determinado. V.U”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA E MARCOS CORREA.

São Paulo, 26 de novembro de 2015

Marco Antônio Marques da Silva

RELATOR

Na mesma esteira de entendimento o TJSP

AGRAVO EM EXECUÇÃO - nº 0051986-71.2015.8.26.0000

6ª Câmara Criminal

Agravante: EMANUEL RAIMUNDO DA SILVA

Agravada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 23677

EXECUÇÃO PENAL PRETENDIDO O RESTABELECIMENTO DO DIREITO DE VISITAÇÃO DA GENITORA QUASE TRÊS ANOS QUE O SENTENCIANO NÃO PODE RECEBER VISITAS DA MÃE

ADMISSIBILIDADE CONSTITUIÇÃO FEDERAL GARANTE AO PRESO O DIREITO À ASSISTÊNCIA FAMILIAR VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL A PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO RESOLUÇÃO DA SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA NÃO PODE CRIAR PUNIÇÃO NÃO PREVISTA EM

LEI DIREITO DE VISITAÇÃO

RESTABELECIDO - RECURSO PROVIDO.

São Paulo, 16 de outubro de 2015

Emanuel Raimundo da Silva,

RELATOR

Ante o exposto, vislumbra-se que a execução penal deve ser compreendida como um processo judicial autônomo, distinto do processo de conhecimento que lhe deu origem, em cujo bojo devem ser obedecidos os princípios e garantias constitucionais, na forma preconizada pelo artigo 41 incisos e § único da Lei n.º 7.210/84, Lei de Execução Penal de maneira a interpretá-lo a luz da justiça. (CAPEZ, 2004).

Compreende-se dessa forma, por se tratar de tema que envolve a liberdade individual do ser humano privado de seu direito constitucional de ir e vir, que passa a ser tutelada pelo Estado, que determina as regras da execução do condenado através do Sistema Penitenciário, quando decide pela supressão e mitigação de direitos do encarcerado, a Administração Penitenciária, claramente passa a desprezar a garantia constitucional oferecida aos aprisionados, a saber: a de que o preso tem o direito a dignidade como ser humano.

Nesse ponto, compreende-se que é possível sim, a existência de uma política de encarceramento mais lúdica e justa, longe das decisões autoritárias e restritivas, ao passo que os Estados recebam e apliquem a Lei de Execução Penal, a luz da dignidade da pessoa humana, reconhecendo a proteção a vida, como um direito fundamental de todo o ser humano, valendo-se do direito, da justiça e da paz, como função promocional da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

BICUDO, Tatiana Viggiani. Por que punir? Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A. Metodologia científica. São Paulo: Makron Books, 1996.

CESARE BECCARIA. Dos Delitos e das Penas. Edição. Ridendo Castigat Mores.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990

FRAGOSO, Christiano Falk, *Autoritarismo e sistema penal*, LUMEN JURIS, 2011.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Edufrgs, 2009.

SEAP-PA. Portarias-GAB. 2022. Disponível em: <https://www.seap.pa.gov.br/search/node/portarias-GAB/>
SEAP-PA: Acesso em: 17 jun. 2022.

Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível: Acesso em: 15 jun. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal, Comentário à Lei 7.210/84*. Editora São Paulo. Atlas, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1, 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal, Parte Geral e especial*. 5ª Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PIZZANI, L. *et al.* *A arte da pesquisa bibliográfica na busca do conhecimento*. In: RDBC,

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Ed. Guanabara: Rio de Janeiro, 1981.

O medo e o monstro de “O Senhor das Moscas”: interações entre direito e literatura

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestra em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Especialista em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.115.20

RESUMO

O presente trabalho consiste em um estudo acerca da propagação do medo na sociedade moderna, tendo como resposta o crescimento do ideário repressivo, correlacionando realidade com a ficção da obra literária de William Golding, “O Senhor das Moscas”. Esse livro, que foi publicado em 1954, é um dos grandes clássicos da literatura mundial pós-guerra, traduzido para 35 idiomas e, só em língua inglesa, comercializado em mais de 25 milhões de exemplares. Assim como “Revolução dos Bichos” e “O Apanhador no Campo de Centeio”, “O Senhor das Moscas” traz uma reflexão sobre o “mal”, fazendo uso de um ideário dualista e metafórico para passar sua mensagem, que pode ser objeto importante para aprofundar a discussão sobre poder, violência e Direito. É justamente essa intertextualidade entre a Literatura e o Direito, cujo estudo ainda é relativamente recente no Brasil, o tema central desse trabalho. A pesquisa aqui apresentada se desenvolve a partir de uma análise exploratória, de cunho singularmente bibliográfico, a partir da relação entre Direito e Literatura. O hipótese principal sustentada nesse artigo se direciona para dar destaque ao aspecto do Monstro (as consequências advindas após sua aparição na obra literária) e o tema da crise de paradigmas moderna, conjuntamente com o fracasso do Direito e sistema penais na busca da justiça. Afinal, que mensagem os garotos ilhados ainda podem passar a essa sociedade agora? Essa, que vive os primeiros anos do século XXI, com tantas dúvidas e incertezas, como se também estivesse abandonada em sua ilha, sem saber quem poderá resgatá-la e se, assim podendo, o fará.

Palavras-chave: “Senhor das Moscas”. pós-modernidade. medo. direito penal.

ABSTRACT

The present work consists of a study about the spread of fear in modern society, in response to the growth of repressive ideas, correlating reality with the fiction of William Golding’s literary work, “The Lord of the Flies”. This book, which was published in 1954, is one of the great classics of postwar world literature, translated into 35 languages and, in the English language alone, marketed in over 25 million copies. Like “Animal Revolution” and “Rye Catcher”, “Lord of the Flies” brings a reflection on “evil”, using a dualistic and metaphorical idea to convey its message, which can be an important object to deepen the discussion about power, violence and Law. Thus, it is precisely this intertextuality between literature and law, whose study is still relatively recent in Brazil, the central theme of this work. The research presented here develops from an exploratory analysis, with a singular bibliographic nature, from the relationship between Law and Literature. The main hypothesis sustained in this article is directed at highlighting the Monster aspect (the consequences arising after its appearance in the literary work) and the theme of the modern paradigm crisis, together with the failure of the Law and penal system in the pursuit of justice. After all, what message can island boys still give this society now? This one, which lives the first years of the 21st century, with so many doubts and uncertainties, as if it was also abandoned on its island, not knowing who can rescue it and if so, will do it.

Keywords: “Lord of the Flies”. postmodernity. fear. criminal law.

INTRODUÇÃO

“Imagina se o Monstro ia ser uma coisa que vocês podiam caçar e matar!” foi o que disse a cabeça de porco para Simon, quando o garoto aos poucos percebia o sentido principal da figura do Belzebu (“Baalzebub”, o Senhor das Moscas). Simon e o Monstro eram parte de uma mesma coisa, esse controlava sua mente e corpo, e logo aquele sofreria o ódio dos demais, morto a pauladas. Mas apesar disso, o Monstro permaneceu vivo, incólume e forte.

Essa é uma das partes cruciais da obra do britânico William Golding e ponto chave desse trabalho. O livro em comento, que foi publicado em 1954, quando o mundo era aquecido pelos acontecimentos da Guerra Fria, é um dos grandes nomes da literatura mundial, traduzido para 35 idiomas e, só em língua inglesa, comercializado em mais de 25 milhões de exemplares.

Diante do exposto, para dar voz a esse trabalho, parte-se do método dedutivo para desenvolver uma análise exploratória, de cunho singularmente bibliográfico, sob uma abordagem qualitativa, acerca da obra “O Senhor das Moscas” e o Direito. O foco se direciona para dar destaque ao aspecto do Monstro (as consequências advindas após sua aparição na obra literária) e o tema da crise de paradigmas moderna, conjuntamente com o fracasso do Direito e sistema penais na busca da justiça.

O trabalho se divide em duas partes: primeiramente, dá enfoque à questão do medo e da incompetência do sistema e saber penais para, em seguida, relacionar a ficção necessária do direito com a ficção da narrativa do britânico William Golding, concatenando as ideias de como essa obra literária pode se relacionar e dialogar com a modernidade. Afinal, que mensagem os garotos ilhados podem passar a essa sociedade agora? Essa, que vive os primeiros anos do século XXI, com tantas dúvidas e incertezas, como se também estivesse abandonada em sua ilha, sem saber quem poderá resgatá-la e se, assim podendo, o fará.

SISTEMA PENAL: ENTRE O MONSTRO E O MITO

O medo e a obsessão pela segurança geram efeitos nocivos no sistema penal, que busca dar uma resposta satisfatória para a sociedade, mesmo que não esteja apto para tanto. A partir disso, percebe-se na atualidade brasileira uma expansão legislativa criminalizante, com criação de vários novos crimes e leis contendo normas incriminadoras, o que se opõe à ideia, geralmente propagada na academia, que o Direito Penal deve ser residual, *ultima ratio*, enquanto a política legislativa brasileira o trata como *solar ratio*.

Ou seja, embora convencionasse dizer que “o Direito Penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual e por isso tem sua aplicação justificada unicamente quando caracterizada a imperiosa necessidade” (AMARAL, 2008, p. 69), é possível afirmar que a política criminal legislativa brasileira está em alta expansão e que, nos últimos 30 anos, a inflação de normas incriminadoras nas legislações desse país é fato notório.

Essa hipertrofia legislativa gera a aparência de uma proteção jurídica presente e eficaz, mas quando há a verdadeira necessidade de proteção do bem, essa é insuficiente. Apesar disso, o estigma é garantido.

Essa almejada sensação de controle social, fruto da reação simbólica provocada pelas

instâncias de poder, é incapaz de lutar de modo efetivo contra a criminalidade. Hassemer elucida sobre essa reação dizendo que

[...] há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. (HASSEMER, 1994, p. 43 *apud* MINAGÉ, 2015)

Essa inépcia penal foi vastamente estudada pela Criminologia Crítica, que, apoiada sobre a crítica do direito desigual, direcionou as atenções ao processo de criminalização, responsabilizando-o pelos maiores dilemas enfrentados numa sociedade capitalista quanto a suas relações sociais de desigualdade. Os representantes dessa Criminologia Crítica acreditam que somente “uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na sociedade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio” (BARATTA, 2014, p. 197), o que em outras palavras significa dizer uma política criminal voltada para as classes mais vulneráveis.

A partir disso, infere-se que as classes dominantes possuem interesse em conter o desvio de modo que não interfira no sistema socioeconômico e na hegemonia no processo de definição, seleção e perseguição da criminalidade. Isso quer dizer que a camada mais favorecida tem interesse na permanência do status quo, na continuação de um sistema que promove a estigmatização e marginalização, pois ela reconhece que jamais será atingida.

Assim, o sistema penal contribui sobremaneira para a verticalização da sociedade e para a cristalização das desigualdades de direitos, pois trabalha sob a égide da seletividade, escolhendo ativamente sua clientela. No entanto, apesar de provocar perniciosos efeitos na comunidade, o direito penal ainda é no senso comum a maneira mais louvável e eficiente de solucionar problemas hercúleos, como a ilusória eliminação da criminalidade.

Retomando um ponto anteriormente exposto, percebe-se que a matéria jurídico-penal se alia aos discursos de emergência, o que traz imediatamente à tona a ideia de sociedade de riscos de Ulrich Beck. Almeja-se, pois, o controle e eliminação do risco “[...] decorrente do sentimento de insegurança e dos denominados discursos de emergência, emanam reivindicações sociais para que o Estado ofereça a tão aspirada proteção, especialmente, pelo viés normativo-penal” (MINAGÉ *et al.*, 2014, p. 6).

Somados a insegurança gerada pelas incertezas, a volubilidade dos acontecimentos modernos e o desejo de eliminação das ameaças, resulta-se nessa sociedade que se encontra potencialmente vulnerável a acreditar em e reproduzir discursos de recrudescimento das práticas punitivas estatais. Baratta (2014, p. 204) destaca o importante papel da mídia para a legitimação do sistema penal para esse papel:

A opinião pública, entendida no sentido de — “comunicação política de base”, é portadora da ideologia dominante, que legitima o sistema penal, perpetuando uma imagem fictícia dominada pelo mito da igualdade. É, além disso, a nível de opinião pública (entendida na sua acepção psicológico-social) que se desenvolvem aqueles processos de projeção da culpa e do mal, e que se realizam as funções simbólicas da pena, analisadas particularmente pelas teorias psicanalíticas da sociedade punitiva. Como estas teorias mostraram, a pena atua como elemento de integração do corpo social, produzindo sentimentos de unidade em todos aqueles que são somente seus espectadores e, desse modo, realiza uma consolidação das relações de poder existentes. Na opinião pública, enfim, se realizam,

mediante o efeito dos mass-media e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de alarme social que, em certos momentos de crise do sistema do poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de — “lei e ordem”, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um — “inimigo interno” comum.

Nesse excerto, Baratta integra os diversos tópicos expostos nesse trabalho até então, ao se referir a uma ilusória solidariedade unificadora da nação na luta contra um inimigo comum faz lembrar os tempos de Guerra Fria (abordados no primeiro capítulo) em que o combate ao comunismo havia se transformado em uma bandeira nacional americana para a união de forças nacionais em prol do consenso, fechando os olhos da população para os problemas internos, e para a fácil aprovação política por parte dos populares. Lembrando que a ideia de comunismo como inimigo externo também foi utilizada no Brasil em tempos de ditadura militar (mencionada na primeira parte desse capítulo), gerando esses mesmos objetivos do caso americano, porém agravada pelo regime autoritário. Uma ideologia fortíssima que até nos dias atuais é rememorada por parte da população brasileira que ainda vê o comunismo como ameaça iminente. Isso demonstra como esse debate ainda é muito atual.

Essa tática é vitoriosa com sistemas grandiosos e é ainda mais indefectível quando direcionada aos indivíduos, gerando etiquetamento e marginalização, alimentando o ódio, em destaque para o ódio biopolítico¹ aliado ao poder disciplinar, que dita qual vida merece ser vivida e qual deve ser invisibilizada, e fomentando as deturpações populares acerca dos direitos humanos. Quanto a esse último ponto, cabe aqui destacar a primeira dessas distorções elencadas por Maria Benevides (2003, p. 310):

A primeira delas, muito comentada atualmente e bastante difundida na sociedade, inclusive entre as classes populares, refere-se à identificação entre direitos humanos e direitos da marginalidade, ou seja, são vistos como — “direitos dos bandidos contra os direitos das pessoas de bem”. Essa deturpação decorre certamente da ignorância e da desinformação mas também de uma perversa e eficiente manipulação, sobretudo nos meios de comunicação de massa, como ocorre com certos programas de rádio e televisão, voltados para a exploração sensacionalista da violência e da miséria humana. [...] Com tal quadro histórico e com tais deturpações - muitas vezes conscientes e deliberadas, de grupos ou pessoas interessadas em desmoralizar a luta pelos direitos humanos, porque querem manter seus privilégios ou porque querem controlar e usar a violência, sobretudo a institucional, apenas contra os pobres, contra aqueles considerados — “classes perigosas”- reafirmamos que uma educação em direitos humanos só pode ser uma educação para a mudança, e não para a conservação. Embora insistamos na idéia de cultura, trata-se da criação de uma nova cultura de respeito à dignidade humana; portanto, o termo cultura só tem sentido como mudança cultural.

De acordo com o pensamento de Benevides, essa deturpação de valores ocorre de maneira perversa por aqueles que possuem interesses em manter seus privilégios, mesmo que às custas do sofrimento e exclusão do outro. Atualmente vive-se em tempos de travessia, transição, de uma crise de paradigmas. A evolução do pensamento científico acontece a partir dos choques de paradigmas diferentes, das revoluções que ocorrem em seu contexto, e para que isso aconteça é necessário permitir que antigas instituições e ideias estabelecidas devam ser modificadas ou destruídas, se necessário.

¹ “O discurso de ódio biopolítico reduz os indivíduos aos seus aspectos biológicos, como a cor da pele, a etnia, seu caráter de gênero, ou sua orientação sexual e considera esses aspectos como inferiores. Ele é proferido por um grupo que se julga dominante e exclui o que considera diferente em nome da sua perpetuação e da conservação de seus valores.” (SCHIRMER; DALMOLIN, 2017, p. 04)

A crise de paradigmas atual atingiu as tradicionais instituições informais que desempenhavam o papel no controle social, de modo que na insuficiência dessas, o Direito Penal viu-se cada vez mais demandado para regradar a vida em sociedade. Isso, porque, segundo Jean-Claude Guillebaud (*apud* SÁNCHEZ, 2013, p. 77), “[...] quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo, uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui.”

Mas o ponto chave é que a sociedade moderna está procurando atingir metas que estão além da capacidade operacional do Direito Penal, o que, segundo Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2009, p. 07), gera um círculo vicioso de frustração e lei penal.²

O quadro ilustrado por Moraes é direto e assertivo quanto à crise do Direito Penal iluminista para solucionar os problemas da sociedade contemporânea, mas também é importante admitir que a sociedade no estágio em que se encontra não tem condição alguma de eliminar completamente essa forma de controle social. Cabe aqui se filiar ao pensamento de Zaffaroni (1991, p. 95) ao se remeter à constatação de Ferrajoli, quando o jurista italiano recusa a radicalização própria do abolicionismo penal, “afirmando que mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (vingança ilimitada)”.

Desse modo, sendo o Direito Penal um mal necessário, deve-se pensar em maneiras que o ordenamento jurídico não o coloque como *solar ratio*, com tamanha intensidade que evolua para a adoção indiscriminada de sua terceira velocidade³.

Moraes (2009, p. 26) constrói uma crítica importante sobre a adoção da terceira velocidade do Direito Penal, que, apesar de todas as críticas à teoria, já vem adentrando nos sistemas penais de todo o mundo. Sendo assim, fugir do debate ou rejeitar a concepção do “Direito Penal do Inimigo”⁴, baseando-se na “simples menção de princípios e interesses tutelados pela Cons-

2 Moraes (2009, p.05-07) elenca as características principais dos novos paradigmas que marcam a atualidade quanto à relação entre o sistema penal e os demais problemas da modernidade em nove pontos a serem considerados: “a) a ineficiência do Estado em executar políticas públicas básicas, o que acentua os índices de criminalidade; b) a ineficiência do Estado em fiscalizar e executar adequadamente o sistema penitenciário, o que vem ensejando a mitigação do Direito Penal clássico, com a adoção do Direito de segunda velocidade (mitigação da pena de prisão e adoção de penas alternativas, como substituição ao pesado custo do sistema carcerário e fiscalizador), o que, ademais, vem contribuindo para o aumento da reincidência; c) o aumento da sensação subjetiva de insegurança da população, em virtude do avanço tecnológico dos meios de comunicação (hoje, com a televisão, internet etc., se sabe em São Paulo de um crime de latrocínio ocorrido há alguns minutos no subúrbio do Rio de Janeiro, aumentando a sensação de insegurança coletiva). Isso tudo agravado pela forma sensacionalista com que a mídia antecipa julgamentos e veicula notícias – como um autêntico produto de mercado; d) uma sociedade marcada pelo risco, em decorrência dos avanços da tecnologia (novos meios de transportes, de comunicação etc.), incrementando, na legislação penal, novos tipos de perigo abstrato e omissivos impróprios como respostas aparentemente adequadas para evitar tais riscos; e) aumento considerável da demanda penal, diante da tutela dos interesses difusos e coletivos e outros decorrentes das ‘novidades’ da era pós-industrializada (econômicos, de informática, etc.); f) globalização econômica que vem intensificando as desigualdades sociais e incrementando no Direito, novos conceitos, com novos tipos penais, com o abandono de consagradas figuras, tudo em nome da eficiência econômica; g) a utilização do Direito Penal como instrumento para soluções aparentemente eficazes a curto prazo, mediante o fisiologismo de políticos que acabam hipertrofiando o sistema penal, criando uma colcha de retalhos legislativa incongruente e despropositada; h) o desprestígio de outras instâncias para a solução de conflitos que poderiam ser, a princípio, retirados da tutela do Direito Penal (como o Direito Administrativo); i) o considerável aumento do descrédito da população nas instituições e na possibilidade de mudança a curto prazo que, acentuadas pela crise do próprio homem, vem fomentando a criação de ‘Estados paralelos’, à margem da ordem jurídica posta, aumentando e fortalecendo organizações criminosas, proliferando a justiça ‘pelas próprias mãos’ (linchamentos, grupos de extermínio etc.), desmobilizando os movimentos sociais e desarticulando os mecanismos de resistência à miséria etc.”

3 A classificação do Direito Penal em velocidades é objeto de grandes debates da doutrina nacional e internacional. Convenciona-se separá-lo em três velocidades, sendo que “[...] a primeira, pautada no modelo neoliberal clássico, traduz a ideia de um Direito Penal da prisão por excelência, com manutenção rígida dos princípios político-criminais iluministas; a segunda, contempla a flexibilização proporcional de algumas garantias penais e processuais, conjugada com a adoção de penas não privativas de liberdade – pecuniárias ou restritivas de direitos; já a terceira velocidade, representaria um Direito Penal da pena de prisão concorrendo com a ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que constituem o modelo de ‘Direito Penal do Inimigo’” (MORAES, 2006, p. 213)

4 Essa é a teoria elaborada por Günter Jakobs, o criador do funcionalismo sistêmico, ou radical, que previa que o Direito tinha

tituição aparenta ser inócuo” (MORAES, 2009, p. 26-27). Para esse autor, a teoria de Günter Jakobs deve ser estudada e analisada, de modo a afastar seu uso sem racionalidade e limites o que poderia conduzir facilmente à tirania e à supressão da liberdade dos indivíduos (MORAES, 2009).

Ainda, segundo Moraes, a busca do equilíbrio em uma política criminal deve ter como pontapé inicial o conhecimento da conjuntura contemporânea em que todos nós estamos imersos: o moderno e pós-industrial mundo globalizado. Além disso, reconhecer também que a crise do Direito Penal advém de uma “crise da filosofia, crise de princípios, crise das almas” (MORAES, 2009, p. 27), que ocultam os caminhos que devem ser tomados.

Sabedores dos limites do Direito Penal, todos fatalmente procurariam em outras searas, e não somente através do discurso politicamente correto, soluções diversas ao problema da criminalidade. É nítido o aperfeiçoamento pelo qual passaria o próprio Direito, evitando a politização dos Magistrados, a redução do crime a critérios econômicos, a utilização de uma Política Criminal meramente simbólica e, especialmente, um Direito Penal de terceira velocidade que contamine toda a dogmática em detrimento da liberdade do cidadão. (MORAES, 2009, p. 27)

Sendo assim, a situação é potencialmente agravada, pois além da falência do sistema penal quanto a sua capacidade de promover justiça social, há a sombra da tirania, a perda do reconhecimento de valores essenciais, o medo nutrido no interior de uma sociedade cheia de incertezas e susceptível a aceitar medidas extremas para fazer cessar tudo que ameaça a ordem e a estabilidade.

Esse é o cenário, no qual se depara nossa contemporaneidade, muito tem de herança do século XX, o qual acreditava que quanto mais armas se possuísse, mais protegido estaria; mais tecnologia detivesse, mais poderoso seria; mas também muito do que há hoje é criação nossa. E a pergunta que se faz, é: como derrotaremos esse Monstro que nos rodeia? Ou, quem poderá nos resgatar da ilha onde estamos perdidos?

Perceba que assim como a personagem de “Senhor das Moscas”, Simon, nutrido pelas incertezas e pelo medo, ao encontrar a carcaça da cabeça de um porco, vê nele o tão temível monstro, o qual o domina e vem falar diretamente dentro de sua mente, que por mais que os garotos quisessem destruí-lo, eles não conseguiriam, pois o Monstro “não pode ser caçado e nem morto”⁵. Por mais que a multiplicação de armas seja exponencial, que se elimine de vez o “bandido”, assim como os garotos fizeram com Simon na ilha, o Monstro permanece, pois ele também vive dentro de quem aperta o gatilho.

a função principal de proteger a norma. Para esse teórico, o direito penal devia assumir uma postura diferente para tratar com os “inimigos”, aqueles que atentam contra as regras do Estado, que não se submete e nem oferece garantia alguma de obediência futura ao Direito. Para esses indivíduos, o Direito Penal deveria assumir uma postura especial, determinada pelas seguintes características, segundo Luís Flávio Gomes (2010, p. 02): “(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.”

⁵ “Imagina se o Monstro ia ser uma coisa que vocês podiam caçar e matar! – disse a cabeça.” (GOLDING, 2014, p. 157)

DIÁLOGOS ENTRE DIREITO E LITERATURA: O SENHOR DAS MOSCAS SOB A CRISE DE PARADIGMAS CONTEMPORÂNEA

O Direito continua falhando com uma parcela considerável da população, e isso muito se dá por desconhecer que ele provém das lutas sociais. O Direito continua sem ouvir a voz dos que estão em miséria, do clamor de quem quer justiça (principalmente no que tange à justiça social), tentando aplicar fórmulas prontas de dentro de um gabinete.

Ainda sob uma ideia de superioridade técnica, o Direito cria no ideário popular o distanciamento. O uso de representações, títulos, vestimentas e todo um procedimento que afasta o homem comum e sua voz da Justiça. Desse modo, vale lembrar dos ensinamentos de Bourdieu, analisados por Evandro José Morello Dirce Mendes da Fonseca (2008, p. 50) que afirmam que o Direito é fruto das relações de poder já existentes “[...] em que se exprimem as determinações econômicas, e, em particular, daqueles que detêm maior poder. Sob essa ótica, prepondera o instrumentalismo científico que concebe o Direito como reflexo ou utensílio a serviço dos dominantes.”

E com o Direito Penal não poderia ser diferente, já que esse atua, conforme expresso anteriormente, de forma simbólica em prol dos interesses de uma camada privilegiada da sociedade. A partir disso, é necessário destacar que esse saber produz um sistema que trabalha sob duas condições inalienáveis, segundo Juarez Tavares (2011, p. 163): “ao mito da proteção e à ideologia da repressão, respectivamente, vinculados ao bem jurídico, como expressão do bem comum, e à pena, como garantidora da ordem.”

Dessa forma, o mito da proteção pelo sistema penal é criado como meio de legitimá-lo. No entanto, admitindo-se o mito da proteção e a pena, como ideologia da repressão, deve-se pontuar o monstro que motiva a criação do mito. Sobre ele, Tavares (2011, p. 164) explica fazendo uma relação da realidade com a obra de William Golding, “Senhor das Moscas”:

Tal como ocorre na ilha, em que o vulto do piloto e de seu paraquedas, ao se debater ao vento, fornece a motivação material para a criação do monstro, também no sistema penal alguns fatos isolados de infração à ordem, ainda que múltiplos ou até mesmo repetitivos, como o balanço dos panos nas árvores, configuram o vulto maior do monstro invencível da criminalidade. O monstro não se confunde com a fantasia. A fantasia é consequência da ideação do monstro. Todo monstro está assentado, também, em algum fato concreto; isto não o desnatura como monstro, nem impede uma reflexão fantasiosa acerca de sua existência.

E tanto no livro, quanto na vida real, para destruir o Monstro diversas medidas são adotadas não importando o quão fundo seja necessário avançar para obter sucesso, nem que seja necessário se recorrer ao máximo de violência para conter a ameaça, a ponto de se render ao fascismo em defesa da ordem, do progresso, do socialmente aceito.

Isso acontece na ficção e na vida real, não se limita a sociedades do passado longínquo, é uma sombra que paira e se repete na história. Nem mesmo as sociedades standard na contemporaneidade se esquivam disso, o que pode se perceber pela fala de Jack, justamente aquele que incita a tirania, ao afirmar que eles não são selvagens, são ingleses, os melhores em tudo. A obra traz dentre muitas mensagens, a desmistificação da noção histórica como progresso irresistível, que foi primeiramente trabalhado por Rosa Luxemburgo, em 1915. Isso quer dizer que a humanidade não caminha numa evolução positiva sempre, “no sentido ascendente de um progresso que representaria a extinção de tudo o que houvesse de bárbaro no seio do humano

e da sociedade em favor do que seriam formas de vida civilizadas.” (HARTMANN, 2011, p.04)

Helen Hartmann (2011, p. 05), quando se refere a Walter Benjamin, afirma que esse filósofo “[...] critica aqueles que – crentes de que o progresso científico, industrial, técnico/tecnológico seja incompatível com a barbárie social e política – se espantam com o fato de que o fascismo ‘ainda’ seja possível no século XX [ou XXI].” Apesar dos avanços da história da humanidade, não há como negar o estado de exceção permanente consequente da história de opressão de classes. E isso é demonstrado também em “Senhor das Moscas”, quando as regras democraticamente votadas e aceitas deixam de ser cumpridas e também quanto à presença do Porquinho, nitidamente tratado como diferente aos demais, principalmente por suas características excêntricas e pouco “aproveitáveis” no grupo.

O momento que os garotos percebem que as regras instituídas democraticamente na primeira reunião da ilha estão sendo preteridas é o momento chave de perceber a presença viva e forte da exceção.

Jack se insurge contra a ordem estabelecida e desconsidera as regras, o instituto da concha e o chefe eleito⁶. Apesar de todos os primitivos aparatos governamentais assentados pelos meninos na ilha ainda existirem e estarem em vigência, algo de muito grave tinha acabado de acontecer. Uma lacuna, uma suspensão do ordenamento jurídico. Fenômeno esse claramente reconhecível na obra de Giorgio Agamben (2004, p. 39) como estado de exceção:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

Essa zona de anomia é extremamente perniciosa e difícil de combater, pois coexiste com a ordem estabelecida pelas regras, mas as regras já não têm a mesma eficácia. Isso gera o sentimento que motiva o diálogo entre Ralph e Porquinho logo após Jack instaurar o caos na plataforma, quando o pequeno chefe se recusa a utilizar a concha para chamar a ordem entre os meninos, dizendo: “Se eu tocar a concha e ninguém voltar, está tudo acabado. Ninguém mais vai manter o fogo aceso. Vamos viver feito bichos. E nunca mais vão vir resgatar a gente.” (GOLDING, 2011, p. 102)

Ralph preserva o poder da concha, já pressentindo que o pior tinha acontecido, mas

⁶ “Você também, cala a boca! Quem você acha que é? Fica aí sentado, dizendo pras pessoas fazer isso ou aquilo. Não sabe caçar, não sabe cantar –”

‘Eu sou o chefe. Fui escolhido.’

‘E qual diferença que isso faz? Fica aí dando ordens sem sentido –’

‘A concha está com Porquinho’

‘Pois é – e continua a proteger o Porquinho, como sempre –’

‘Jack!’

A voz de Jack produziu um arremedo amargo da sua.

‘Jack! Jack!’

‘As regras!’, gritou Ralph. ‘Você está desobedecendo as regras!’

‘Estou pouco ligando!’

Ralph fez o possível para manter a calma.

‘Mas sem as regras a gente não tem nada!’

Só que Jack gritava mais com ele.

‘Que se danem as regras! A gente é forte – e caça! Se existir algum monstro, a gente caça também! A gente cerca, e bate, e bate, e bate -!’

Soltou um grito selvagem e pulou para a areia clara. Na mesma hora a plataforma foi tomada pelo som e a agitação, correrias, gritos e risos. A reunião se desfez e se transformou numa dispersão aleatória e verbosa entre os coqueiros e o mar e ao longo de toda a praia, além do alcance da visão no escuro. Ralph sentiu que seu rosto encostava na concha, e a tomou de Porquinho.” (GOLDING, 2014, p. 102)

sem querer acreditar. A concha tinha perdido a sua eficácia no momento que todo o conjunto de regras dos garotos foi suspenso, porém ela continuava ali, para todos os efeitos ela continuava sendo a concha, o objeto que representava a democracia que um dia esteve presente entre eles.

Acerca disso, Katie Argüello (2005, p. 22) elucida sobre o pensamento de Giorgio Agamben, apresentando as consequências da exceção nas vidas das pessoas:

A violência e a exceção imperam nas sociedades modernas e, ao contrário de um pacto social representado pela modernidade, a violência soberana se funda na inclusão exclusiva da vida nua (zoé) no interior do Estado. Essa vida nua exposta à morte, mas não-sacrificável, cujo referencial é o homo sacer, a quem qualquer um pode matar sem cometer homicídio, cuja existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito; esse homem que (habitando a fronteira da humanidade) se encontra em constante relação com o poder que o baniu e o persegue. O banido não está — “fora da lei”, mas abandonado por ela, — “colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem”. Assistimos constantemente aos efeitos dessa vida nua em campos de refugiados, nas periferias das cidades, na rede de instituições carcerárias. Essa nova forma de — “totalitarismo moderno”, em que a vida nua se inclui na política através da exclusão, parece ter sido desde o início a moldura da cidadania no Brasil, a que Nilo Batista denomina — “cidadania negativa”, correlata ao princípio de aparação social dos que — “acalentam o sonho de converter as favelas em guetos desprovidos das garantias constitucionais, com rígido controle físico da própria deambulação individual”.

Em “Senhor das Moscas” é possível encontrar personagens que enfrentam justamente o drama da vida nua, que são banidos do grupo, entregues à própria sorte, que podem ser assassinados sem que se configure um homicídio, dentre eles destaco os três principais. Primeiramente, o Porquinho que desde o primeiro momento já foi posto em um lugar diferente no grupo, ele fazia parte, ao mesmo tempo que não fazia. Por inaptidão para atividades braçais, pela deficiência física, a asma e o problema de visão, e pelo porte físico mais avantajado, ele era excluído e estigmatizado. E tanto era assim, que o Porquinho é o único personagem central, cujo verdadeiro nome não é revelado. Ele tem que conviver com um apelido que odeia até o último dos seus dias, nome esse que, ironicamente, remete aos animais que Jack e sua tribo matavam sem piedade para consumir a carne.

Além disso, no trágico episódio da morte de Porquinho, que tinha ido ao encontro daqueles que lhe usurparam a visão para pedir que a devolvessem, percebe-se a frieza e ordinariedade que o autor relata o acontecimento, dando os mínimos detalhes de como a pedra atinge o garoto e ele é lançado de uma altura de 12 metros, estatelando-se nas pedras abaixo da passagem com as vísceras à mostra. Mais que isso, torna-se revoltante perceber a reação dos demais: completo silêncio a princípio e logo depois a morte daquele companheiro torna-se apenas uma lição de como não enfrentar o poder imposto⁷.

Porquinho é o primeiro “bandido” dessa história, talvez o maior dela, aquele que sobreviveu ao acidente aéreo, mas somente em parte, pois sua vida real, com as memórias de sua tia e

7 “A pedra resvalou em Porquinho de passagem, atingindo o menino do queixo ao joelho; a concha explodiu em mil fragmentos brancos e deixou de existir. Porquinho, sem dizer nada, sem tempo nem de gemer, foi projetado pelo ar, girando enquanto despencava de um dos lados da passagem. A pedra ainda bateu duas vezes no chão antes de sumir na floresta. Porquinho desabou doze metros e caiu de costas na pedra vermelha e quadrada à beira do mar. Sua cabeça se abriu, uma coisa começou a sair dela e foi ficando vermelha. Seus braços e pernas se agitaram um pouco, como os de um porco assim abatido. Então o mar voltou a encher o peito, com um suspiro lento e demorado, e uma espuma branca e rosada ferveu na laje de pedra; quando o mar refluiu, sugado de volta, o corpo de Porquinho tinha desaparecido.

Dessa vez o silêncio foi completo. Os lábios de Ralph formaram uma palavra, mas nenhum som saiu.

De repente, Jack se destacou da tribo e começou a gritar sem controle.

‘Está vendo? Está vendo? É isso que acontece! É disso que eu estava falando! Você não tem lugar na tribo! A concha se acabou –

E correu para a frente, com o corpo inclinado.

‘Eu sou o chefe!’” (p. 200)

o chá da tarde, ficaram para sempre em um passado, que ele jamais poderia revisitar.

A segunda personagem nessa condição é Simon. O garoto que desde o princípio é descrito com estranho e no decorrer da história apresenta sinais como se sofresse de alguma esquizofrenia. Simon é o mais atormentado pela ideia do Monstro e por conta do seu medo e sua estranheza está constantemente apartado. Quando encontra o “Senhor das Moscas”, a cabeça de porco, dialoga com ela e “se transforma no próprio Monstro”, enfiando sua cabeça na carcaça. Pouco tempo depois, surge no meio dos outros garotos, que tomados pelo súbito daquela imagem asquerosa, pensando ser aquilo o tão temível Monstro da ilha, matam Simon violentamente a pauladas.

Passado esse episódio fatídico, os meninos da ilha sabendo o que tinham feito, negam, veementemente, os fatos, sem admitir que tinha acontecido um homicídio entre eles. Simon tinha a vida nua, que qualquer um podia matar sem cometer homicídio, como Porquinho diz, “foi um acidente.”⁸

E por fim, o próprio protagonista dessa história que passa de chefe do grupo a foragido no final da obra. Ralph é o terceiro “bandido”. Após a morte de Porquinho, Ralph luta com Jack. Esse fura aquele com uma lança e o humilha na frente de toda a população da ilha. Nesse momento, Ralph é oficialmente destituído e passa a ser um refugiado, tentando preservar sua vida ameaçada por Jack e seu bando.

Ralph vive o abandono total do grupo, que não se contenta em somente deixá-lo à mercê da solidão, mas querem caçá-lo e matá-lo para destruir qualquer lembrança do primeiro governo existente na ilha antes da tirania de Jack.

Juarez Tavares (2011, P. 169) faz a relação do extermínio e exclusão apresentados na obra de Golding com a realidade afirmando que:

Na ilha imaginária de Golding, a pena pela descrença no monstro e pela rebeldia ao grupo é o extermínio manifesto. Na civilização, ou na vida real, o extermínio continua, mas oculto, não formalizado, embora, em alguns Estados, legalizado. Em lugar do extermínio manifesto, a civilização prefere alcançá-lo por um processo de exclusão, cujo o primeiro momento floresce na forma de submissão à tecnologia. O Estado quer progredir, os insurgentes não o permitem, precisam, assim, ser excluídos; e o são, porque não podem se integrar no mercado de trabalho, não detêm a técnica para fazê-lo. [...] Por processo perverso, se lhes dá o acesso, mas se lhes nega o sustento. Quem detém o fogo, portanto, o monopólio do saber, consegue sobreviver; quem não o detém, mas tem recursos, o expropria, importa cérebros e os põe a seu serviço; quem não o detém, porque carece de recursos, permanece na ignorância; se alguém se aproxima do saber ou a ele tem acesso, o fogo é apagado, o saber fica retido nas malhas dos direitos autorais e nas patentes.

Destarte, quanto mais se dilui o mito, mais fortalecido ele se torna, ao ponto de não precisar mais do Monstro, que se transforma num mero dado retórico. Quer dizer assim, quanto mais se reestabiliza o sistema, mais fortalecido se torna o mito, passando a ideia de invencibilidade do Monstro e legitimação do sistema para continuar combatendo o inimigo.

A pena de morte, a tortura, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, os maus-tratos, as mutilações, os amontoados de pessoas, os depósitos de corpos vivos, mas semoventes, os abrigos infectos de adolescentes: esse é o resultado real e não mítico da presença do monstro. [...] Se o sistema penal não pode se livrar do mito, justamente porque este lhe assegura a estabilidade para constituir o instrumento idôneo a sustentar o poder autoritá-

⁸ Porquinho falando da morte de Simon: “‘Foi um acidente’, declarou Porquinho de repente, ‘só isso. Um acidente’. Sua voz tornou a ficar aguda. ‘Chegando no escuro – ele não tinha nada que chegar no escuro, se arrastando daquele jeito. Ele era meio doido. Foi tudo culpa dele mesmo.’” (GOLDING, 2014, p. 173)

rio dentro do Estado democrático, como uma expressão inerente e inevitável da formação social, na qual este mesmo estado é instituído, sua negação é condição necessária para que o mito se desvanesça (“sic”) e o sujeito livre se identifique com ele mesmo e com os demais. (TAVARES, 2011, p. 172)

Até então, percebe-se que o indivíduo sofre diretamente com as consequências advinda do Direito, em especial aqui quanto ao Direito Penal, somadas à sombra da exceção, do medo e dos riscos da contemporaneidade. E tudo isso influi diretamente na identidade de cada um e nas relações com o outro. Em “Senhor das Moscas”, os garotos passaram de meninos altamente educados e civilizados para o cúmulo da “selvageria”.

No transcorrer da narrativa, destaca-se o momento que Ralph e Porquinho, cansados de lutar pelas regras e pela convivência democrática na ilha, chegaram a pensar que seria bom o governo tirânico de Jack, porque pelo menos teriam carne e o mínimo de segurança.⁹ Porém, em pouco tempo, o assassinato de Simon os mostrou que não valeria a pena sucumbir àquela ordem. Isso porque ela tinha acabado de provar que o coro de Jack, “Mata o porco! Corta a goela! Espalha o sangue! Cai de pau!” (GOLDING, 2014, p. 167), era um imperativo que não se aplicava somente aos porcos durante a caça, mas contra eles mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“‘Imagina se o Monstro ia ser uma coisa que vocês podiam caçar e matar!’, disse a cabeça. [...] ‘Você sabe, não é? Que eu sou parte de vocês? Bem perto, bem perto, bem perto! Que é por minha causa que nada adianta? Que as coisas são do jeito que são?’”. Em pouco tempo, o Monstro tomou conta da mente das crianças perdidas na ilha em “Senhor das Moscas”, de William Golding, e uma sequência de acontecimentos desastrosos se seguem a partir desse evento. A ordem e os valores naquela pequena comunidade de meninos ingleses, civilizados e filhos de famílias nobres, caem por terra.

A narrativa de Golding é rica em metáforas que se relacionam diretamente a elementos da vida real, o que faz ser possível a análise à luz do Direito e Literatura. De todos os aspectos discutidos na obra, destaca-se aqui a criação do Monstro pelas crianças, cuja ideia chegava a ser mais assustadora que a coisa em si.

Amedrontados, os pequenos ingleses passaram a se comportar de maneira distinta a que estava acordada desde o princípio. O medo, sua propagação e o seu culto foram determinantes para que as diferenças fossem evidenciadas e virassem motivo de ódio e rejeição. E de que maneira poderiam controlar o medo, impor ordem ao grupo, reestabelecer a admiração e o poder do líder senão por meio da violência?

Pouco a pouco, a civilidade dos meninos foi se esvaindo assim como suas roupas maltrapilhas e cabelos desgrenhados, logo a máscara da caça se acoplou aos seus rostos. Qualquer empecilho à harmonia do grupo deveria ser aniquilado.

Em 2018, uma obra de 1954, datada do período de Guerra Fria, ainda consegue trazer mensagens importantíssimas e recentes para a atualidade. A sociedade ocidental contemporânea calcada sob os ideias das revoluções liberais, tendo como lema “Liberdade, Fraternidade e

⁹ “Porquinho e Ralph, sob a ameaça do céu, descobriram-se ansiosos por tomar parte naquela sociedade enlouquecida mas parcialmente segura. Mas se contentaram em postar-se junto às costas bronzeadas do círculo que rodeava o terror e o tornava governável.” (GOLDING, 2014, p. 166)

Igualdade”, falha miseravelmente na implementação de qualquer um desses princípios. A morte e a barbárie passam a ser justificadas em prol da ordem, do progresso e do bem comum.

Diante dos avanços tecnológicos, uma globalização desenfreada, novas necessidades e desejos de consumo, individualismo crescente, relações sociais instantâneas e passageiras, incertezas e ameaças que dão azo a uma sociedade insegura e desconfiada. Esses são alguns dos reflexos da nossa contemporaneidade, que afetam todos os seres vivos nesse globo, mas sobremaneira os indivíduos mais vulneráveis, as camadas mais desfavorecidas, que são em geral as primeiras a serem afetadas pelos resultados nocivos de medidas cujos riscos não são completamente mensuráveis.

Aliado a isso tudo se encontra o Direito, que tem se modificado ao longo da história, a depender dos modelos e paradigmas que segue, mas que nunca se desvencilhou de ser um instrumento para favorecer interesses da classe dominante. Indo mais a fundo, destaca-se a parte mais brutal e crucial do Direito: o Direito Penal. E assim é descrito, porque interfere diretamente nas vidas, na liberdade, no futuro das pessoas de forma mais violenta.

E é a partir dessa violência estatal que o Direito Penal promete resolver a violência entre os civis, que promete resolver os problemas da criminalidade e da injustiça. O mito que legitima o Monstro. O Monstro que legitima o mito. Que em prol de si mesmo, não mede esforço para se fazer mais forte e ilusoriamente afastar as ameaças que uma sociedade insegura alega ser o seu maior obstáculo.

Mas vale lembrar das palavras de Ulrich Beck (2006, p. 03), “A cultura do medo vem do paradoxo de que as instituições feitas para controlar o medo produzem exatamente o seu descontrole.” Elas produzem um sistema que cresce e se valida a partir disso, pois se esse Monstro, que ameaça toda a ordem e segurança da sociedade, materializado em eventos ímpares, não existe, o mito cai por terra, assim como a necessidade e confiança no próprio sistema.

Apesar de fictícia, a história do “Senhor das Moscas” em muitos aspectos se relaciona com nossa realidade. Hodiernamente, vive-se um tempo em que as relações são extremamente instantâneas e as ideias e fórmulas que outrora serviam já não oferecem a mesma segurança. No mundo cada vez mais globalizado, a enxurrada de informações a todo tempo é imensa, não há tempo para pensar um pouco mais, há tempo para oferecer respostas, eficientes e objetivas. As distâncias métricas foram encurtadas, o que gerou/gera consequências bem maiores que a praticidade oferecida pelo clique na tecla “enter”.

A instantaneidade com que se percebe uma informação, de onde quer que seja sua origem, causa a perda da noção de tempo e espaço, o que acarreta a sensação que tudo estar mais próximo e mais intenso, inclusive a violência. E isso pode ser observado, claramente, na realidade.

A criação de vários aplicativos, sites e facilidades tecnológicas à palma da mão, que encurtam as distâncias, apresentam respostas rápidas e robotizam relações. Para fome, basta pedir uma comida delivery; para a lascívia, um aplicativo com milhares procurando saciar/ser saciado; para falar com os amigos, não precisa se mover, basta formar um grupo em aplicativos de mensagens instantâneas. As respostas são facilmente conferidas, mas o problema é a perda de contato humano. A falta da comunicação e mensagem única que só Rosto do Outro consegue ofertar.

A propagação do discurso de ódio em diversas mídias, que tem como principal alvo o diferente, o vulnerável, o indesejável, o bandido, o inadequado, o excluível e o excluído, demonstra o crescente uso de meios violentos para inocuizar as vidas e valores que não merecem ser vividos de acordo com o ideário do grupo considerado dominante. Da criação de vidas nuas, sujeitas a ser homo sacer, segundo Agamben.

Grupos que atacam protegidos pela distância real e corpórea, proporcionada por máscaras virtuais (assim como precisou Jack, na narrativa de William Golding, se transfigurar para conseguir matar os porcos) são cada vez mais comuns. Trazendo ao caso brasileiro, um país que sempre foi descrito como hospitaleiro, com pessoas calorosas e animadas, vive episódios, recentemente, de xenofobia e ódio político. Esse mesmo país, hoje, com vasta participação na internet mundial, se vê contaminado por fake news e vários grupos difundindo ideias apoiando o autoritarismo, o extermínio e o ódio à diversidade.

Assim como na peça de Shakespeare, Hamlet, pode se dizer que “há algo de podre” na sociedade que estamos criando. O progresso não pode acontecer fechando os olhos para os problemas sociais. A ciência e a academia não podem evitar tratar dos sentimentos em estudos e questões humanas, em prol do cientificismo de um sistema que prega a neutralidade como uma das principais características. O Direito não pode ser utilizado como amuleto apenas para servir aos interesses das camadas mais favorecidas.

A vida em sociedade deve se pautar sobre um agir ético, sobre um dever de buscar a justiça. Desse mesmo modo, também defendem José Ricardo Cunha e Bethania Assy (2016, p. 162):

[...] não devemos agir eticamente para que o outro também o faça, até porque seria impossível ter garantias nesse sentido, mas porque humanamente devemos fazê-lo. Isso significa que, se por um lado, a conduta ética é um ato racional de justiça, por outro lado, ela é um ato afetivo de amor.

E esse agir ético não se dá a partir da ótica singular de um indivíduo, não é uma ideia que parte do Eu, ele precisa levar em consideração o Outro e respeitá-lo em toda sua alteridade. Quando isso não ocorre, ideias como a de “mais civilizado”, de superioridade de raças, culturas, nações, etc. são projetadas como reais e dão azo a desastres incalculáveis, como a imposição de governos fascistas e autoritários ao redor do mundo no século XX e cujas sombras ainda pairam sobre nossa contemporaneidade. Lembrando que William Golding traz em sua obra essa crítica quanto à civilização, quando os meninos se apontavam como “civilizados”, “os melhores em tudo”, e no fim do enredo estavam entregues à desumanidade, a total “selvageria”.

Assim, diante a todo o exposto, é possível afirmar que a luta pelo Direito, pela justiça, deve ser constante e deve se atentar a todas as pessoas que sofrem as ofensas e dores do “si-mesmo”, mas principalmente, a todos aqueles que são afetados pelas piores consequências advindas dessa sociedade de riscos, que desembocam justamente nos sujeitos que sofrem com a injustiça social. A resposta, até o momento, válida é o fortalecimento de uma ética da alteridade, que encontre seu maior valor no amor (kardia) e respeito ao Outro, como meio mais simples para encontrar o caminho de fazer justiça e desenvolver uma sociedade mais igualitária e serena.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2004

AMARAL, Thiago Bottino do. Do direito ao silêncio à garantia de veação de auto-incriminação: O Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais. Rio de Janeiro. 2008. 287p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, p.69.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: CONGRESSO PARANAENSE DE CRIMINOLOGIA, 1., 2005, Londrina. Disponível em <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>>. Acesso em 29 set. 2016.

BECK, ULRICH. Incertezas Fabricadas. Entrevista a IHU on-line em 22.mai.2006. Disponível: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018

CUNHA, José Ricardo; ASSY, Bethania. Teoria do direito e o sujeito da injustiça social. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

GOLDING, William. Senhor das Moscas. 1ªed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal). Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 12 out. 2018.

HARTMANN, Helen. (À Guisa de Introdução ao) Direito e Psicanálise: Intersecções e Interloquções a partir de O Senhor das Moscas de William Golding. In: HARTMANN, Helen (org.). Direito e Psicanálise: intersecções e interloquções a partir de O Senhor das Moscas de William Golding. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MINAGÉ, Thiago Miranda. O Estado e o discurso ilusório do bem jurídico tutelado: uma perigosa influência sobre a expansão do Direito Penal. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-estado-e-o-discurso-ilusorio-do-bem-juridico-tutelado-uma-perigosa-influencia-sobre-a-expansao-do-direito-penal/>>. Acesso em 12 out. 2018

MINAGÉ, Thiago; BAYER, D.; LOPES, K. B.. Lendas, Mitos, Respostas Simbólicas e Santos: Não Creiam que a Lei Penal Será a Salvação. Revista Direito & Inocação , v. V. 2, p. 44-53-53, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Terceira Velocidade do Direito Penal: o “Direito Penal do Inimigo”. 327f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Breves Considerações sobre o “Direito Penal do Inimigo”. São Paulo: MPSP - Procuradoria Criminal, 2009

MORELLO, Evandro José; FONSECA, Dirce Mendes da. Os pressupostos do positivismo jurídico no campo da pesquisa jurídica e as contribuições teórico-metodológicas de Pierre Bourdieu. Revista de Informação Legislativa, v. 178, p. 45-54, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

SCHIRMER, Leandra Cohen; DALMOLIN, Aline Roes. O Discurso de Ódio Biopolítico nas Redes. In: 4 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: mídias e direitos da sociedade em rede. Anais... Santa Maria (RS): UFSM, 2017. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>>. Acesso em: 10, julho, 2018.

TAVARES, Juarez. Mito e Ideologia: objetos não manifestos do sistema penal. In: HARTMANN, Helen (org.). Direito e Psicanálise: intersecções e interlocuções a partir de O Senhor das Moscas de William Golding. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

Organizadora

Fernanda Miler Lima Pinto

Doutoranda em Ciências Sociais na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui especialização em Direito Penal (FDDJ), em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UNINTER), em Metodologia do Ensino na Educação Superior (UNINTER) e em Diplomacia, Políticas Públicas e Cooperação Internacional (UNINTER). Advogada OAB-MA.

Índice Remissivo

A

acordo individual 5, 10, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72
adoção 7, 10, 163, 164, 165, 171, 172, 176, 177, 178, 179
autoritarismo 270, 271, 274, 277, 278

B

banco de horas 5, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72

C

código penal 217
comunidade 12, 16, 17, 18, 21
conflito 7, 10, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162
consentimento 85, 86, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102
constitucionalidade 64
constitucionalização 7, 191, 192, 193, 199, 200, 201
consumidor 4, 8, 226, 227, 228, 229, 232, 233, 234, 235, 236, 237
consumo 227, 229, 230, 232, 233, 235, 237
convencionalidade 64, 71, 72
cooperação 9, 252, 253, 254, 258, 259, 260, 262, 263, 265
COVID-19 253, 254, 256, 259, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267
criminoso 46, 47, 48, 51, 53, 55, 60, 61

D

dano 239, 247, 248, 249
desadoção 8, 238, 239
desarmamento 7, 10, 180, 181, 183, 189, 190
desistência 164, 165, 172, 177, 179
direito 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 24, 25
direito civil 7, 191, 192, 197, 198, 201, 202
direito penal 5, 45, 46, 49, 50, 51, 61, 62, 285, 287, 289, 290, 298
direito privado 192, 198, 200, 201
direito público 192, 198

direitos 7, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27

direitos fundamentais 7, 10, 152, 153, 154, 156, 158, 160

direitos humanos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 262

direito transnacional 6, 115, 116, 120, 121, 122

discriminação 12, 16, 17, 22, 24

E

estado democrático de direito 104

estigma 12, 16, 17, 23

F

forense 46, 47, 49, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 62

G

gênero 204, 208, 209, 210, 211, 214, 215

I

impeachment 6, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123

inimputabilidade 5, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 59, 60

internacional 7, 9, 10, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82

J

juiz 5, 10, 217, 218, 219, 220, 221, 225

jurídicas 239, 240

jurisdição universal 6, 74, 75, 76, 78, 79, 82

L

legislação 8, 181, 183, 185, 186, 188

Lei Maria da Penha 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95,

96, 98, 99, 100, 101, 102
liberdade 6, 10, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110,
111, 112, 113, 114
limitação 30, 31, 39, 41, 42

M

medida protetiva 85, 91, 92, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 102
medo 9, 284, 285, 286, 290, 294, 295, 296
mental 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 27
moralidade 126
mulher 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 99,
100, 101, 102

N

nações 116, 117, 120, 121, 122, 123

O

ódio 6, 10, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111,
112, 113, 114
ONU 6, 10, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82

P

pacote anticrime 8, 216, 217
pandemia 9, 252, 253, 254, 255, 259, 260, 261, 262,
263, 265, 266, 267
perda 7, 163, 164, 165, 170, 171, 176, 177
personalidade 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59,
60, 62
pessoas 5, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,
22, 23, 24, 25, 26
poder decisório 5, 10, 29, 30, 31, 39, 41, 42
poder punitivo 270
política pública 126, 132, 133, 134, 135, 138
políticas 6, 12, 17, 22, 24, 25
ponderação 7, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159,

160, 161, 162
pornografia 8, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210,
211, 212, 213, 214, 215
pós-modernidade 285
precedente 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41,
42
processo penal 217, 219
psicopata 46, 47, 48, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62
psiquiatria 46, 47, 49, 51, 53, 54, 55, 59, 62

R

reforma trabalhista 64, 67, 72
retrocesso social 64

S

saúde 5, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22,
23, 24, 25, 26, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 259,
260, 265, 266
segurança jurídica 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41,
42, 43
sistema 4
sistema penal 9, 10, 269, 270, 278, 283
STF 104, 105, 106, 110, 111, 112, 114
superendividado 8, 10, 226, 227, 228, 230, 234, 235, 237

T

trânsito 6, 10, 125, 126, 127, 128, 129, 138, 139, 140,
141, 142, 147, 148, 149, 151
transnacionalização 116, 117, 120
transtorno 46, 48, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60
tribunal 75
TSE 104, 105, 109, 111, 112, 113

V

vacinas 9, 10, 252, 253, 254, 256, 260, 261, 262, 266,
267

vida privada 153, 155, 157, 159, 160

vinculante 30, 31, 32, 33, 34, 36, 38, 39, 40, 41, 44

vingança 8, 10, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210,
211, 212, 213, 214, 215

violência 6, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96,
97, 98, 99, 100, 101, 102

vítima 85, 96, 97, 98, 100

